



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA  
FACULDADE DE DIREITO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**THIAGO CARVALHO BORGES**

AS RELAÇÕES ENTRE O DIREITO INTERNACIONAL E A  
CONSTITUCIONALIZAÇÃO NOS ESTADOS DA SOCIEDADE MUNDIAL:  
A EXPERIÊNCIA DA ASSEMBLEIA CONSTITUINTE NO BRASIL DE  
1987-1988

Salvador

2019

**THIAGO CARVALHO BORGES**

**AS RELAÇÕES ENTRE O DIREITO INTERNACIONAL E A  
CONSTITUCIONALIZAÇÃO NOS ESTADOS DA SOCIEDADE MUNDIAL: A  
EXPERIÊNCIA DA ASSEMBLEIA CONSTITUINTE NO BRASIL DE 1987-1988**

Tese apresentada como requisito para obtenção do  
título de Doutor em Direito na Faculdade de  
Direito da Universidade Federal da Bahia  
Orientador: Professor Dr. Wálber Araujo Carneiro

**Salvador**

**2019**

## **TERMO DE APROVAÇÃO**

**THIAGO CARVALHO BORGES**

**As Relações entre o Direito Internacional e a Constitucionalização nos Estados da  
Sociedade Mundial: a experiência da Assembleia Constituinte no Brasil de 1987-1988**

Tese aprovada como requisito para obtenção do grau de Doutor em Direito, Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, pela seguinte banca examinadora:

Prof. Doutor Wálber Araujo Carneiro (orientador)  
Universidade Federal da Bahia - UFBA

Prof. Doutor José Luís Bolzan de Moraes  
Faculdade de Direito de Vitória - FDV

Prof. Doutor Marcelo Neves  
Universidade de Brasília - UnB

Prof. Doutor Mario Jorge Philocréon de Castro Lima  
Universidade Federal da Bahia - UFBA

Prof. Doutor Gabriel Dias Marques da Cruz  
Universidade Federal da Bahia - UFBA

Salvador, 22 de fevereiro de 2019

Dedico este trabalho aos meus filhos, Theo  
e Bento, pela força que me deram e pela  
falta que me fizeram em todos os momentos  
desse processo.

## Agradecimentos

O curso de doutorado na Faculdade de Direito da UFBA foi um percurso repleto de emoções. Não teria sido possível chegar ao final sem contar com a ajuda de muitas pessoas neste processo. Começo pelos meus pais, Ângela e Mineiro, porto seguro de minha navegação, agradeço-lhes pela vida. Meus colegas de turma, com quem pude voltar a me sentir estudante depois de mais de uma década sendo apenas professor, agradeço a todos na pessoa do meu amigo Geovane Peixoto, que também me ajudou com o empréstimo de dezenas de livros e indicações de leitura. Agradeço também aos meus professores do curso, na pessoa do professor Mario Jorge Philocréon de Castro Lima, que também tenho a honra de compor a minha banca. Como a vida não para para que se possa cursar o doutorado, agradeço ao pessoal do meu escritório, na pessoa de Yve Passos, por me permitir me afastar, um pouco, dos processos e das decisões, principalmente durante o período final de elaboração da tese. Um agradecimento especial ao professor Dr. Wagner Menezes, da USP, que lá me acolheu, com quem cursei a disciplina Fundamentos do Direito Internacional Contemporâneo, essencial para a minha tese. Também foi importante para mim neste processo e, por isso, também agradeço, o acompanhamento do professor Dr. José Sacchetta, meu primeiro orientador, com quem iniciei essa jornada e que se tornou um amigo. Agradeço à amiga Carina Gouvêa, pela indicação de bibliografia, assim como ao professor Dr. Gabriel Marques, que também compõe a minha banca, aos professores Drs. Marcelo Neves e José Luís Bolzan de Moraes, por terem aceitado fazer parte de minha banca, ao amigo Luiz Gabriel Batista Neves, pelos livros emprestados, a Leo van Holthe, por me ajudar na biblioteca do STF, a Uirá Azevedo, pelas palavras amigas, a Ana Carolina Mascarenhas, pela ajuda com a ABNT, e a minhas monitoras: Victória, pela pesquisa, e, principalmente, Suzanne, que foi essencial na ajuda com a organização dos debates constituintes. Para três pessoas, em especial, terei dificuldades de fazer um agradecimento com palavras escritas, porque não tenho talento suficiente para isso. Camila Martins, meu braço direito, minha amiga, minha sócia e corretora do meu texto. Ajudou-me em tudo que eu pedi e, no que eu não pedi, ela se ofereceu. Obrigado de coração. Wálber Araújo Carneiro, meu orientador e amigo, já tinha minha admiração e agora tem também a minha gratidão. Obrigado pela paciência, pelas contribuições e pelo acolhimento. Por fim, Daniela de Andrade Borges, minha esposa, amiga e companheira, que me estimulou em todos os momentos, que supriu minha ausência em casa e ainda foi paciente para ouvir meus lamentos e me responder com amor. Amo você, sem você, nada disso teria sido possível.

## **Resumo**

O direito internacional se estrutura como um sistema da sociedade mundial que interage comunicativamente com o sistema de organização criado para manifestar o poder constituinte por meio de decisões que resultarão no texto constitucional. A doutrina descreve o sistema de direito internacional a partir de dois modelos estruturais que convivem harmonicamente: as normas de coexistência dos Estados e as normas de cooperação interestatal. As primeiras surgiram como necessidade de regulação da comunidade internacional e tiveram importância tanto na emancipação dos Estados europeus frente às outras organizações societárias medievais, quanto na dominação dos povos de outros continentes no processo de colonização. As segundas decorreram da aceleração da comunicação inter-sistêmica resultante do progresso tecnológico que, a partir da segunda metade do século XX, intensificou as irritações provocadas pela territorialidade dos Estados nos sistemas sociais parciais com programação e operações mundiais. Esta situação transformou a estrutura do sistema de direito internacional, que passou a incorporar um modelo normativo voltado para o estímulo à cooperação entre os Estados. Considerando que a sociedade é mundial e que o direito internacional representa um canal de interação dos Estados com seu ambiente, demonstramos como se deu e quais os efeitos da interação do sistema de direito internacional com a Assembleia Nacional Constituinte, ocorrida no Brasil, entre 1987-88, assumida como um sistema de organização da sociedade para manifestação do poder constituinte originário na tomada de decisões que resultariam na Constituição brasileira, promulgada em 1988.

Palavras-chave: poder constituinte – direito internacional – interação sistêmica – coexistência – cooperação – sociedade mundial

## **Abstract**

International law is structured as a system of world society that interacts communicatively with the system of organization created to manifest the constituent power through decisions that will result in the constitutional text. The doctrine describes the system of international law from two harmonious structural models: law of coexistence among the States and law of cooperation. The former emerged as a need for regulation in international community and were important both in the emancipation of European states from other medieval societal organizations and in the domination of the peoples of other continents in the process of colonization. The second was created due to the acceleration of inter-systemic communication resulting from technological progress which, from the second half of the twentieth century, intensified the irritations provoked by the territoriality of States in partial social systems with worldwide programming and operations. This situation transformed the structure of the system of international law, which incorporated a normative model aimed at stimulating cooperation among states. Considering the world society and that international law represents a channel for interaction between states and their environment, it is demonstrated how it happens and which are the effects of the interaction between the system of international law and the National Constituent Assembly, held in Brazil between 1987-88, assumed as a system of organization of society for manifestation of the original constituent power in the decision making that would result in the Brazilian Constitution, promulgated in 1988.

Keywords: constituent power - international law - systemic interaction - coexistence - cooperation - world society

## Résumé

Le droit international est structuré comme un système de société mondiale qui interagit de manière communicative avec le système d'organisation créé pour manifester le pouvoir constituant par le biais de décisions qui aboutiront au texte constitutionnel. La doctrine décrit le système de droit international à partir de deux modèles structurels harmonieux: le droit de la coexistence entre les États et le droit de la coopération. Les premiers étaient un besoin de régulation au sein de la communauté internationale et ont joué un rôle important dans l'émancipation des États européens d'autres organisations de la société médiévale et dans la domination des peuples des autres continents dans le processus de colonisation. La seconde a été créée en raison de l'accélération de la communication inter-systémique résultant du progrès technique qui, à partir de la seconde moitié du XXe siècle, a intensifié les irritations provoquées par la territorialité des États dans des systèmes sociaux partiels à programmation et opérations mondiales. Cette situation a transformé la structure du système de droit international, qui incorporait un modèle normatif visant à stimuler la coopération entre États. En considérant la société mondiale et le fait que le droit international constitue un canal d'interaction entre les États et leur environnement, il est démontré comment cela se produit et quels sont les effets de l'interaction entre le système de droit international et l'Assemblée nationale constituante tenue au Brésil entre 1987 -88, supposée être un système d'organisation de la société pour la manifestation du pouvoir constituant originaire dans la prise de décision qui aboutirait à la Constitution brésilienne, promulguée en 1988.

Mots Clés: pouvoir constituant - droit international - interaction systémique - coexistence - coopération - société mondiale.



## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>10</b>
<b>1 A FORMAÇÃO DA SOCIEDADE MUNDIAL NA MODERNIDADE E O SURGIMENTO DOS ESTADOS MODERNOS.....</b>	<b>15</b>
1.1 A MUNDIALIDADE DA SOCIEDADE MODERNA .....	15
<b>1.1.1 Complexidade .....</b>	<b>16</b>
<b>1.1.2 Diferenciação e Integração .....</b>	<b>18</b>
<b>1.1.3 Sistemas Funcionalmente Diferenciados .....</b>	<b>21</b>
<b>1.1.4 Sociedade Mundial .....</b>	<b>23</b>
1.2 PROCESSO HISTÓRICO DE DIFERENCIAÇÃO DO ESTADO SOBERANO NA TRANSIÇÃO DA IDADE MÉDIA PARA A IDADE MODERNA.....	27
<b>1.2.1 Recepção do Direito Romano e a secularização do direito .....</b>	<b>29</b>
<b>1.2.2 A prevalência dos Reinos e o surgimento do Estado soberano .....</b>	<b>34</b>
1.3 O ESTADO ABSOLUTISTA E A CONSTRUÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL MODERNO .....	44
1.4 CONTINGÊNCIAS HISTÓRICAS E SOCIAIS DOS ESTADOS ABSOLUTISTAS PARA A DIFERENCIAÇÃO ENTRE DIREITO E POLÍTICA .....	52
1.5 ESTADO DE DIREITO .....	57
1.6 A COEXISTÊNCIA DOS ESTADOS NA SOCIEDADE MUNDIAL E SEUS REFLEXOS NO DIREITO INTERNACIONAL. ....	63
<b>1.6.1 A Consolidação do Direito Internacional de Coexistência no Século XIX.....</b>	<b>66</b>
<b>1.6.2 O Direito Internacional de Coexistência e a Consolidação dos Estados Modernos</b>	<b>76</b>
<b>2 O DIREITO INTERNACIONAL CONTEMPORÂNEO NA SOCIEDADE MUNDIAL .....</b>	<b>83</b>
2.1 O DIREITO INTERNACIONAL CONTEMPORÂNEO.....	84

2.2 A EXPANSÃO NORMATIVA DO DIREITO INTERNACIONAL COMO RESPOSTA ÀS DEMANDAS SOCIETAIS MUNDIAIS NO PÓS-GUERRA .....	86
2.3 DIREITO INTERNACIONAL DE COOPERAÇÃO COMO COMUNICAÇÃO INTER E INTRASISTÊMICA .....	92
2.4 A EXPANSÃO ORGÂNICA DA COMUNIDADE INTERNACIONAL .....	104
2.5 FRAGMENTAÇÃO E UNIDADE DO DIREITO INTERNACIONAL .....	111
2.6 FUNDAMENTO E LEGITIMIDADE DO DIREITO INTERNACIONAL .....	119
<b>3 A CONSTITUIÇÃO E O DIREITO INTERNACIONAL NA SOCIEDADE MUNDIAL.....</b>	<b>125</b>
3.1 TEORIAS CONSTITUCIONAIS CLÁSSICAS .....	125
<b>3.1.1 Constituição e Direito Constitucional .....</b>	<b>130</b>
<b>3.1.2 Constituinte e Poder Constituinte .....</b>	<b>140</b>
<b>3.1.3 Poder Constituinte Reformador .....</b>	<b>150</b>
3.2 SOCIOLOGIA DA CONSTITUIÇÃO .....	152
<b>3.2.1 Interconstitucionalidade e Direito Global .....</b>	<b>163</b>
<b>3.2.2 Constitucionalismo Global.....</b>	<b>166</b>
<b>3.2.3 Transconstitucionalismo .....</b>	<b>171</b>
<b>3.2.4 O Estado de Direito na Sociedade Mundial .....</b>	<b>175</b>
<b>3.2.5 Direitos Subjetivos e Poder Constituinte.....</b>	<b>179</b>
3.3 O ESTADO CONSTITUCIONAL E O DIREITO INTERNACIONAL NA SOCIEDADE MUNDIAL .....	182
<b>3.3.1 A Abertura Constitucional ao Direito Internacional. ....</b>	<b>184</b>
<b>3.3.2 A Formação do Sistema Jurídico de Matriz Estatal .....</b>	<b>187</b>
<b>4 A INTERFERÊNCIA DO DIREITO INTERNACIONAL NA ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE DE 1987-1988 NO BRASIL.....</b>	<b>197</b>
4.1 DIREITO INTERNACIONAL E O FUNDAMENTO DO PODER CONSTITUINTE .	198

4.2 A ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE DE 1987-1988 COMO SISTEMA DE ORGANIZAÇÃO DA SOCIEDADE .....	209
4.3 O DIREITO INTERNACIONAL NA ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE NO BRASIL ENTRE 1987-88: RUÍDOS DA SOCIEDADE MUNDIAL .....	217
4.3.1 Subcomissão da Nacionalidade, da Soberania e das Relações Internacionais.....	218
4.3.2 Subcomissão dos Direitos Políticos, dos Direitos Coletivos e Garantias .....	237
4.3.3 Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais.....	240
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>246</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>251</b>
<b>ANEXO.....</b>	<b>270</b>

## INTRODUÇÃO

A concepção da doutrina clássica do poder constituinte como um “poder absoluto”, que só encontra limites nas premissas da realidade contingencial em que ele se exerce, contribui significativamente para a força simbólica da Constituição. O poder, como meio de comunicação simbolicamente generalizado, viabiliza a comunicação da política e do direito com os sistemas sociais parciais no ambiente policontextual. No caso do poder constituinte, a ponte resultante da integração da política com o direito se estabilizará na forma de Constituição, como acoplamento estrutural entre os dois sistemas. A Constituição, assim, é um conceito com sentido semântico próprio tanto na política, como instrumento legitimador do uso da força para imposição de decisões do poder público, quanto no direito, enquanto norma jurídica que impõe limites, e prescreve deveres, ao poder do Estado.

No entanto, é preciso compreender que, de uma perspectiva histórica, o poder constituinte não emergiu do nada, ele foi observado e percebido na sociedade moderna como uma oportunidade de consolidar a inclusão da burguesia no âmbito de decisões dos Estados soberanos. A revisão conceitual da noção de soberania do governante no Estado absolutista para a soberania popular no Estado de Direito representou uma evolução no processo de diferenciação dos sistemas sociais, especialmente para o sistema jurídico. Ao vincular as noções de poder constituinte e soberania popular, o direito e a política encontram uma base de legitimação para suas operações no âmbito do Estado como sistema de organização da sociedade.

A transição de definições do conceito de soberania decorreu essencialmente da assimilação pela sociedade do conceito de direitos subjetivos, que promoveu a inclusão dos excluídos, que passaram a pressionar por mais inclusão e participação no sistema político. Com efeito, ao reconhecer a titularidade de direitos pelos indivíduos, transformando-os em sujeitos de direito, a sociedade passou admitir que eles pudessem interferir nos processos recursivos dos sistemas sociais, essencialmente por meio de provocações acerca das restrições que determinam os limites internos do sistema jurídico. O desenvolvimento de operações recursivas com base nos direitos e sua evolução pela incorporação de novos direitos culminaram na formatação do Estado de Direito e com a afirmação de princípios fundamentais de sua estrutura, como a legalidade e a divisão de poderes.

A territorialidade das operações dos sistemas político e jurídico contrasta com a mundialidade da sociedade resultante da diferenciação dos demais sistemas sociais parciais

cujas operações não se limitam por fronteiras. Este traço da modernidade – comunidades humanas organizadas jurídica e politicamente na forma de Estado em espaços territoriais delimitados e relações sociais funcionalmente desterritorializadas – provoca irritações recíprocas entre os sistemas sociais, de maneira que um está sempre pressionando o outro a se adaptar à sua linguagem e a se submeter aos seus programas. Para lidar com essa tensão, tornou-se inevitável que os Estados mantivessem relações entre si, formando, progressivamente, uma comunidade internacional. Como “a consequência natural da comunidade é, por sua vez, a necessidade de uma lei internacional”<sup>1</sup>, o sistema de direito internacional surge, assim, como uma necessidade funcional da relação entre os Estados como uma reação aos processos de formação da sociedade mundial nos primórdios da modernidade.

O direito internacional teve um papel essencial na consolidação do modelo estatal de organização política da sociedade. Ao tratar os Estados como “sujeitos” que são regulados, criando expectativas generalizadas de conduta, o sistema de direito internacional precisou atribuir-lhes direitos subjetivos, que se tornaram uma vantagem discursiva sobre as demais formas de organização societal, que quedaram excluídas deste sistema. Disso resultou a prevalência do sistema de organização estatal sobre as demais formas de organização da sociedade medieval e, também, a submissão de outros povos pelo uso da força legitimado pelo direito nos processos de colonização.

No século XX, o direito internacional passou por profundas transformações como reflexo das novas expectativas criadas ao final da Segunda Guerra Mundial, como resultado das frustrações com o modelo de regulação das relações internacionais baseado na reciprocidade e na coexistência. Ao evidenciar-se a interdependência dos Estados na comunidade internacional, novos elementos foram incorporados ao sistema de direito internacional, proporcionando mudanças na estrutura da norma internacional, para estimular as relações de cooperação. Além disso, a ordem internacional se expandiu, com a criação de organizações internacionais, com o fim da colonização e com a percepção da interferência causada por outros atores nas operações/decisões dos Estados soberanos.

Diante desse contexto é que se questiona sobre como se pode observar a influência que o sistema de direito internacional exerce sobre a manifestação do poder constituinte nos momentos de transição constitucional na atualidade. A questão se mostra relevante na medida em que se intensificam as situações concretas que mobilizam as operações do sistema jurídico estatal em conexão com o direito internacional.

---

<sup>1</sup> ACCIOLY, Hildebrando. **Tratado de Direito Internacional Público**. Vol. 1, São Paulo : Quartier Latin, 2009, p. 38.

A pesquisa se desenvolve a partir de uma metodologia sociológica de descrição e compreensão dos processos de observação e comunicação inter e intrassistêmica da sociedade mundial, transversalizada pelo desenvolvimento histórico dos processos sociais de diferenciação do Direito e de surgimento do Estado, nos quais se insere o direito internacional moderno. Para se alcançar os resultados propostos, objetiva-se compreender ainda o papel dos direitos subjetivos e dos parâmetros fundantes do Estado de Direito nos processos de transição constitucional nos Estados. É um objetivo deste trabalho também compreender como a transformação do direito internacional ocorrida na segunda metade do século XX influencia os processos contemporâneos de constitucionalização. Para se observar como se deu a relação do direito internacional com a Assembleia Nacional Constituinte em 1987-88, tornou-se necessário estudar as teorias constitucionais clássicas que eram conhecidas dos juristas da época, especialmente sobre o poder constituinte. Como um contraponto das teorias clássicas, é também objetivo desta pesquisa o estudo de uma perspectiva sociológica da Constituição para, a partir de teorias que observam as comunicações interativas do sistema jurídico com o ambiente, conseguir alcançar, em um retorno ao momento do exercício do poder constituinte, as relações que já eram estabelecidas com o sistema de direito internacional no processo de elaboração do texto constitucional.

Ao partir de uma metodologia baseada na observação de segunda ordem das relações inter e intrassistêmicas, a formulação do problema desconsidera a hipótese de uma relação hierárquica entre o direito internacional e o direito interno, pois a teoria dos sistemas autopoieticos presume uma autonomia recíproca nas relações entre sistemas que só permite que essa relação seja heterárquica. O primeiro capítulo é voltado para compreender a sociedade mundial como ambiente onde está inserido o Estado na Modernidade. Na sociedade mundial, como entorno de todos os sistemas sociais parciais, acontece um constante e ininterrupto conjunto de processos evolutivos que decorre da interação comunicativa entre eles. O surgimento dos Estados modernos é resultado deste influxo de processos sociais decorrentes de múltiplos e diversificados fatos históricos na transição da Idade Média para a Idade Moderna. O processo de diferenciação funcional do direito em relação à política só se completa com a superação do absolutismo e com a adoção do Estado de Direito. Neste contexto também se insere a formação do direito internacional clássico, como sistema jurídico da rede de relações entre os Estados na sociedade mundial, compreendida como uma comunidade internacional. Busca-se demonstrar como as normas internacionais de coexistência podem ser consideradas com um dos fatores que contribuíram para a consolidação dos Estados como forma de organização da sociedade na modernidade.

O segundo capítulo é dedicado ao direito internacional contemporâneo, a partir das transformações ocorridas na estrutura normativa e orgânica da ordem jurídica internacional após a Segunda Guerra Mundial. A consolidação do caráter global das relações internacionais, resultante dos processos de descolonização, é compreendida em conjunto com a multiplicação de sujeitos participantes na composição de uma sociedade mundial multifacetada. Neste sentido, é possível observar o aumento da complexidade do ambiente societal em que os Estados mantêm relações entre si, com as organizações internacionais instituídas por eles próprios com o propósito de acelerar suas interações e com diversas outras entidades que transitam comunicativamente na sociedade mundial, como empresas, associações internacionais, organizações não governamentais, etc. Em decorrência da expansão normativa do direito internacional para novos âmbitos de regulação, os riscos de fragmentação da ordem jurídica são considerados, bem como da diversificação dos modelos de manifestação jurisdicional internacionais.

No terceiro capítulo, são estudados os conceitos de Constituição e de poder constituinte tanto do ponto de vista de teorias clássicas do Estado e do Direito, quanto da teoria social. No plano sociológico, são explicadas teorias que observam o fenômeno constitucional na sociedade mundial, especialmente tendo em vista a existência de uma racionalidade transversal entre direito e política decorrente das Constituições, o que proporciona interações com outras ordens normativas que emanam dos sistemas sociais parciais e, em particular, com o sistema de direito internacional. Embora sejam teorias mais recentes, impulsionadas pela intensidade das interações comunicacionais da sociedade mundial e pela fragmentação do fenômeno constitucional, são capazes de observar transversalidades que já ocorriam à época da Constituinte de 1987-88, mas não eram refletidas explicitamente.

No quarto capítulo, é analisada, inicialmente, a relação entre o sistema do direito internacional e o fundamento do poder constituinte na sustentabilidade do sistema jurídico. A seguir, a Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988 é estudada como uma organização da sociedade voltada para a tomada de decisões que resultaria no texto final da Constituição da República Federativa do Brasil. Neste sentido, não considerados os entrelaçamentos que se desenvolvem entre o sistema de direito internacional e a Assembleia Nacional Constituinte no processo de elaboração do texto constitucional. Para demonstrar como ocorre essa interação do sistema de direito internacional no processo comunicativo da Constituinte, é feito um estudo empírico sobre os debates da Assembleia Nacional Constituinte, que visa a demonstrar como o direito internacional foi apresentado e

considerado pelos deputados constituintes como parte do processo de formação de opinião. O objetivo foi verificar em que medida a descrição das operações decorrentes da aplicação das normas internacionais serve como ponte na interação comunicativa dos sistemas sociais parciais com a Assembleia Nacional Constituinte e se, de alguma maneira, interfere nas decisões que resultaram no texto constitucional em face da participação do Estado na comunidade internacional da sociedade mundial.

A compreensão da maneira como o direito internacional influencia e é considerado no momento da elaboração da Constituição deve contribuir para intensificar a comunicação entre o sistema de direito internacional e o sistema jurídico interno, permitindo que sejam tomadas decisões que atendam melhor às expectativas criadas na sociedade, considerando o seu caráter mundial.



## 1 A FORMAÇÃO DA SOCIEDADE MUNDIAL NA MODERNIDADE E O SURGIMENTO DOS ESTADOS MODERNOS

A teoria dos sistemas proposta por Niklas Luhmann se baseia em uma mudança paradigmática fundamental: passar da distinção do todo e das partes, para a distinção de sistema e entorno, tendo como referência o conceito de complexidade. A própria modernidade é considerada como um sinônimo da complexidade, que serve também como categoria analítica para a apreensão da diferença sistema/entorno. A noção de sistema tem a função de reduzir a complexidade da sociedade mundial, sem o que sua compreensão não é possível. O mundo, contudo, não é considerado um sistema, nem o entorno. Primeiro, porque tudo o que acontece, acontece no mundo, logo, não existe um entorno do qual ele pudesse ser diferenciado. Segundo, porque o entorno pressupõe um interior que, por sua vez, é delimitado em relação ao entorno. Assim, o mundo engloba todos os sistemas e os entornos respectivos, constituindo-se como a unidade sistema/entorno<sup>2</sup>.

O Estado, apesar de ser um sistema de organização da sociedade territorializado, prevaleceu sobre outras formas de organização societal ao conseguir estabelecer relações com os sistemas sociais parciais da sociedade mundial. Além das contingências históricas e sociais que favoreceram o surgimento dos Estados, o sistema de direito internacional, criado como decorrência das relações entre eles em uma comunidade internacional considerada como espaço público onde operam suas interações comunicativas, teve um papel fundamental neste processo.

### 1.1 A MUNDIALIDADE DA SOCIEDADE MODERNA

A concepção de mundo se forma e se transforma por meio do conhecimento proporcionado pela comunicação. Toda compreensão da ideia de mundialidade depende, essencialmente, da capacidade de se descrever todas as coisas que existem e todos os fatos que acontecem e as relações entre fatos e coisas existentes. A ampliação da noção de mundo aumenta, conseqüentemente, a complexidade da sua descrição, tornando cada vez mais limitadas as possibilidades de sua apreensão e de sua compreensão integral. A partir da

---

<sup>2</sup> LUHMANN, Niklas. **La Sociedad de la Sociedad**. Cidade do México: Herder, 2006, passim.

evolução do saber que levou ao conhecimento da globalidade, dos limites espaciais do planeta, a sociedade humana passou a se perceber como sociedade mundial<sup>3</sup>.

O sistema da sociedade mundial é caracterizado pela complexidade evidenciada pelas relações que se estabelecem entre os sistemas sociais parciais, que se desenvolveram a partir de processos de diferenciação funcional. Os sistemas funcionais diferenciados são, quase todos, caracterizados pela mundialidade proporcionada pela comunicação. Por fatores e contingências históricas, apenas os sistemas do direito e da política permanecem, em grande parte, organizados de maneira territorializada, na forma de Estados.

### 1.1.1 Complexidade

A complexidade é um conceito de observação e descrição, que inclui a auto-observação e a autodescrição de um objeto cognoscível. Como conceito complexo, a distinção que constitui a complexidade assume a forma de um paradoxo: é a unidade de uma multiplicidade. No caso dos sistemas, a unidade complexa possui vários elementos que se unem em várias relações. Com isso, a diversidade qualitativa de um sistema só é possível mensurar quando se quantificam os elementos. O sistema cresce quando se multiplicam geometricamente as relações pelo aumento do número de elementos. A forma da complexidade, portanto, é encontrada no limite das possibilidades de entrelaçamento entre os elementos do sistema<sup>4</sup>.

Os sistemas, no entanto, evoluem no sentido de limitar drasticamente a capacidade de enlace dos seus elementos, criando compensações para as perdas de relação que decorrem disso<sup>5</sup>. Assim, nem todas as relações possíveis entre os elementos compõem a forma que o sistema adquire. Como as relações se dão por meio da comunicação, pode-se concluir, assim, que toda ordem identificável que se baseia em uma complexidade poderia ser descrita de diversas maneiras, conforme a perspectiva do observador. A forma da complexidade decorrerá, portanto, da necessidade de manter relações seletivas entre os

---

<sup>3</sup> LUHMANN, Op. Cit., 2006, p. 111.

<sup>4</sup> LUHMANN, Op. Cit., 2006, p. 101-102.

<sup>5</sup> Para Villas Bôas Filho, a teoria dos sistemas de Luhmann também está ligada a uma teoria da evolução, que permite identificar as formas de diferenciação pelas quais o sistema social passa para lidar com a complexidade, e também uma teoria dos meios de comunicação, “que possibilita verificar os meios a partir dos quais a sociedade pode continuar dando prosseguimento à sua autopoiese, transformando em provável a comunicação que é altamente improvável”. (VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **Teoria dos Sistemas e o Direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 97).

elementos, o que vem a ser a organização seletiva da *autopoiesis* do sistema. Um sistema é considerado hipercomplexo quando pode descrever a si mesmo de modos diversos, isto é, quando existe uma pluralidade de descrições possíveis da sua complexidade<sup>6</sup>.

Quando o tempo é considerado, a complexidade da descrição da complexidade de um sistema aumenta ainda mais, pois envolve também a diversidade dos estados do sistema quando estão colocados de maneira sequencial. A teoria da complexidade exige, neste caso, operações recursivas de reiteração e antecipação de operações que são, no momento, atuais dentro do sistema. Assim, o desenvolvimento do sistema apresenta-se como um procedimento recursivo pelo qual o sistema traça limites e forma estruturas<sup>7</sup>. O desnível de complexidade do sistema em relação ao ambiente gera reações internas de compensação, que podem resultar em mudanças estruturais nesse mesmo sistema<sup>8</sup>.

Com isso, o manejo da complexidade muitas vezes se descreve como *estratégia* sem princípio fixo e sem fim estabelecido, o que significa que o sistema coloca todas as operações próprias no estado histórico do momento. Pode-se introduzir organizadamente certas redundâncias para orientar as operações dentro do próprio sistema, sem, no entanto, mudar o princípio da dependência do tempo e da imprevisibilidade do que se possa produzir como operação, já que a comunicação só pode compreender-se a si mesma de modo retrospectivo e, a partir disso, observar o futuro que ainda está por vir<sup>9</sup>. Portanto, na dimensão do tempo, a complexidade não aparece somente como uma sequência dos estados diferentes do sistema, mas também com a simultaneidade de estados estabelecidos e não estabelecidos<sup>10</sup>.

Os dois lados de forma-sentido da comunicação na complexidade são nos binômios realidade/possibilidade e, no uso operativo, atualidade/potencialidade. Cada atualização de sentido resultante dessa dinâmica potencia outras possibilidades de relações. O mundo está presente em cada instante como diferença entre sentido atualizado e possibilidades acessíveis, assim como está presente na simultaneidade e, ao mesmo tempo, as relações estão orientadas em um processo sequencial<sup>11</sup>.

A construção da complexidade própria a um sistema será possível apenas com base em um fechamento operativo, que é formulado como condição para se extrair uma ordem

---

<sup>6</sup> LUHMANN, Op. Cit., 2006, p. 103.

<sup>7</sup> LUHMANN, Op. Cit., 2006, p. 104.

<sup>8</sup> VILLAS BÔAS FILHO, Op. Cit., 2009, p. 98.

<sup>9</sup> Orlando Villas Bôas Filho aponta que o conceito de comunicação, enquanto unidade sintética de operações seletivas (mensagem, informação e compreensão), não carrega pretensões normativas (VILLAS BÔAS FILHO, Op. Cit., 2009, p. 96).

<sup>10</sup> LUHMANN, Op. Cit., 2006, p. 104-105.

<sup>11</sup> LUHMANN, Op. Cit., 2006, p. 106.

do influxo de informações que advém do entorno. O fechamento operativo se dá no momento em que se renuncia a um completo atrelamento entre os elementos do sistema, por meio de uma seleção dos atrelamentos praticados. Este atrelamento seletivo qualifica os elementos e confere sentido ao discurso sobre os elementos próprios do sistema, de fronteiras do sistema e de sua diferenciação<sup>12</sup>.

### 1.1.2 Diferenciação e Integração

A diferenciação entre os sistemas tem como resultado outras diferenciações, que podem ser explicadas pela diferenciação sistêmica, visto que todos os enlaces operativos recursivos das operações produzem uma diferença de sistema e entorno. Dessa maneira, quando se origina um sistema social, a noção de diferenciação irá se referir ao que aparece como entorno, como consequência da diferenciação. Entretanto, a diferenciação pode acontecer também no interior de sistemas já formados. Neste último sentido, a diferenciação sistêmica é uma construção recursiva de um sistema e a aplicação da construção sistêmica ao seu próprio resultado. O sistema dentro do qual se formam outros sistemas se reconstrói através de uma distinção posterior entre sistema parcial e entorno e, com isso, do ponto de vista do sistema parcial, o resto do sistema total se torna entorno<sup>13</sup>.

A diferenciação não se confunde com a decomposição do todo em partes, nem no sentido de decomposição conceitual, nem no sentido de divisão real. Cada sistema parcial reconstrói o sistema total, ao qual ele pertence e correaliza, através de uma diferença própria de sistema/entorno, que é específica do sistema parcial. Através da diferenciação do sistema, este se multiplica em si mesmo mediante distinções sempre novas de sistemas e entorno. No contexto da diferenciação do sistema social, cada transformação de um sistema parcial é uma múltipla transformação, pois é, ao mesmo tempo, uma transformação do entorno dos demais sistemas parciais<sup>14</sup>.

Ao passar do esquema todo/partes para o esquema sistema/entorno, a análise da sociedade possibilita o acoplamento entre a teoria dos sistemas e a teoria da evolução, que permite conhecer a “morfogênese da complexidade”. Ademais, somente mediante uma distinção sistema/entorno o sistema compreende a “unidade” do mundo, já que a observação das relações sistema-a-sistema só permite uma compreensão fragmentada do mundo ou da

---

<sup>12</sup> LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Trad. Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 58.

<sup>13</sup> LUHMANN, Op. Cit., 2006, p. 472-473.

<sup>14</sup> LUHMANN, Op. Cit., 2006, p. 473-474.

sociedade. Nas relações sistema-a-sistema podem se dar acoplamentos estruturais que não suprimem a *autopoiesis* dos sistemas parciais<sup>15</sup>.

O esquema sistema/entorno modifica também o conceito de integração, que passa a ser entendida como a redução dos graus de liberdade dos sistemas parciais. Toda diferenciação dos sistemas autopoieticos produz indeterminações internas que podem se incrementar mediante desenvolvimentos estruturais. Assim, a integração é um aspecto do tratamento, ou do aproveitamento, de indeterminações internas tanto no plano do sistema total quanto nos seus sistemas parciais. A integração não é um conceito carregado de valor, logo, não pode ser considerado “melhor” que a desintegração; nem se refere à “unidade” do sistema diferenciado, pois é possível haver mais ou menos integração, mas não se pode falar logicamente em mais ou menos unidade<sup>16</sup>.

Portanto, a integração não está ligada a uma perspectiva de unidade, nem a “obediência” dos sistemas parciais a instâncias centrais. Não consiste na relação das partes com o todo, senão em uma relação móvel e o ajustamento historicamente móvel dos sistemas parciais entre si. A limitação dos graus de liberdade pode se encontrar nas condições de cooperação, ainda que muito mais no conflito. O conceito, portanto, não passa pela diferença entre cooperação e conflito, mas como algo que antecede a essa distinção. O problema do conflito é a integração forte demais entre os sistemas parciais, sistemas que, dessa maneira, precisam mobilizar cada vez mais recursos para a contenda e subtraí-los de outras disposições. Assim, o problema de uma sociedade complexa vem a ser o de prover uma desintegração suficiente<sup>17</sup>.

A integração sempre ocorre no sentido de uma limitação recíproca dos graus de liberdade dos sistemas. A unidade de um acontecimento se secciona de maneira muito diversa dependendo dos interesses do observador, isto é, do sistema parcial em que ele se encontra situado. No pulsar dos acontecimentos, os sistemas se integram e se desintegram de momento a momento. Se isso se repete e, logo, pode ser antecipado, pode chegar a influenciar os desenvolvimentos estruturais dos sistemas participantes. A base operativa da integração/desintegração será sempre um acontecimento particular, que simultaneamente se identifica no momento em vários sistemas. O domínio deste mecanismo complexo é essencial para se planejar adequadamente as ações e para se lançar com êxito as comunicações inter e

---

<sup>15</sup> LUHMANN, Op. Cit., 2006, p. 475.

<sup>16</sup> LUHMANN, Op. Cit., 2006, p. 478.

<sup>17</sup> LUHMANN, Op. Cit., 2006, p. 478-479.

intrassistêmicas, por mais unilaterais que sejam os aportes guiados por interesses e condicionados sistemicamente<sup>18</sup>.

A maneira como cada sistema social parcial observa um evento será determinante, de acordo com o sentido que ele atribui segundo a sua própria linguagem, para a atuação das organizações no momento de uma tomada de decisão que poderá implicar em novas operações intrassistêmicas, o que poderá modificar, ou não, as comunicações integrativas intersistêmicas. Cada decisão tomada na sociedade pode atualizar sentidos diferentes, conforme o contexto a partir do qual ela pode ser observada<sup>19</sup>. Como existe uma autonomia dos sistemas, as diferentes decisões nos diferentes contextos podem, ou não, corresponder aos programas uns dos outros. Assim, uma decisão economicamente racional pode ser juridicamente ilícita e uma decisão jurídica válida pode produzir efeitos economicamente negativos. O papel das organizações é o de elevar o grau de sensibilidade na comunicação intersistêmica para produzir decisões mais adequadas.

Tomando como exemplo a proposição de uma lei que pretenda fechar um porto marítimo histórico em uma cidade para construir um parque aquático, este fato será observado de formas diferentes pelos economistas, pelos meios de comunicação, pelos políticos, pelos sociólogos, pelos urbanistas, pelos historiadores, pelas famílias da localidade, pelos engenheiros de mobilidade e de logística. As diferentes percepções do mesmo acontecimento irão se comunicar simultaneamente, promovendo a integração dos sistemas parciais e permitindo os desenvolvimentos estruturais intrassistêmicos, para depois se desintegrarem e retomarem seu funcionamento estrutural. Dentro de um mesmo sistema, o econômico, por exemplo, também haverá formas diferenciadas de observação do mesmo acontecimento, por exemplo, dos trabalhadores do porto, das empresas que atuam na logística do porto, das empresas de construção civil, do mercado imobiliário da região, do comércio de bens e serviços do entorno do porto, da bolsa de valores etc. Também estes irão se integrar pela comunicação, se desenvolver e desintegrar. Por isso, a tomada de decisões de cada organização (empresa, sindicato, unidade federativa etc.) será tanto mais exitosa quanto melhor for a comunicação e o conhecimento da observação inter e intrassistêmica, permitindo o planejamento mais adequado das ações.

Com isso, há sempre inúmeras comunicações intersistêmicas eventuais, que geram uma constante produção e dissolução de configurações do sistema. Os sistemas integram e se desintegram continuamente, acoplando-se apenas momentaneamente para logo

---

<sup>18</sup> LUHMANN, Op. Cit., 2006, p. 479-480.

<sup>19</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Direito Ambiental e Sustentabilidade**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 23.

ficarem livres para estabelecer enlaces por meio de operações determinadas por eles mesmos<sup>20</sup>.

O nível operativo da diferenciação societal exige uma constante assimilação das distinções. Nas comunicações da sociedade funcionalmente diferenciada, devem se comunicar constantemente pontos de vista de agregação e delimitação, porém isso nem sempre se efetua por sinais perceptíveis. A sociedade opera sua comunicação entre ausentes, mediante sistemas autorreferentes que se valem de organizações dotadas da capacidade de decidir conforme a programação dos sistemas. Assim, a falta de conhecimento seguro pode se converter em risco, como acontece nas inovações tecnológicas, quando não é possível decidir antecipadamente sobre as consequências econômicas e sociais do acontecimento.

### 1.1.3 Sistemas Funcionalmente Diferenciados

A diferenciação funcional pressupõe o fechamento operativo dos sistemas funcionais, incluindo a autoreferência, o que lhes coloca em um estado de *indeterminação autoproduzida*. A complexidade do sistema tem sempre dois lados: um já determinado e outro ainda indeterminado. As operações do sistema têm a função de determinar o *ainda indeterminado* e de regenerar, ao mesmo tempo, a indeterminação<sup>21</sup>.

Na diferenciação funcional, cada sistema funcional, sem exceção, determina sua própria identidade por meio de uma semântica elaborada de reflexão e de autonomia, dando sentido a si mesmo. A sociedade não tem, em relação aos sistemas, relação hierárquica, de inferioridade ou de superioridade, mas é considerada apenas como o entorno desses sistemas. Por outro lado, as dependências entre os sistemas parciais aumentam, adquirindo a forma da diferença entre sistema e entorno<sup>22</sup>.

A função que o sistema diferenciado desempenha para o sistema total diz respeito a um problema da sociedade. Embora leve à diferenciação de um vínculo particular de sistema/entorno na sociedade, a função se desenvolve unicamente no sistema funcional e não no seu entorno. Isso significa que o sistema funcional monopoliza para si mesmo a função, acentuando a diferença entre os distintos problemas de referência. Cada sistema funcional tem a ver com um entorno interno da sociedade integrado de maneira distinta, precisamente porque cada sistema funcional está diferenciado para cumprir com uma função específica. Assim, para cada uma das funções significa que, para esse sistema, e só para ele,

---

<sup>20</sup> LUHMANN, Op. Cit., 2006, p. 480-481.

<sup>21</sup> LUHMANN, Op. Cit., 2006, p. 590.

<sup>22</sup> LUHMANN, Op. Cit., 2006, p. 590.

esta função é a prioritária e todas as demais funções lhe estão subordinadas. Com base no primado de sua função, os sistemas funcionais alcançam o fechamento operativo e formam assim sistemas autopoieticos no interior do sistema autopoietico da sociedade. A autopoiese quer dizer que os sistemas se definem, isto é, criam identidade, a partir de suas próprias operações. Portanto, cada sistema pode alcançar um fechamento recursivo e chegar à reprodução de suas próprias operações por meio da rede de operações próprias por duas razões: primeiro, porque a função se volta a um ponto de referência inconfundível da autorreferência e, segundo, porque o sistema utiliza um código binário, utilizado somente neste e em nenhum outro sistema. Assim, a rede de operações próprias do sistema se volta recursivamente sobre comunicações precedentes ou antecipam comunicações de enlace<sup>23</sup>.

Mediante sua função, os sistemas funcionais se estabelecem na sociedade e com a descrição de sua função se remetem à sociedade. Para formar sua autopoiese, no entanto, precisam de um código binário como forma de orientação. Função e codificação designam um esquema de contingência: enquanto a função possibilita a comparação com os equivalentes funcionais, a codificação regula a contingência dos valores, na oscilação entre o positivo e o negativo, com que o sistema orienta suas próprias operações. Ao orientar-se pela função, o sistema defende a preponderância de suas opções e, pelo valor negativo de seu código, reflete sobre a necessidade de impor critérios a todas as suas operações<sup>24</sup>.

Como os sistemas funcionais não são teleológicos, a função do código é assegurar a continuidade da autopoiese para impedir que o sistema se imobilize por alcançar um determinado fim e deixe de operar. Com isso, todas as suas operações se referem a uma distinção entre dois valores, o que assegura sempre a possibilidade de comunicação de enlace que pode passar ao valor oposto<sup>25</sup>. Assim, considerando que um fato é juridicamente válido, por exemplo, esta questão pode ser objeto de novas operações comunicativas posteriores quando houver uma mudança na legislação, no sentido de perguntar se, neste momento atual, o fato é válido ou inválido.

A autopoiese dos sistemas funcionais consiste na reprodução, isto é, na produção a partir de produtos já produzidos, de operações elementares do sistema, que estão constituídas no âmbito de contingência de um código específico. O código binário se reproduz constantemente em todas as operações do sistema e com as possíveis operações próprias novas que surgem do movimento constante dos fatos. As operações marcam os limites do

---

<sup>23</sup> LUHMANN, Op. Cit., 2006, p. 591-592.

<sup>24</sup> LUHMANN, Op. Cit., 2006, p. 593.

<sup>25</sup> LUHMANN, Op. Cit., 2006, p. 593.



sistema, pois, ao acontecerem, fixam o que pertence ao sistema e o que é do entorno.<sup>26</sup> Esse fechamento operativo não implica no isolamento do sistema funcional diferenciado. A abertura cognitiva dos sistemas deve permitir que eles reajam aos acontecimentos da sociedade, interrompendo sua própria circularidade baseada na lógica do código binário, valor/valor contrário, e permitindo a introdução de novos condicionamentos que servirão como atualização. Para tanto, o sistema desenvolve estruturas internas sensíveis às irritações que vêm do entorno e criam ressonâncias na “esfera pública” interna do sistema. Essa comunicação poderá induzir mudanças nas operações intrassistêmicas e, com isso, permitir sua evolução.

Tome-se como exemplo a construção jurisprudencial no Brasil de aplicação de indenizações com caráter punitivo em situações de ilícito civil. A aplicação dos chamados “danos punitivos” é uma consequência de irritações da sociedade sobre o sistema jurídico que produziram demandas no sentido de coibir certas condutas empresariais consideradas prejudiciais aos consumidores, mas que não encontravam no ordenamento jurídico em vigor uma norma específica que pudesse ter este efeito. A incorporação dos *punitive damages* veio como resposta do sistema a partir de novas operações com base nos princípios jurídicos, modificando, com isso, sua própria descrição.

As descrições do mundo são sempre formulações da heterorreferência de sistemas específicos e, por isso, dependentes de como acessam a autorreferência de cada sistema funcional. O reconhecimento geral do fechamento operativo e da autonomia autopoietica permite a um sistema uma alta compatibilidade com a desordem do entorno. Embora seja possível controlar os acoplamentos estruturais e absorver e processar as irritações, o entorno pode seguir sendo intransparente, supercomplexo e incontrolável. A consequência é que a sociedade se torna capaz de aumentar a sua desordem interna e, ao mesmo tempo, de imunizar-se contra ela<sup>27</sup>. A diferenciação funcional dos sistemas sociais é uma característica da sociedade mundial da modernidade.

#### **1.1.4 Sociedade Mundial**

A real percepção de globalidade da sociedade humana só acontece após as grandes navegações. Antes disso, a noção de “mundo” não representava a percepção da

---

<sup>26</sup> LUHMANN, Op. Cit., 2006, p. 595-596.

<sup>27</sup> LUHMANN, Op. Cit., 2006, p. 597-598.

globalidade, que só foi aceita como verdade a partir do Iluminismo. Portanto, a formação da sociedade mundial está diretamente relacionada ao surgimento dos impérios coloniais resultantes da expansão do poder dos Estados para terras desconhecidas, motivados principalmente por fatores econômicos impulsionados pelo mercantilismo.

O encontro dos povos europeus com os africanos, ameríndios e asiáticos deu início a um processo de interconectividade não mais interrompido e proporcionado pela comunicação, desenvolvendo um ambiente societal complexo, fragmentado e interconectado. A complexidade se verifica na multiplicação das relações entre os sistemas sociais funcionalmente diferenciados que se formaram no seio da sociedade mundializada, como uma das características da modernidade. A diferenciação dos sistemas fragmenta a sociedade em diferentes campos normativos que, embora se comuniquem por meio de processos de integração e desintegração, funcionam conforme seus próprios códigos de comunicação e, não raro, entram em colisão, gerando conflitos que, por vezes, resultam em reações violentas. Os sistemas sociais da sociedade mundial estão interconectados e são interdependentes, o que significa que o fechamento operativo de cada sistema não pode prescindir de uma abertura cognitiva que permita a atualização constante de cada sistema social às contingências da realidade trazidas pela evolução dos outros sistemas<sup>28</sup>.

A formação dos Estados é um processo evolutivo complexo e territorialmente variado, que se inicia com a prevalência dos reinos feudais na disputa pelo poder com os diversos atores existentes na sociedade medieval europeia, notadamente a Igreja, o Império, a nobreza e as cidades. A partir do surgimento dos primeiros Estados, desenvolve-se também o direito internacional como um sistema normativo essencial para o fortalecimento das relações entre os monarcas e para a expansão do seu poder para outros territórios.

Paradoxalmente, os Estados soberanos são organizações territorializadas que desenvolvem seus sistemas jurídicos com um fechamento operacional localizado<sup>29</sup>, deixando pequenas aberturas de conexão com sistemas jurídicos de outros Estados, desenvolvidas na forma de normas de direito internacional privado, principalmente em razão das demandas do sistema econômico e das relações de família, como consequência das migrações. Desta forma, a posterior diferenciação funcional entre direito e política no âmbito dos Estados, a partir da fundação do Estado de Direito, ocorre de forma localizada, com a criação de sistemas

---

<sup>28</sup> STICHWEH, Rudolf. **A Sociedade Mundial**. Trad. Marcelo Fetz, na Internet em [https://blogdosociofilo.com/2017/07/24/a-sociedade-mundial-por-rudolf-stichweh/#\\_ftn1](https://blogdosociofilo.com/2017/07/24/a-sociedade-mundial-por-rudolf-stichweh/#_ftn1), acessado em 12.06.2017.

<sup>29</sup> O conceito de Estado indica, simultaneamente, uma organização, no sentido político, e uma pessoa jurídica, no direito.

jurídicos sem pretensões de comunicação com a perspectiva mundializada dos demais sistemas sociais.

Marcelo Neves afirma que “a sociedade moderna nasce como sociedade mundial”. cuja formação social se desvincula das organizações políticas territoriais. Os Estados, contudo, constituem-se como uma das dimensões fundamentais à reprodução da sociedade mundial. Ele explica que “a sociedade mundial constitui-se como uma conexão unitária de uma pluralidade de âmbitos de comunicação em relações de concorrência e, simultaneamente, de complementariedade”. Assim, conclui que a sociedade mundial “não se confunde com a ordem internacional, pois essa diz respeito fundamentalmente às relações entre Estados. A ordem internacional é apenas uma das dimensões da sociedade mundial”<sup>30</sup>.

Para Luhmann<sup>31</sup>, o conhecimento do globo terrestre como uma esfera fechada de comunicação tornou irreversível a transcendência dos limites espaciais que antes existiam para as sociedades fragmentadas. Na metade do século XIX, ficou definido um tempo único para o mundo, o que significa que se pode estabelecer a simultaneidade de acontecimentos em todos os lugares e a comunicação em todo o mundo sem perda de tempo. Os sistemas funcionais da sociedade, como a economia, a política, a ciência, a educação, a saúde, os meios de comunicação e o direito, propõem exigências de acordo com seus próprios limites, limites estes que, na sociedade mundializada, já não podem ficar integrados concretamente a um espaço ou com relação a um grupo de seres humanos.

Em todos os sistemas funcionais a operação é comunicativa, que é também o que lhes distingue. Como sistema de comunicação, a sociedade se distingue do seu entorno como um limite externo. De acordo com Carneiro, “a sociedade opera sua comunicação entre ausentes, mediante sistemas autorreferentes que se valem de organizações dotadas da capacidade de decidir conforme a programação dos sistemas.”<sup>32</sup> Para todos os sistemas parciais da sociedade os limites da comunicação são limites externos da sociedade. A diferenciação interna entre sistemas parciais pode e deve se relacionar com este limite externo da sociedade, criando para cada um dos sistemas parciais distintos códigos e programas. Na medida em que se comunicam, todos os sistemas parciais participam da sociedade e, na medida em que se comunicam de modo distinto, distinguem-se entre si<sup>33</sup>.

---

<sup>30</sup> NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 26-27.

<sup>31</sup> LUHMANN, Op. Cit., 2006, p. 108-118.

<sup>32</sup> CARNEIRO, Wálber Araujo. “Teorias Ecológicas do Direito: por uma reconstrução crítica das teorias do direito”. No prelo.

<sup>33</sup> LUHMANN, Op. Cit., 2006, p. 112.

A sociedade se constitui a partir da reprodução da comunicação, como a operação elementar. Assim, qualquer comunicação emanada dos sistemas parciais se implica à sociedade mundial, independentemente da temática concreta e da distância espacial entre os participantes. O caráter inequívoco do limite exterior, que se refere ao que se pode distinguir entre comunicação e não comunicação, torna possível o fechamento operativo do sistema da sociedade do mundo. Este fechamento produz uma indeterminação interna de possibilidades abertas de comunicação, não determinável pelo entorno, que só pode ser superada pelos meios próprios de auto-organização<sup>34</sup>. Com isso se quer dizer que a forma da complexidade da sociedade mundial não é determinada pelo seu entorno e poderá se descrever de modos diversos, a depender de onde se encontre o observador, revelando-se como sistema hipercomplexo.

Não existe uma representação vinculante do mundo, pois todos os sistemas funcionais se auto-observam e sua observação do entorno será sempre parcial, no que se refere à observação à correspondente perspectiva interna de cada sistema da distinção entre si e o entorno. Assim, a observação do mundo elaborada por um observador de um sistema parcial, que observa e reutiliza recursivamente as observações, resulta em um mundo como todo inobservável, sendo a totalidade do mundo uma fórmula da unidade de todas as distinções<sup>35</sup>. Por isso, todas as descrições do mundo formuladas a partir dos códigos e programações dos sistemas parciais não serão capazes de representar a totalidade das relações comunicativas que se enlaçam entre os elementos do sistema da sociedade, e as que podiam existir, e não ocorrem, em razão dos limites estabelecidos pelos próprios sistemas parciais, mas se apresentam como possibilidades diante da mutabilidade dos sistemas.

Luhmann afirma que “o mundo mesmo é tão somente o horizonte total de toda vivência provida de sentido, seja a que está dirigida para o interior ou para o exterior, seja, no plano temporal, a que está mais adiante ou mais para trás”<sup>36</sup>. O mundo se fecha com o *sentido* que nele se ativa, e precisa ser compreendido como sendo as operações que nele se efetuam. Para a teoria dos sistemas, o mundo é a totalidade do que, para cada sistema parcial, significa a relação sistema/entorno<sup>37</sup>. O aspecto estrutural e operativo do conceito de sociedade mundial é que sobre o globo terrestre, em todo o mundo alcançável comunicativamente, só existe uma sociedade. Portanto, com a evolução do sistema da sociedade varia a semântica do

---

<sup>34</sup> LUHMANN, Op. Cit., 2006, p. 113.

<sup>35</sup> LUHMANN, Op. Cit., 2006, p. 113-114.

<sup>36</sup> LUHMANN, Op. Cit., 2006, p. 115.

<sup>37</sup> LUHMANN, Op. Cit., 2006, p. 115.

mundo<sup>38</sup>. A uma sociedade que se descreve como um sistema de comunicação operativamente fechado e que se expande ou se contrai conforme se comunique corresponde um mundo que tem exatamente as mesmas características: que expande ou se contrai conforme o que acontece<sup>39</sup>.

A forma de diferenciação da sociedade moderna obriga a abandonar os princípios estruturais hierarquizados e conforme a lógica centro/periferia das sociedades mais antigas e se assume como sociedade de um mundo heterárquico e acêntrico<sup>40</sup>. A diferenciação funcional é caracterizada tanto pela desigualdade quanto pela igualdade dos sistemas parciais, o que significa que os sistemas funcionais são iguais em sua desigualdade. Apesar de não se poder estabelecer um princípio unitário substancial para a sociedade moderna, ela se encontra hiperintegrada. Sua estabilidade é alcançada pela *autopoiesis* dos sistemas funcionais, mas é sempre ameaçada por irritações decorrentes do grande número de acoplamentos estruturais e operacionais entre os sistemas parciais. A sociedade total, no entanto, não intervém para regular tais conflitos, o que é perfeitamente fundamentado na forma de diferenciação funcional que lhe caracteriza.

Para os propósitos desta pesquisa, interessa compreender o processo histórico em que se deu a diferenciação funcional entre a política e o direito e como se chegou a uma estabilidade nesta relação, o que foi possível a partir do surgimento e posterior consolidação dos Estados modernos como sistema de organização territorializada da sociedade.

## 1.2 PROCESSO HISTÓRICO DE DIFERENCIAÇÃO DO ESTADO SOBERANO NA TRANSIÇÃO DA IDADE MÉDIA PARA A IDADE MODERNA

A formação dos Estados modernos europeus se deu em razão de uma série de fatores que ocorreram ainda na Alta Idade Média<sup>41</sup> e que foram determinantes para o declínio da estrutura societal feudal. Durante a Baixa Idade Média, os reinos europeus entraram em confronto com o Sacro Império Romano Germânico, dominado pela cúria romana no Vaticano, declarando a oposição do seu direito soberano (*ius imperium*) ao poder imperial.

<sup>38</sup> LUHMANN, Op. Cit., 2006, p. 117.

<sup>39</sup> LUHMANN, Op. Cit., 2006, p. 117-118.

<sup>40</sup> HABERMAS, Jürgen. “A Political Constitution for the Pluralist World Society” em **Anales de la Cátedra Francisco Suárez**, n. 39, 2005, pp. 121-132, p. 126.

<sup>41</sup> A Idade Média é o período que vai do ano 476 E. C., com a queda do Império Romano do Ocidente, até 1453 E. C., com a tomada da capital do Império Bizantino, Constantinopla. Costuma-se dividir o período em Alta e Baixa Idade Média, considerando a ascensão e o declínio do modo de produção feudal. A alta Idade Média vai de 476 a 1000 e a Baixa Idade Média, de 1000 a 1453.

O surgimento dos primeiros Estados coincide com a construção de uma ordem jurídica internacional que contribuiu para o fortalecimento político dos reinos no confronto com as outras forças políticas existentes na sociedade medieval, notadamente a Igreja, o Império, a nobreza e as cidades<sup>42</sup>. Para se chegar à formação do modelo de organização estatal, a recepção do direito romano<sup>43</sup> foi um fator importante no confronto dos reinos com a Igreja e com o Império.

Paralelamente à recepção do direito romano, um conjunto complexo de outros fatores ocorreu na Baixa Idade Média, o que culminou no triunfo dos monarcas e, conseqüentemente, na formação dos Estados absolutistas. Apesar da grande diferença entre os processos históricos de cada Estado, a convergência do resultado na formação de organizações estatais em quase toda a Europa no século XVII sinaliza a existência de movimentos semelhantes em diversas localidades.

É difícil datar os começos dos processos de diferenciação societal, pois apenas deixam-se definir diante do que se denomina desenvolvimento anterior. No início de qualquer processo, a semântica que se impõe se orienta pelos conceitos da tradição. Assim, todos os acontecimentos que resultaram no colapso da sociedade medieval foram, inicialmente, compreendidos a partir da semântica dominante, o que torna improvável se chegar a uma determinação temporal. O que é decisivo é que, em algum momento, a recursividade da reprodução autopoiética começa a apreender-se a si mesma e alcança um fechamento a partir do qual para o observador do sistema só conta o sistema. A partir de então é que se começa a compreender a mudança de paradigmas e os respectivos entornos internos da sociedade só são percebidos como ruídos irritantes, como interferências ou oportunidades<sup>44</sup>.

Assim, muitos dos acontecimentos do processo de diferenciação funcional da sociedade moderna ocorrem ainda no contexto da diferenciação estratificada da Idade Média, o que, inevitavelmente, resulta em irritações sociais. A transição dessa semântica para a Modernidade opera de maneira diversificada em diferentes localidades, em razão da recursividade das operações inter e intrassistêmicas que permite perceber a existência de uma nova ordem. Neste contexto, a recepção do direito romano na Europa medieval foi um

---

<sup>42</sup> VAN CREVELD, Martin. **Ascensão e declínio do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

<sup>43</sup> A recepção acontece quando um povo recebe um objeto cultural de outro povo, ou de tempos passados, adaptando-se culturalmente aos comportamentos alienígenas, tornando-os progressivamente elementos da cultura local. A recepção é caracterizada pela continuidade das formas culturais estrangeiras ou passadas para além das mutações do seu portador original (WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. 4ª ed. Trad. A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Gulbenkian, 2010, p. 131).

<sup>44</sup> LUHMANN, Op. Cit., 2006, p. 561.

processo que antecedeu à diferenciação do sistema jurídico em relação à política, mas que já permitiu a leitura da possibilidade de se fundar uma unidade do direito em si mesmo.

### 1.2.1 Recepção do Direito Romano e a secularização do direito

A recepção do direito romano foi um processo que durou alguns séculos e se situa no centro da diferenciação funcional entre religião e direito, ou da secularização do direito, que antecedeu a diferenciação entre direito e política. Além disso, a retomada do individualismo característico do modo de pensar latino, ainda na Idade Média, permitiu o reconhecimento de direitos subjetivos, a separação das esferas pública e privada e a difusão de uma cultura da pessoa humana que contribuiu para e se fortaleceu pelo surgimento pensamento iluminista<sup>45</sup>.

O direito romano foi recepcionado no direito medieval a partir de uma iniciativa política da Igreja Católica, no intuito de reforçar as bases estruturantes do Sacro Império fundado em 800 E.C. São precedentes históricos deste momento: i) o surgimento da Igreja Católica, ainda na Antiguidade, passando o cristianismo a ser a religião oficial do Império Romano<sup>46</sup>; ii) a queda do Império Romano do Ocidente, em 476 E.C., evento que é considerado marco inicial da Idade Média; iii) a assunção pela Igreja Católica do legado do Império Romano, passando a conviver, na sociedade feudal internacional, com os reinos e principados dando origem ao sistema feudal.

A Alta Idade Média é caracterizada pelo enfraquecimento do poder temporal dos reinos diante da força da Igreja Católica, que passou a se impor por meio do legado estrutural do extinto Império Romano do Ocidente. Em 800, o Papa Leão III estabeleceu a restauração do Império, a *renovatio imperii*, coroando Carlos Magno como imperador, sob o argumento de que os interesses da Igreja não se encontravam suficientemente atendidos pelo imperador bizantino do Império Romano do Oriente, dando início ao Sacro Império. O ressurgimento do Império por unção papal revela o poder que a Igreja detinha no âmago das relações de forças medievais, impondo-se o poder espiritual sobre o temporal.

A Igreja adotou o direito romano como *lex terrena* e, paralelamente, passou a desenvolver o seu próprio direito, o direito canônico<sup>47</sup>, como uma correção espiritual das leis

---

<sup>45</sup> LOPES, José Reinado Lima. **O Direito na História**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 162-163.

<sup>46</sup> De acordo com Gilissen, “no Império Romano, uma religião nova, pregada por Cristo e pelos seus discípulos no século I, impôs-se no século IV; o Império torna-se cristão” (GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. Trad. António M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 2ª ed. Lisboa: Gulbenkian, 1995, p. 127).

<sup>47</sup> Segundo Wieacker, o direito canônico desenvolve-se numa tradição salvaguardada pelo uso da escrita, da redação documental e pela escola, ao contrário do que acontece com o direito profano, que é eminentemente

romanas, assumindo um caráter superior<sup>48</sup>. No entanto, o aspecto fragmentário do direito canônico manteve o direito romano vivo, ainda que como pano de fundo, que era frequentemente chamado para corrigir ou esclarecer a aplicação do direito da Igreja. Neste ambiente social evidencia-se a dicotomia da *Respublica Christiana*: de um lado, o Papado, de outro, o Império; no plano jurídico, de um lado, o direito canônico, de outro, o direito romano, vigorando a fórmula conhecida como *utrumque jus* – “um e outro direito”<sup>49</sup>.

Durante toda a Alta Idade Média, a imposição do poder da Igreja por meio do Império submeteu os reinos e principados aos interesses eclesiásticos. O cenário crescente de opressão no terreno dos costumes foi característico deste período e o uso da fórmula *utrumque jus*, com preponderância do direito canônico sobre o direito romano, teve um papel central, já que, com ela, o direito era instrumentalizado pela religião. Na península ibérica, esta situação foi essencial para o início das transformações sociais que culminariam na formação dos Estados.

A partir da Baixa Idade Média, as relações entre a Igreja e o Sacro Império nem sempre foram harmônicas. Uma vez nomeados, alguns imperadores se rebelaram contra o controle eclesiástico. Gilissen conta que “os conflitos entre a Igreja e o Santo Império são constantes nos séculos XI e XII; cristalizam-se em redor da ‘Querela das Investiduras’, relativa ao poder de conferir títulos eclesiásticos”. O papado sai vencedor do conflito e o seu poder atinge o ápice nos séculos XII e XIII, entrando em declínio a seguir<sup>50</sup>.

Neste contexto, os reinos e principados que coexistiam com o Império, no exercício de uma *regalis potesta*, e que estabeleciam com o imperador uma relação na base de uma *potestas directiva*, de cunho político<sup>51</sup>, passaram a recepcionar o direito romano advindo da Igreja, como uma consequência natural da aceitação do direito canônico, pela adoção da fórmula *utrumque jus* pela justiça do rei. Obviamente que, sendo o direito romano o “direito do Império”, ele tendia a sujeitar a *Regna* ao *Imperium*, funcionando assim como uma

consuetudinário e disperso. Com isso, de acordo com o mesmo autor, a ordem jurídica da Igreja passa a exercer influência “sobre a construção conceitual e o conteúdo dos princípios jurídicos temporais, sobre o processo jurídico nas coisas temporais e sobre o método da ciência jurídica”. (WIEACKER, Op. Cit., 2010, p. 69).

<sup>48</sup> Para Habermas, um dos elementos típicos da cultura jurídica dos antigos impérios medievais é que “o sistema jurídico tinha cobertura de um direito sagrado, administrado exegeticamente por especialistas teólogos e juristas”. (HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 231, v. 2).

<sup>49</sup> Pela fórmula *utrumque jus*, nas questões terrenas, aplica-se o direito romano, nas questões espirituais, aplica-se o direito canônico.

<sup>50</sup> GILISSEN, Op. Cit., p. 137.

<sup>51</sup> Como afirma Neves, “no período medieval, a organização política territorial confronta-se com duas tendências díspares: por um lado, a força interna da desintegração feudal; por outro, a pressão externa do poder papal” (NEVES, Op. Cit., 2009, p. 15-16).



estratégia do *Sacerdotium* para submeter os reinos e principados ao domínio da Igreja por meio do Sacro Império.

De acordo com Nuno Gomes da Silva, em Portugal, assim como em outros reinos ocidentais, a recepção do direito romano é precedida e condicionada pela recepção do direito romano no direito canônico. A Igreja promoveu a difusão do direito romano em toda a Cristandade, como “direito comum” que se põe acima do *ius proprium*, que seria o direito proposto por poder político “não imperial”, isto é, pelos reis e príncipes. Porém, os monarcas acabam admitindo a recepção do direito romano, pois, nos textos justinianeus, a lei é decorrente da vontade do Imperador<sup>52</sup>. Além disso, como parte do *utrumque ius*, ele compõe, juntamente com o direito canônico, o direito temporal aprovado pela Igreja, que garantia a legitimidade espiritual do poder do rei.

O direito de origem divina, portanto, não se encontrava a disposição dos interesses do soberano político. Como explica Habermas, “ele fornece apenas a moldura legitimadora, no interior da qual o soberano exerce seu poder profano através das funções da jurisdição e da normatização burocrática do direito”<sup>53</sup>. Ou, como aduz Neves a respeito da formação social hierárquica pré-moderna, “o poder legitimava-se mediante o direito sacro, que era indisponível”<sup>54</sup>.

Wieacker aponta que havia uma penetração mútua nas culturas jurídicas canônica e romana, o que resultou em um intercâmbio de princípios em razão da subsidiariedade operante: “os juízos eclesiásticos aplicavam, de forma subsidiária, o direito romano; a jurisdição profana aplicava do mesmo modo os princípios gerais do direito canônico”<sup>55</sup>. No apogeu do poder da Igreja, entre os séculos XII e XIII, porém, aconteceu o *privilegium fori* dos tribunais eclesiásticos sobre os tribunais laicos<sup>56</sup>.

No entanto, alcançado este apogeu, não demorou a que os monarcas começassem a se insurgir contra o poder do Sacro Império, declarando a *exemptio imperii* (libertação do Império), em oposição ao *dominus mundi* desejado pela Igreja. Passaram a

---

<sup>52</sup> SILVA, Nuno José Espinosa Gomes da. **História do Direito português. Fontes do Direito**. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2000, p. 219.

<sup>53</sup> HABERMAS, Op. Cit., V. II, 1997, p. 231.

<sup>54</sup> NEVES, Op. Cit., 2009, p. 8. Neves acrescenta que “nesse contexto, pode-se falar de uma subordinação do direito ao poder. O chamado ‘direito sacro’ é antes um epifenômeno do poder legitimado pela moral assentada na religião. A subordinação do jurídico ao político, em uma formação social na qual o poder está no centro da sociedade, leva a uma relação assimétrica entre o poder superior e o poder inferior ou entre o soberano e os súditos” (NEVES, Op. Cit., 2009, p. 9). Em sentido semelhante, a explicação de Schwarzenberger sobre o “direito do poder”. (SCHWARZENBERGER, Georg. “Three Types of Law” in *Ethics*, vol. 53, n. 2, 1943, pp. 89-97).

<sup>55</sup> WIEACKER, Op. Cit., p. 76.

<sup>56</sup> GILISSEN, Op. Cit., p. 140.

alegar uma *plenitudo potestas* (poder pleno), recusando-se a aceitar a supremacia do Sacro Império sobre seus domínios<sup>57</sup>. Como consequência desta posição, passam a assumir em seus reinos e principados um poder absoluto, construindo seus fundamentos nas mesmas bases do Império da Igreja.

Esta posição, entretanto, não impediu a continuidade da recepção do direito romano nos reinos e principados. Pelo contrário, a adoção do direito romano pelos povos medievais acelerou ainda mais e com o apoio dos monarcas. A explicação para isso é que, pelo costume dos reis bárbaros, seu poder de legislar sempre era precedido de opiniões de conselhos, de grupos de anciãos, de antigos líderes ou de lideranças locais menores, o que lhes reduzia o poder. Por esta razão, é compreensível que os reis passassem a se interessar por um direito de origem imperial que iria lhes conferir um poder absoluto, como o direito romano. É também importante no processo de consolidação e de legitimação de um poder autônomo o fato de os reis encontrarem em um direito antigo o fundamento do seu poder.

Segundo Silva<sup>58</sup>, em Portugal, o direito romano tem manifestações tímidas com Afonso II em 1211, mas é a partir de Afonso III que a recepção começa a se processar de maneira ininterrupta. Além de muitas leis serem traduções ou sofrerem forte influência do direito justiniano, admitiu-se uma natural subsidiariedade do direito romano em Portugal<sup>59</sup>.

Neste período, a força do costume deixou de ser autônoma, pois o rei tinha o direito de aprovar ou reprová-los. Com isso, verifica-se a perda do vigor das formações consuetudinárias, com os primeiros sinais que dariam origem ao positivismo. A redução a escrito das formas consuetudinárias serve como demonstração da estagnação do modelo costumeiro como fonte do direito. Torna-se comum os reis corrigirem costumes, considerados maus ou menos convenientes, substituindo-os por instituições do direito comum, no caso, o direito romano<sup>60</sup>.

No início da recepção, a harmonia entre o direito romano e o direito canônico fora mantida por meio da subordinação da *lex* ao *canon* – supremacia do poder espiritual sobre o temporal. Em um momento posterior, procurou-se evitar o conflito entre as normas

---

<sup>57</sup> A declaração de *superiorem non recognoscentes* formalizou o surgimento do poder absoluto na figura do rei, soberano perante todos os demais no seu território. De acordo com Gilissen, “a partir do século XII e sobretudo do século XIII, os reis e certos grandes senhores territoriais conseguem reforçar o seu poder: rei de França, rei de Inglaterra, rei de Aragão, etc., conde da Flandres, duque de Brabante, conde de Hainaut, príncipe-bispo de Liège, etc. nos territórios belgas. A este reforço do poder tendente para a soberania, corresponde um enfraquecimento do feudalismo” (GILISSEN, Op. Cit., p. 130).

<sup>58</sup> SILVA, N. Op. Cit., p. 225.

<sup>59</sup> A recepção ibérica do direito romano é peculiar porque ali nunca se perdeu, desde o Código Visigothorum, o Fuero Juzgo e as primeiras Ordenações. (HESPANHA, António Manuel. **História das Instituições**: épocas medieval e moderna. Coimbra: Almedina, 1982).

<sup>60</sup> SILVA, N. Op. Cit., p. 234-7.

com a fórmula: direito canônico *rege in spiritualibus* e direito romano *rege in temporalibus* – o *utrumque jus*. Mas esta fórmula se torna difícil de aplicar em situações em que a linha de separação entre o espiritual e o temporal é tênue, como nas questões que poderiam induzir em discussões sobre o pecado<sup>61</sup>.

Este estado de coisas levou a diversos choques entre o exercício do poder pela Igreja e a justiça do rei. Segundo Silva, o abuso das sanções espirituais, por parte do clero, contribuía para a sua ineficácia e descrédito<sup>62</sup> junto às pessoas. A situação reflete a controvérsia política entre reino e sacerdócio, com vantagem para a justiça do rei, pois o poder da Igreja era exercido muitas vezes com excessiva violência. Estas irritações causadas pela resistência das pessoas à violência da justiça eclesiástica ingressaram no sistema jurídico modificando suas operações internas, o que, com a sua recursividade, estabeleceu uma nova semântica e determinou a diferenciação entre a religião e o direito<sup>63</sup>.

Como foi dito acima, a possibilidade da leitura de uma unidade do direito foi permitida pela recepção do direito romano. Na medida em que se passou a questionar como abusivas certas práticas decorrentes da aplicação do direito canônico, a própria ideia de “abusividade” das sanções já remetia a uma noção de unidade do direito, que a justiça do rei, baseada no direito romano, refletia melhor. Isto se dá em um contexto que antecede a construção de uma unidade do direito, que só viria a ocorrer a partir do positivismo<sup>64</sup>.

No plano político, os reis começaram a se descolar da tutela eclesiástica, reduzindo progressivamente a aplicação do direito canônico em suas práticas e pelos tribunais reais. O direito que servia aos intentos do rei era o romano. O direito romano, como um direito de Estado, tem vocação para a exclusividade, por se apresentar como um corpo completo de normas, que não requer o subsídio de outras normas para sua aplicação. O direito canônico, por sua vez, fragmentado, sempre precisou de um complemento, o que manteve vivo o direito romano na regulação das sociedades medievais.

---

<sup>61</sup> SILVA, N. Op. Cit., p. 244.

<sup>62</sup> SILVA, N. Op. Cit., p. 245. Gilissen afirma que “houve muitos conflitos de jurisdição e também muitos abusos; a prova do estado eclesiástico não resultava senão de certos elementos aparentes: hábitos e tonsura” (GILISSEN, Op. Cit., p. 140).

<sup>63</sup> De acordo com Antonio Padoa Schioppa, “por razões históricas muito distintas, uma delimitação análoga das respectivas fronteiras entre o âmbito religioso e o secular não se encontra nem na civilização judaica, nem na islâmica, nem nas civilizações orientais da China e do Japão e, nem mesmo na Bizâncio cristã. O princípio da distinção entre a esfera religiosa e a esfera civil pode realmente ser considerado uma característica fundamental da civilização europeia e de seu direito” (SCHIOPPA, Antonio Padoa. **História do Direito na Europa**: da Idade Média à Idade Contemporânea. Trad. Marcos Marcionilo e Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 25).

<sup>64</sup> LUHMANN, Op. Cit., 1996, p. 10.

Concretizou-se, assim, a recepção do direito romano como um direito que servia de fundamento para o exercício do poder pelos monarcas em oposição ao poder do Sacro Império, que perde sua influência progressivamente. A aplicação predominante do direito romano ainda permitiu o afastamento dos princípios de ordem espiritual, promovendo a racionalidade e o pragmatismo na formação da cultura jurídica, que favoreciam tanto o poder da nobreza quanto o fortalecimento do mercantilismo que daria início à formação da burguesia<sup>65</sup>.

### **1.2.2 A prevalência dos Reinos e o surgimento do Estado soberano**

A formação social pré-moderna tinha uma estrutura hierárquica caracterizada pela integração sistêmica, em que preponderava uma política de dominação. O topo da sociedade era estabelecido pela diferença entre poder superior e inferior, construída a partir de uma semântica moral-religiosa, que subordinava todas as outras esferas de comunicação, que permaneciam indiferenciadas<sup>66</sup>. Assim, o traço positivo de qualquer binômio estava sempre atrelado ao estrato superior e o negativo, ao inferior.

No ambiente societal multifacetado da Idade Média, o poder político encontrava-se difuso em formas diversas de organização, como a Igreja, o Império, as cidades e os reinos, principados e outras estruturas da nobreza. A complexidade da sociedade medieval se reflete na diferença entre os processos históricos de formação de cada um dos Estados modernos. Como, entretanto e ao final, todos convergiram em uma mesma direção de sentido organizacional nas relações da sociedade, é possível encontrar algumas semelhanças nestes processos.

Apesar do caráter internacional da sociedade medieval, pela presença de atores orientados por sistemas normativos com pretensões de universalidade, como a Igreja e o Império, a concepção de sociedade mundial somente começou a ser moldada após a superação física do mar, que permitiu os encontros das comunidades humanas e a consequente comunicação entre elas. A figura do Estado esteve, desde as suas origens, sempre no centro do processo de transição da semântica da sociedade estratificada para a sociedade

---

<sup>65</sup> De acordo com SILVA, N. Op. Cit., p. 248, o discurso de Fernão Lopes sustentou a supremacia do rei: “a lei é o príncipe não animado, é o príncipe sem alma. O príncipe é melhor que as leis, pois ele tem alma e elas não a tem, o que leva a ele a agir no sentido da justiça e do direito. Eis porque as leis devem superar os costumes (maus) a bem do reino. Assim, o rei, por intermédio das leis, atua como árbitro na aprovação ou reprovação das várias fontes do direito”. O discurso estabelece, claramente, as bases do absolutismo que se instauraria a partir dali.

<sup>66</sup> NEVES, Op. Cit., 2009, p. 6-7.

funcionalmente diferenciada, e o direito internacional foi concebido como sistema normativo de uma ordem jurídica com pretensões de universalidade.

A marcante diferenciação por estratos que se formou no curso da Idade Média na Europa, com o desenvolvimento de uma sociedade de “estamentos”, favoreceu a mudança para uma diferenciação funcional. A diferenciação estratificada possibilitou a concentração de recursos no estrato alto do sistema, não só no sentido econômico, mas também nos meios do “poder” e da “verdade”. Como a unidade da sociedade era assegurada pela estratificação, o “poder” politicamente relevante poderia se manifestar de maneiras distintas: Igreja, Império, Nobreza, cidades e Estados territoriais; a “verdade” poderia assumir várias formas, a depender do meio a partir do qual ela se comunicava.

Ao aumentar as dificuldades de coordenação intrafuncionais, a sociedade medieval estamental estimulou reações com a intenção de coordenar melhor os sistemas funcionais em si, de lhes conferir o monopólio de um meio de comunicação; e de renunciar a uma coordenação entre eles. Em função destas reações, era possível observar na Baixa Idade Média diferenciações regionalmente limitadas, dirigidas a pontos de gravidade funcionais, que já não seguiam a estratificação hierárquica<sup>67</sup>.

A ascensão dos Estados decorreu de um conjunto de movimentos que convergiram no triunfo dos monarcas sobre as demais forças políticas medievais, estabelecendo uma nova ordem. No plano internacional, a emergência de um conjunto de normas jurídicas voltadas para regular as relações entre os Estados se baseou em institutos jurídicos fundamentais para a emancipação dos Reinos, como as noções de soberania, integridade territorial e igualdade. Por outro lado, este mesmo conjunto de normas serviria para fortalecer os reinos frente a outras formas de organização social, não estatais, como os povos africanos, asiáticos e ameríndios, que não gozariam dos mesmos direitos de proteção na ordem jurídica internacional.

#### 1.2.2.1 Reinos contra a Igreja

A Igreja Católica Apostólica Romana esteve constantemente envolvida nas relações sociais da Europa medieval. Ao assumir o legado do Império Romano do Ocidente, o fortalecimento de suas posições foi uma decorrência da concentração em seus domínios de recursos econômicos, o que lhe proporcionou o exercício de um poder sobre os outros estratos da sociedade. Além disso, também deve ser considerado que o nível organizacional do

---

<sup>67</sup> LUHMANN, Op. Cit., 2006, p. 561-562.

sistema que operava sob o medium da “verdade” esteve sob o seu domínio até a diferenciação funcional entre religião e ciência na modernidade.

De acordo com van Creveld, o poder da Igreja viveu seu clímax entre 1073 e 1268. O autor afirma que

a partir de cerca do ano 1100, além do poder de decretar e interpretar as leis divinas, e de imunidade em relação às leis seculares (também conhecida como privilégio do clero), a Igreja detinha muitos outros direitos, como o de nomear e promover suas próprias autoridades; julgar e punir seus próprios funcionários (e até mesmo os leigos, nos casos que envolviam assistência espiritual); dar asilo a fugitivos da justiça secular; invalidar os juramentos de vassalhos aos seus senhores; e, para sustentar todos esses privilégios, imensas extensões de terra, um sistema tributário próprio e, em alguns lugares, o direito de extorquir dinheiro também<sup>68</sup>.

Portanto, no auge de seu domínio, o poder da Igreja era amplo que quase irrestrito. Schioppa indica uma “comistão” entre as funções pastorais e seculares, de maneira que muitos bispos exerciam poderes de governo sobre o território, inclusive com a organização de pessoal armado para a segurança da diocese<sup>69</sup>. No âmbito jurídico, o papa Inocêncio III (1198-1216) declarou que o papa tinha o direito de julgar todos e de não ser julgado por ninguém<sup>70</sup>.

Após este período, a Igreja passou a encontrar dificuldades para manter o seu poder perante os Reinos. Em parte, porque sua relação com o próprio Império a enfraqueceu no sistema político feudal. Em parte, por motivos internos e peculiares de cada reino que, articulados com os fatos ocorridos em outros reinos, culminaram no progressivo enfraquecimento do poder eclesiástico em toda Europa e no fortalecimento das monarquias. De acordo com Luhmann, no Século XV, a política dos Estados soberanos – em decorrência do conflito entre o imperador e o papa, bem como do conflito conciliar interno da Igreja – adquire uma significativa independência das questões religiosas, que passam a ser tratadas cada vez mais como questões (ou oportunidades) políticas<sup>71</sup>.

Um episódio importante no embate entre a Igreja e os Reinos foi travado a partir de 1302, quando o Papa Bonifácio VII proclamou a bula *Unam sanctam Ecclesiam*, que proclamava que o poder secular deveria ser exercido *ad nutum et patietiam sacerdotis*, isto é, “sob o comando e a autorização do sacerdote”. O Rei da França, Felipe IV, enviou um nobre, Guilherme de Nogaret, a Roma para incitar uma rebelião antipapal. Em meados de 1303, o Papa foi feito prisioneiro e levado para a França. Após a morte de Bonifácio, seu sucessor

<sup>68</sup> VAN CREVELD, Op. Cit, p. 85

<sup>69</sup> SCHIOPPA, Op. Cit., p. 42.

<sup>70</sup> SILVA, N. Op. Cit., p. 86.

<sup>71</sup> LUHMANN, Op. Cit., 2006, p. 565.

imediatamente, Benedito XI, durou apenas alguns meses, quando Clemente V assumiu o papado e foi obrigado pelo Rei Felipe IV a anular a *Unam sanctam* em relação à França. Em 1307, chegando a Tours, na França, onde realizariam um concílio, Clemente assistiu Felipe julgar os templários de acusações de homossexualismo e heresias, deixando a Igreja sem forças militares na França. Clemente, então, viu-se obrigado a fixar o papado em Avignon, no território francês, a partir de 1309, como prisioneiro do rei. De acordo com van Creveld, “durante os setenta anos seguintes, todos os papas foram franceses e, sem exceção, indicados pela coroa francesa”<sup>72</sup>. Com isso, o caráter internacional do papado sofreu um desgaste, já que as providências tomadas eram imediatamente apoiadas pelo clero francês, espanhol e escocês, mas eram rejeitadas pelos cleros inglês, húngaro, italiano e, sobretudo, imperial. Uma das consequências desses litígios foi a perda do direito do papa de participar da eleição imperial, em 1356. O período só foi interrompido pelo Grande Cisma<sup>73</sup>, com o retorno do papado a Roma, em 1378, quando a população romana exigiu que o sucessor de Gregório XI, falecido naquele ano, não fosse outro francês, mas um italiano.

No século XV, os alicerces da autoridade secular da Igreja já eram atacados pelos novos acadêmicos humanistas que surgiam na Itália. Seu conceito principal era a admiração por tudo que era clássico, sugerindo que era possível alcançar uma civilização organizada – até mesmo evoluída e intelectualmente superior – sem os benefícios da fé cristã<sup>74</sup>. No século XVI, a difusão da imprensa permitiu que a ciência se distanciasse da religião e da política, apresentando um conceito destacado de natureza, suscitando conflitos ideológicos e reclamando por liberdade cética e curiosidade inovadora<sup>75</sup>.

A crise no centro do papado permitiu que as mais importantes monarquias se tornassem fatos consumados. Com isso, os reis impunham resoluções através dos parlamentos<sup>76</sup> ou negociavam com o papa da época e assinavam um acordo, implicando em constantes transferências patrimoniais em favor do reino. Qualquer que tenha sido o método, a Igreja foi invariavelmente perdendo sua independência financeira e suas propriedades se tornaram sujeitas à tributação real.

Outros direitos do clero foram reduzidos, como o de recorrer ao papa contra o sistema jurídico real. No final do século XV, o Rei Luiz XI da França proibiu a Inquisição de

---

<sup>72</sup> VAN CREVELD, Op. Cit., p. 89.

<sup>73</sup> O “Grande Cisma” foi um período de 30 anos em que dois ou até três papas lutavam pelo poder, com acusações recíprocas, causando grande turbulência na centralidade do poder eclesiástico. O período só chegou ao fim em 1417, com a eleição de Martinho V.

<sup>74</sup> VAN CREVELD, Op. Cit., p. 92

<sup>75</sup> LUHMANN, Op. Cit., 2006, p. 565.

<sup>76</sup> Como os Estatutos de *Praemunire* na Inglaterra (1351) e a Sanção Pragmática francesa (1439).

processar hereges, a não ser por ordens expressas da coroa. Na Inglaterra, Henrique VIII removeu da jurisdição da Igreja a elaboração e execução de testamentos e extinguiu a difamação contra clérigos, permanecendo apenas aquela dirigida contra o rei. Mesmo em Portugal e na Espanha, onde o poder da Igreja permanecia forte, as autoridades eclesiásticas passaram a depender totalmente da colaboração de funcionários do rei para executar as sentenças nos casos que permaneciam sob sua jurisdição<sup>77</sup>.

A Reforma protestante também deve ser considerada no triunfo dos monarcas sobre a Igreja. Um dos fatores que explicam o apoio recebido por Lutero é a defesa de sua doutrina de separação entre a religião e os domínios do poder secular<sup>78</sup>. O protestantismo espalhou-se rapidamente território europeu, levando sempre seus adeptos a renunciarem a obediência ao papa. A consequência deste movimento foi o confisco de propriedades da Igreja, o que reduziu ainda mais o seu poder econômico geral.

Os movimentos protestantes são importantes acontecimentos nos processos de diferenciação dos sistemas funcionais da religião, da política, do direito e da economia, na medida em que significam reações à estrutura estamental da sociedade medieval. Estas reações produzem uma comunicação dos sistemas funcionais com o ambiente, o que resulta em relações de integração e desintegração entre os sistemas parciais. As influências do calvinismo na economia, do luteranismo no direito e no trabalho e do anglicanismo na política, se dão por meio de acoplamentos estruturais entre a religião e estes sistemas parciais<sup>79</sup>. Os fatos que sucedem ao protestantismo permitem perceber a diferenciação da religião em relação os demais sistemas sociais funcionalizados na ruptura da sociedade formada pela diferenciação estratificada.

A Reforma permitiu que os governantes se apossassem dos imóveis eclesiásticos que, em alguns países, chegavam a algo entre vinte e cinco a trinta por cento do território. Os rendeiros que trabalhavam na terra costumavam colaborar com este movimento para se verem livres dos padres e monges, que eram notórios pela execução rígida dos arrendamentos e outras prerrogativas<sup>80</sup>.

Em Estados católicos, que continuavam a reconhecer a autoridade do papa, a Igreja também perdeu seu poder em função de outros fatores, como a agressividade de suas sentenças e o fortalecimento das instituições reais. Os clérigos foram progressivamente sendo

---

<sup>77</sup> VAN CREVELD, Op. Cit., p. 93-94.

<sup>78</sup> SCHIOPPA, Op. Cit., p. 166.

<sup>79</sup> Neste sentido, ver WEBER, Max. **A ética protestante e o “espírito” do capitalismo**. Trad. José Marcos Mariani de Macedo. São Paulo: Cia. das Letras, 2004.

<sup>80</sup> VAN CREVELD, Op. Cit., p. 94-96.



afastados do pessoal do governo, sendo atacada a ideia de que um governo organizado dependia da sanção da religião. Obras humanistas como *O Príncipe*, de Maquiavel, de 1513, que indicava que a verdade ou a mentira das crenças não importavam na justificação do governo, e *Utopia*, de Thomas More, de 1516, que descreve uma sociedade imaginária que exercia a tolerância religiosa sem cair em desordem ou sofrer qualquer consequência adversa, também contribuíram para o enfraquecimento da Igreja. Mais tarde, em 1651, Thomas Hobbes, em *Leviatã*, fundamentou seu sistema político com a eliminação de qualquer fator que não pudesse ser visto, sentido e medido, proclamando que a crença em Deus era irrelevante para a política. Assim, os súditos deveriam praticar a religião indicada pelo soberano por ser a mais adequada à manutenção da ordem pública.

De acordo com van Creveld, a ascensão das monarquias não passara despercebida em Roma e “fez com que os papas percebessem que seu próprio futuro estava num principado territorial onde exerceriam um governo absoluto independente de qualquer outro”<sup>81</sup>. O papa Sisto IV instituiu o governo papal sobre Roma no final do século XV. Seu sobrinho, o papa Júlio II, “o terrível”, eleito em 1503, fez campanha por toda a Itália central em aliança com a Espanha, maior potência da época. O Estado papal se manteve dominante sobre Roma e o centro da península itálica até as invasões napoleônicas, no século XIX, mas as fronteiras permaneceram até a unificação da Itália, em 1859.

O cenário, então, estava reformulado. A Igreja passou a figurar nas relações internacionais em igualdade de condições com os reinos, organizados na forma de Estados soberanos. Esta recomposição territorial do sistema político tornou-se característica da sociedade moderna, embora as disputas por ampliação do domínio espacial tenham demorado a cessar. A Santa Sé, situada no Vaticano, como resquício do poder territorial da Igreja, permanece reconhecida como um sujeito de direito na comunidade política internacional.

Entretanto, para que o Estado se consolidasse plenamente na sociedade, outras formas de organização societal precisavam ser superadas. Durante a Idade Média, o Sacro Império Romano Germânico mantinha o domínio sobre os recursos da sociedade em amplos espaços territoriais e, por sua natureza expansionista, entrava frequentemente em colisão com os Estados.

#### 1.2.2.2 Reinos contra o Império

---

<sup>81</sup> VAN CREVELD, Op. Cit., p. 104.

No período da Alta Idade Média, o imperador se autoproclamava o chefe da hierarquia feudal, baseado no domínio recebido diretamente de Deus, com direitos imutáveis e mandato válido para toda a cristandade. Era considerado “o rei dos reis”, pois detinha o poder de nomear reis. Segundo van Creveld, “só o imperador dentre os mortais representava um tipo de lei diferente e superior à que governava os litígios entre indivíduos”<sup>82</sup>. Somente o imperador podia convocar as forças imperiais e ele detinha o controle das obras comuns, como as fortalezas, as estradas e os rios.

A escolha do imperador se dava por meio de uma eleição, na qual votavam os sete dos principais príncipes alemães, o que garantia ao Império um caráter internacional. Os monarcas tentaram, por diversas vezes, modificar a constituição das regras do Império para lhes permitir uma maior participação e emancipação, mas tiveram pouco êxito. Somente em 1713 o processo eleitoral foi abolido pela Sanção Pragmática adotada por Carlos VI.

A luta dos reis contra o Império se fundamentou na máxima *rex in regno suo imperator est* (o rei é imperador do seu próprio reino). Os monarcas foram favorecidos pelas disputas entre a Igreja e o Império. Marsílio de Pádua, no início do século XIV, em sua obra *Defensor pacis*, afirmou que o Imperador, e não o papa, era o responsável por manter a paz entre os homens<sup>83</sup>. A missão do papa seria apenas espiritual. Na mesma linha, Guilherme de Ockham, companheiro de Marsílio de Pádua na ordem dos franciscanos, escreveu em *Dialogus* que o imperador seria supremo em relação a todas as pessoas e causas<sup>84</sup>.

A partir de 1438, só os Habsburgo ocuparam o trono do Império, domínio que perdurou até o início do século XVIII. No entanto, no final do século XVI, as contestações aos Habsburgo aumentaram, principalmente após a proposta do duque de Sully, de abolir o regime internacional existente e divisão do território do Império em quinze Estados soberanos, que se manteriam unidos com uma sede itinerante entre quinze cidades. Apesar de a proposta de Sully não ter sido exitosa, o enfraquecimento do Império lançou os Habsburgo na Guerra dos Trinta Anos, em uma tentativa de restaurar o poder imperial sobre a Alemanha.

---

<sup>82</sup> VAN CREVELD, Op. Cit., p. 110.

<sup>83</sup> De acordo com Rodrigues de Souza, na sociedade idealizada por Marsílio de Pádua, há o predomínio da Lei, do Direito e do Bem Comum. “O governo é instituído para o povo, mas é exercido pelo imperador, mandatário dos cidadãos”. SOUZA, José Antônio Rodrigues. “Marsílio de Pádua e a ‘plenitudo potestatis’”. **Revista Portuguesa de Filosofia**, t. 39, fasc. 1/2, Jan-Jun, 1983, pp. 119-170, p. 131-132.

<sup>84</sup> Segundo Rodrigues de Souza, Ockham “queria apenas fazer com que o imperador, pelo menos ‘de iure’, a mais importante autoridade secular da Idade Média não continuasse sendo visto e tratado como vassalo do Soberano Pontífice” (SOUZA, José Antônio Rodrigues. “As Idéias de Guilherme de Ockham sobre a Independência do Poder Imperial” em **Franciscan Studies**, vol. 46, 1986, pp. 253–284, disponível na Internet em <http://www.jstor.org/stable/41975075>, acessado em 25 de maio de 2018).

Durante a guerra, pelo Édito da Restituição, publicado por Fernando II, as propriedades tomadas da Igreja após a Paz de Augsburg<sup>85</sup> foram restituídas; os luteranos foram tolerados, mas os calvinistas expulsos. O Império começou a restaurar o seu direito de governar a religião. No entanto, as vitórias do imperador na Alemanha Central levaram a saques e distúrbios sociais, o que levou os príncipes católicos a retirarem o seu apoio, reduzindo as forças imperiais, obrigando-as a um recuo. Os príncipes protestantes buscaram apoio fora das fronteiras do Império e contaram com a intervenção de Gustavo Adolfo da Suécia e depois de Luiz XIII da França.

A Paz de Vestefália foi alcançada em 1648 e marca um triunfo dos monarcas sobre o Império e a Igreja. De acordo com van Creveld, “o território imperial foi repartido”<sup>86</sup>, com parte do litoral báltico ficando sob domínio do reino da Suécia, que acabou perdido mais tarde para a Prússia e o rei da França recebeu uma parte considerável da Alsácia. A repartição dos territórios evidenciou a perda das pretensões do imperador sobre outros governantes. Do lado da Igreja, os tratados de Vestefália não mencionavam Deus, contrariando os costumes da época, indicando uma diferenciação do direito e da política em relação à religião no plano internacional. O Édito de Restituição foi cancelado e os direitos concedidos aos governantes luteranos pela Paz de Augsburg foram estendidos aos calvinistas. Os governantes passaram a regulamentar o exercício público da religião em seus territórios, em um triunfo da política sobre a religião.

Os tratados de Vestefália refletiram muito bem o momento das relações internacionais do século XVII: um esgotamento dos conflitos motivados pela religião, o enfraquecimento do poder do Império e a prevalência da soberania dos reinos. Estava, assim, instalada uma nova ordem, que se fundamentava na busca do equilíbrio de poderes entre os Estados, que começavam a formar uma comunidade política internacional no contexto de uma sociedade mundial. O direito internacional que emergiu nesta comunidade era eminentemente consuetudinário, emancipatório dos Estados e baseado na concepção de soberania absoluta dos governantes sobre o seu território e seu povo.

Do ponto de vista sociológico, esta “nova ordem” era caracterizada por diferenciações com base regionalmente limitada dirigidas a pontos de gravidade funcionais e que já não são descritos pela estratificação hierárquica da Idade Média<sup>87</sup>. A diferenciação

---

<sup>85</sup> Chama-se de “Paz de Augsburg” um tratado assinado entre o Imperador Carlos V e as forças da Liga de Esmalcalda, que era uma aliança de príncipes protestantes, em 25 de setembro de 1555, pelo qual foi estabelecida a tolerância oficial aos luteranos no Sacro Império.

<sup>86</sup> VAN CREVELD, Op. Cit., p. 121.

<sup>87</sup> LUHMANN, Op. Cit., 2006, p. 564.

paralela de uma multiplicidade de sistemas funcionais produziu tensões na sociedade em transformação, o que, por vezes, resultou em atos de violência, principalmente por parte da nobreza.

### 1.2.2.3 Reinos contra a Nobreza

A centralização do poder dos reis também se refletiu na domesticação da nobreza nos principais Estados. Em Portugal, na Espanha, na Inglaterra e na França, por exemplo, por processos distintos, o poder independente dos nobres foi abolido, mesmo que tenha havido algumas rebeliões<sup>88</sup>. Exceto na Inglaterra, onde os acordos de poder do século XVII levaram à aplicação do direito comum a todas as classes, inclusive à burguesia, na maioria dos casos a nobreza conseguiu manter diversos privilégios, como o de serem julgados por tribunais compostos por membros da própria classe, a isenção de punições mais degradantes, a dispensa de certas formas de tributação e o quase monopólio dos cargos mais altos na administração, no exército e nos tribunais do reino. Com a perda da independência, de concorrente da coroa, a nobreza se tornou sua associada: os nobres, ao invés de usarem armaduras e ter seus próprios estandartes e exércitos, passaram a usar uniformes e a se comportar como “homens do rei”<sup>89</sup>.

Na Alemanha, a situação foi diferente, pois, com o enfraquecimento do Império, emergiram os membros mais poderosos da nobreza, que expandiram seus territórios. Na segunda metade do século XVII, “os principados alemães que, dentre os inúmeros outros, tinham tamanho suficiente para serem considerados mais do que propriedade privada de seus governantes estavam se transformando em Estados”<sup>90</sup>. Esta situação perduraria até o século XIX, com a formação do Estado alemão.

A mudança do modelo de diferenciação estratificada para a diferenciação funcional da sociedade afetou principalmente a nobreza pela desvalorização gradual da diferença que lhes distinguiu do povo. O estrato superior foi o primeiro atingido pela diferenciação funcional, justamente porque a sua diferenciação se baseia na forma e na improbabilidade evolutiva da diferenciação estratificada. Os sistemas funcionais em nova formação não dependiam da nobreza e, neste contexto, ela não tinha como impor a sua diferenciação<sup>91</sup>.

---

<sup>88</sup> VAN CREVELD, Op. Cit., p. 141

<sup>89</sup> VAN CREVELD, Op. Cit., p. 145-146

<sup>90</sup> VAN CREVELD, Op. Cit., p. 145

<sup>91</sup> LUHMANN, Op. Cit., 2006, p. 564-565.

Com a parte alta da estrutura estamental sob seu domínio, restava ainda aos Reinos garantir o controle da parte baixa. Era nos burgos que aconteciam as relações de troca que mobilizavam a economia medieval e enriquecia os burgueses. Com isso, as cidades se fortaleciam como sistema de organização da sociedade.

#### 1.2.2.4 Reinos contra as cidades

A formação dos Estados soberanos levou ao ocaso de um movimento político internacional importante construído na Idade Média, que foi a construção das ligas de cidades. As alianças entre elas tinham o objetivo de proteger as estradas, manter a paz e defender seus interesses com relação à isenção de impostos e pedágios. Com isso, uma cidade não tinha influência apenas local, mas era complementada pelas ligações mantidas para além de suas fronteiras.

A força que estas associações detinham para a manutenção do poder das cidades foi um referencial importante para o papel que o direito internacional formado na relação entre os Estados soberanos desempenharia no processo de emancipação dos reinos frente à Igreja e ao Império. O fato é que as cidades medievais quase sempre tiravam proveito dos conflitos entre os monarcas, príncipes e nobre para fazer prevalecer seus interesses e executar a sua política internacional. Assim, se mantinham como redutos fortes, impondo exigências como a manutenção do autogoverno e a imunidade a diversos tipos de tributação<sup>92</sup>.

Com a consolidação dos Estados territoriais, as cidades sucumbiram, passando suas fortificações para o controle real. A perda de independência política, no entanto, não significou a derrota da burguesia. Se, por um lado, os habitantes das cidades perderam espaço no governo dos reinos para a nobreza, por outro lado, viram o Estado adotar o sistema econômico que defendiam<sup>93</sup>. Na Europa Ocidental, pelo menos, “o capitalismo e a monarquia andaram juntos”.<sup>94</sup> O capitalismo deu força financeira à monarquia, por meio de tributos e de empréstimos, que respondia oferecendo proteção militar aos empreendimentos burgueses, tanto dentro como, mais tarde, fora do território do Estado.

De acordo com Cohen, Brown e Organski, a formação dos Estados nacionais é um processo histórico caracterizado pela criação de uma ordem política em um novo nível espacial e institucional, o que envolve a redistribuição do controle político dos recursos de

---

<sup>92</sup> VAN CREVELD, Op. Cit., p. 149.

<sup>93</sup> SWEEZY, Paul et al. **A Transição do Feudalismo para o Capitalismo**. 5ª ed. Trad. Isabel Didonnet. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1977.

<sup>94</sup> VAN CREVELD, Op. Cit., p. 168.

poder fora das coletividades e políticas subnacionais para o aparato do Estado central. Este processo é violento e, quando bem sucedido, cria uma nova ordem<sup>95</sup>. A superação da Igreja, do Império, das pretensões da nobreza e da força das cidades representou o início de um processo de consolidação do modo de organização política da sociedade em forma de Estado, que só viria a se concluir no século XX, quando todas as outras formas de organização política societal se tornariam sujeitas à lógica normativa desenvolvida pelos Estados, consolidada no sistema jurídico internacional, ou, se resistissem a essa sujeição, seriam consideradas ilícitas.

De acordo com Stichweh, no período que vai do século XIV ao século XVIII, a sociedade mundial era dominada pelos sistemas funcionais da política e da economia<sup>96</sup>, o que resultou na formação dos Estados absolutistas e impulsionou a expansão colonial. Um fator essencial na consolidação do poder nos monarcas foi a estruturação de suas relações no plano externo. A formação incipiente de uma comunidade de Estados, ainda com o perfil de uma pequena “confraria” de governantes absolutistas, serviu para fortalecer o modelo de organização política que passaria a prevalecer na sociedade mundial.

### 1.3 O ESTADO ABSOLUTISTA E A CONSTRUÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL MODERNO

Os primeiros Estados modernos surgem desvinculando-se do poder imperial da Igreja e estabelecendo as bases do seu domínio territorial com fundamento na ideia de soberania una e indivisível. O direito sacro já não significava uma limitação jurídica do poder, mas antes uma justificação de sua investidura, titularidade e exercício<sup>97</sup>. A obra de Jean Bodin, publicada em 1583, surgiu como marco teórico de um processo de transformação política pulsante que se espalhou pelo continente europeu.

A soberania desenvolvida na obra “Os Seis Livros da República”, de Jean Bodin, parte da ideia de que “a soberania é o poder absoluto e perpétuo de uma República”, lançada na abertura do Capítulo VIII do Primeiro Livro da obra<sup>98</sup>. A soberania proposta por

---

<sup>95</sup> COHEN et al., Op. Cit., 1981, p. 902, no original: “National state making is a historical process characterized by the creation of political order at a new spatial and institutional level. It involves the redistribution of the political control of power resources away from subnational collectivities and polities toward the central state apparatus”.

<sup>96</sup> STICHWEH, Op. Cit, p. 9.

<sup>97</sup> NEVES, Op. Cit., 2009, p. 8. De acordo com Neves, o direito sacro é “um epifenômeno do poder legitimado pela moral assentada na religião” (Op. Cit, 2009, p. 9).

<sup>98</sup> BODIN, Jean. **Les Six Livres de la République**: Un abrégé du texte de l'édition de Paris de 1583. Édition Édition et présentation de Gérard Mairet. Paris : Librairie générale française, 1993, p. 111, tradução livre. No original, *La souveraineté est la puissance absolue et perpétuelle d'une République*.

Bodin estabeleceu contornos fundamentais para a consolidação do Estado moderno como forma de organização política. A figura do soberano como representante supremo da comunidade foi decisiva no processo de secularização do poder político e, conseqüentemente, para o enfraquecimento do poder eclesiástico na transição da Idade Média para a Modernidade. Bodin afirma que “o exemplo do soberano guia todas as pessoas”<sup>99</sup>, indicando que não mais a religião, mas o Estado, considerado na pessoa do soberano, que ditaria o rumo da vida das pessoas.

Esta noção clássica de soberania serviu como base principiológica para a consolidação do Estado-nação<sup>100</sup>. O poder absoluto e ilimitado exercido pelo Estado sobre seus súditos em seu território caracterizou o processo de prevalência da forma de organização política estatal em detrimento das outras formas de organização da sociedade medieval. Como afirma Neves, “com o absolutismo, passa-se de uma indiferenciação sacramente fundada de poder e direito para uma subordinação instrumental do direito à política”<sup>101</sup>. Habermas, por sua vez, completa que “o poder dominador político emancipa-se da ligação com o direito sagrado e torna-se independente”<sup>102</sup>. Neste quadro, todo o direito passa a emanar da vontade soberana do legislador político, cujas leis irão ocupar o espaço deixado pelo direito natural de matriz teológica.

No plano externo, o período que vai do surgimento dos primeiros Estados modernos europeus, ainda na Idade Média, passando pela Guerra dos Trinta Anos, em 1648, até a consolidação do Estado, no século XIX, é hostil<sup>103</sup>. As disputas territoriais e os múltiplos conflitos de caráter religioso foram característicos dos primeiros contatos entre os novos Estados, que tiveram que resistir às pressões da Igreja que, por diversas vezes, associou-se com Estados para tentar retomar o seu poder perdido. A Reforma Protestante deu causa a muitas batalhas e o surgimento de novas organizações religiosas esteve diretamente ligado ao processo de consolidação dos Estados modernos, como foi o caso do calvinismo na França e do anglicanismo na Inglaterra.

---

<sup>99</sup> BODIN, (Op. Cit., p. 219), tradução livre. No original, *L'exemple du souverain guide tout le peuple*.

<sup>100</sup> Considera-se como fim da Idade Média e início da Idade Moderna a tomada de Constantinopla pelos otomanos, em 1453. A Idade Moderna vai até a Revolução Francesa, em 1789.

<sup>101</sup> NEVES, Op. Cit., 2009, p. 18.

<sup>102</sup> HABERMAS, Op. Cit., V. II, 1997, p. 232

<sup>103</sup> De acordo com Cohen, Brown e Organski, “by 1900 there were around 20 times fewer independent polities in Europe than there had been in 1500. They did not disappear peacefully or decay as the national state developed; they were the losers in a protracted war of all against all”. COHEN, Youssef; BROWN, Brian R.; e ORGANSKI, A. F. K. “The Paradoxical Nature of State Making: The Violent Criation of Order” in **The American Political Science Review**, Vol. 75, No. 4 (Dec., 1981), pp. 901-910, p. 902.

Justamente neste ambiente de construção incipiente de uma comunidade de Estados que se desenvolvem as doutrinas eclesiásticas de Francisco de Vitória e de Francisco Suarez, fundamentais para uma primeira compreensão universal do direito, ao reconhecer a necessidade da coexistência pacífica entre os povos. Francisco de Vitória questionou o poder do Império sobre o mundo e reconheceu a existência de direitos soberanos dos “povos bárbaros” das terras do novo mundo. Para Vitória, o Imperador não poderia ser considerado senhor de toda a terra e isso seria provado pelo fato de que o domínio deve ser fundado seja na lei natural, seja na lei divina, seja na lei humana, porém, ninguém, pela lei natural, teria domínio sobre o mundo. Além disso, seguindo ainda um paradigma teológico do direito, Vitória consignou que “antes da vinda de Cristo, ninguém foi investido de controle mundial pela lei divina” e que o Imperador não poderia pretender extrair da cristandade um título de senhorio sobre toda a terra e, conseqüentemente, sobre os bárbaros.

A obra de Vitória foi essencial para uma compreensão do direito das gentes baseado em um princípio de igualdade jurídica:

Agora, a partir da lei humana, é manifesto que o Imperador não é o senhor do mundo, porque isso seria pela autoridade exclusiva de alguma lei, e não existe tal lei; ou, se houvesse, seria nula de efeito, na medida em que a lei pressupõe jurisdição. Se, então, o Imperador não tivesse jurisdição sobre o mundo antes da lei, a lei não poderia vincular alguém que não estava anteriormente sujeito a ela. Nem, por outro lado, teve o Imperador esta posição por sucessão legal ou por dádiva ou por troca ou por compra ou por guerra justa ou por eleição ou por qualquer outro título legal, como é admitido. Portanto, o Imperador nunca foi o senhor do mundo inteiro<sup>104</sup>.

Também no sentido de uma compreensão universal do direito, para Suarez, o direito internacional decorria da necessidade de assegurar a convivência pacífica entre as distintas comunidades humanas, que envolve toda a humanidade<sup>105</sup>. Ao contrário do que ocorria no âmbito interno dos Estados, onde vigorava a regra “do que o príncipe decreta tem força de lei”; no *jus gentium* as normas teriam um caráter mais genérico, pois elas levariam

<sup>104</sup> NYS, Ernest (ed.). **Francisci de Vitória. De Indis et de Ivre Belli. Relectiones.** Trad. para o inglês John Pawley Bate. Nova Iorque; Londres : Oceana Publications Inc. e Wildy & Sons Ltda., 1964. Na tradução em inglês: “The Emperor is not the lord of the whole earth. This is proved from the fact that dominion must be founded either on natural or divine or human law; (...) therefore, no one by natural law has dominion over the world. (...) Herein it is manifest that before the coming of Christ no one was vested with world-wide sway by divine law and that the Emperor can not at the present day derive therefrom a title to arrogate to himself lordship over the whole earth, and consequently not over the barbarians. (...) Now, in point of human law, it is manifest that the Emperor is not lord of the world, because either this would be by the sole authority of some law, and there is none such; or, if there were, it would be void of effect, inasmuch as law presupposes jurisdiction. If, then, the Emperor had no jurisdiction over the world before the law, the law could not bind one who was not previously subject to it. Nor, on the other hand, had the Emperor this position by lawful succession or by gift or by exchange or by purchase or by just war or by election or by any other legal title, as is admitted. Therefore the Emperor never was the lord of the whole world.”

<sup>105</sup> SUAREZ, Francisco. **De legibus, ac Deo legislatore** apud CASELLA, Paulo Borba. **Direito Internacional no Tempo Moderno: de Suarez a Grócio.** São Paulo : Atlas, 2014, p. 104.



em consideração o bem-estar de toda a natureza, bem como a conformidade com princípios básicos e universais. Tais preceitos decorreriam de conclusões obtidas a partir de princípios naturais, cujo valor moral seria uma manifestação imediata da força da reflexão. Daí que a adoção de certos costumes seria resultado mais de uma pressão da necessidade do que em razão de uma deliberação de vontade<sup>106</sup>.

O direito internacional, que se forma mesmo antes dos Tratados de Vestefália, evidencia um duplo caráter: por um lado, emancipatório, na medida em que surge como forma de legitimar a ação externa dos novos Estados, considerados como sujeitos autônomos e desvinculados do Império e da Igreja, mas, paradoxalmente, por outro lado, imperial, na medida em que serve de fundamento para a exploração dos agrupamentos humanos excluídos da comunidade de Estados. O modelo de inclusão/exclusão caracteriza os primeiros passos da ordem internacional a partir do conceito de civilização, utilizado como semântica do processo de dominação entre os povos na doutrina internacionalista clássica.

Hugo Grócio é considerado, por muitos autores, como o responsável pela consolidação definitiva do Direito Internacional como ciência jurídica autônoma, desligada da política, da filosofia e, em especial, da teologia. A obra de Grócio, de fato, tornou o direito das gentes autônomo não apenas em relação à moral e à teologia, mas também em relação ao direito natural, definindo-o como “o que por vontade de todas ou de muitas gentes assume força de obrigação”<sup>107</sup>: ou seja, como aquele cuja força obrigatória depende do consenso de todos ou da maior parte dos Estados e, mais exatamente, daqueles que Grócio chama de *moratiores* (mais civilizados)<sup>108</sup>. Yasuaki Onuma, entretanto, aponta que outras propostas de sistematização do direito internacional também tiveram pretensões de universalidade, inclusive fora da Europa<sup>109</sup>.

Da história, Grócio extraiu exemplos e testemunhos, que didaticamente serviram para demonstrar a efetiva aplicação de certos usos, no direito internacional, deixando claro sua predileção pelos exemplos da história antiga, grega e romana. Em *De Jure Belli ac Pacis*, Grócio concebeu o primeiro estudo sistemático do Direito Internacional Público da

<sup>106</sup> SUAREZ, Francisco. **Selection from Three Works**: De legibus, ac Deo legislatore, 1612; Defensio Fidei Catholicae, et Apostolicae adversus Anglicanae sectae errores, 1613; De Triplici Virtute Theologica, fide, spe, et charitate, 1621. Trad. para o inglês Gwladys L. Williams, Ammi Brown e John Waldron. Oxford : Clarendon Press; Londres : Humphrey Milford, 1944, p. 352.

<sup>107</sup> GROTIUS, Hugo. O direito da guerra e da paz. Tradução: Ciro Mioranza. 2. ed. Ijuí: Unijuí, 2005. v. 1 e 2, p. 35.

<sup>108</sup> FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 17-18.

<sup>109</sup> ONUMA, Yasuaki. “When was the Law of International Society Born? – An Inquiry of the History of International Law from an Intercivilizational Perspective” in **Journal of the History of International Law** n. 2, 2000, p. 8-11, e ONUMA, Yasuaki. **Direito Internacional em perspectiva transcivilizacional**. Belo Horizonte : Arraes, 2016.

época. Essa obra está incluída no que se conhece atualmente por “Escola Eclética”<sup>110</sup>, isto é, a corrente de pensamento que concebe a coexistência de direito natural ao lado do direito voluntário, sendo que o último não poderia estar em contradição com o primeiro.

A obra de Grócio tem objetivos tanto práticos quanto teóricos, isto é, por um lado, propôs incluir conceitos éticos e parâmetros de conduta ao considerar, por exemplo, que mesmo na guerra justa existem atos que são desprovidos de justiça interior. Por outro lado, pretendeu sustentar o *jus ad bellum* dos Estados soberanos, mas que impusesse limites ao *jus in bello*, encorajando os soberanos a solucionar pacificamente suas controvérsias políticas e religiosas. Assim, o recurso à guerra, embora se mostrasse ainda justificável em certas situações, deveria ser evitado. Se, no entanto, fosse necessário e inevitável o conflito, regras de direito estabeleceriam seus limites. As causas justas de guerra seriam determinadas, primeiro, pelo direito natural e, a seguir, pelo direito das gentes.

O tratamento de Grócio à questão da guerra, com o exame das causas, não representou uma inovação na matéria, já que teve antecessores e contemporâneos que se debruçaram sobre o tema, especialmente Alberico Gentili, com o seu *De Iure Belli Libri Tres*<sup>111</sup>. Grócio, no entanto, teve o mérito de fazer uma exposição abrangente do que viria a ser o conjunto do direito internacional como disciplina. A guerra, no entanto, teve uma centralidade na sua construção.

Grócio estabeleceu uma linha divisória entre o direito natural, o direito das gentes e o direito civil. O direito humano divide-se em direito civil, em direito menos amplo que o civil, em direito mais amplo que o civil, ou *jus gentium*. O direito mais amplo é o *jus gentium*, que é aquele que recebe sua força obrigatória da vontade de todas as nações ou de grande número delas. “Esse direito das gentes se prova da mesma maneira que o direito civil não escrito, por um uso continuado ou pelo testemunho daqueles que se conhecem”<sup>112</sup>.

O autor reconhece uma “base de humanidade” subjacente à formulação de normas e procedimentos nas relações entre os Estados: “é, senão da justiça, pelo menos da caridade, de nada emprender que possa ameaçar inocentes, salvo que não seja por razão de

---

<sup>110</sup> “Hugo Grotius was well acquainted with natural law doctrine as it was discussed in his contemporary world. His profound and almost universal knowledge included not only theology, classics and law but also, and last but not least, philosophy. Grotius method of dealing with philosophical questions is characterized by a special form of eclecticism. (...) By his eclecticism Grotius not only gained the reputation of being a “homo eruditissimus”, a man of highest erudition. There are many authors who consider that Grotius should also be qualified as an outstanding philosopher.” AGO, R.; SCHIEDERMAIR, W; RIPHAGEN, A; TRUYOL SERRA; FEENSTRA, R. **Commemoration of the Fourth Centenary of the Birth of Grotius**. *Recueil des Cours*, 1992-I (v. 232), pp. 399.

<sup>111</sup> Na tradução em português, GENTILI, Alberico. **O Direito da Guerra**. 2ª ed. Trad. Ciro Mioranza. Ijuí : Unijuí, 2006.

<sup>112</sup> GROTIUS, Op. Cit., p. 88.

grande importância, e que tendem à salvação de grande número de pessoas”<sup>113</sup>. No sistema jurídico concebido por Grócio, o direito natural é ditado pela “reta razão”, pois a “reta razão nos leva a conhecer que uma ação dependendo se é ou não conforme à natureza racional, é afetada por deformidade moral ou por necessidade moral e, que, em decorrência, Deus, o autor da natureza, a proíbe ou ordena”<sup>114</sup>. O ato em conformidade com a natureza racional tem qualidade moral de necessidade e, conseqüentemente, é impulsionado, ou ao menos aprovado por Deus. Como as normas do direito natural derivam quer da conformidade, quer da contradição com a natureza racional, estas são imutáveis, e, assim, não podem ser alteradas nem mesmo por Deus<sup>115</sup>.

Sobre a importância do direito internacional, Grócio afirma que

um estado, ainda que gravemente doente é um estado, enquanto subsistem leis tribunais e as outras coisas necessárias para que os estrangeiros possam exigir que se devolva o que lhes é devido, como também os privados entre si. (...) A lei, aquela sobretudo que constitui o direito das gentes, está num estado como a alma num corpo humano e que, se supressa, de fato não há mais estado.<sup>116</sup>

O legado de Grócio é essencial para a compreensão da importância do direito internacional para a prevalência dos Estados como forma de organização política central na Modernidade. Mesmo muito antes de a centralidade do Estado atingir o seu apogeu na Europa, o que só iria ocorrer no século XIX, a base de humanidade no seu discurso fortaleceu a ideia de que o uso da razão poderia determinar a criação de princípios e regras que garantiriam a paz e a estabilidade na comunidade internacional<sup>117</sup>. Coube ainda a Grócio, em *De Jure Belli ac Pacis* e em *Mare Liberum*, apontar que a política internacional não seria pautada somente pela ação dos governantes, mas principalmente pelo comércio internacional e outras formas de intercâmbio social, o que, de certa maneira, já sinalizava sua observação sobre os outros sistemas sociais funcionais e como eles repercutiam sobre o sistema jurídico.

A contribuição de Grócio, portanto, foi essencial também para o reconhecimento do direito internacional como disciplina autônoma, servindo ainda para fundamentar a prática dos Estados europeus nas relações internacionais após a Guerra dos Trinta Anos. No âmbito interno, visão humanista proposta por Grócio iria influenciar de maneira determinante na construção de direitos subjetivos pré-jurídicos que ensejariam

<sup>113</sup> GROTIUS, Op. Cit., p. 1135.

<sup>114</sup> GROTIUS, Op. Cit., p. 76.

<sup>115</sup> GROTIUS, Op. Cit., p. 81.

<sup>116</sup> GROTIUS, Op. Cit., p. 89.

<sup>117</sup> Neste sentido, DALLARI, Dalmo de Abreu. **A Constituição na vida dos povos: da Idade Média ao Século XXI**. São Paulo : Saraiva, 2010, p. 34-35.

conquistas posteriores de juridicização por meio de convenções entre as pessoas e os governos ou de imposições pela força por meio de revoluções<sup>118</sup>.

De uma perspectiva sociológica, os Estados, na condição de sujeitos, interagem em uma “comunidade política internacional” como uma esfera pública interna que autoconstitui um direito internacional como uma necessidade de se estabelecer regras para esta interação. Progressivamente, este conjunto normativo se integra a uma sociedade mundial, diferenciando-se de outras formas de comunicação dessa sociedade e, ao mesmo tempo, nela se relacionando. A diferenciação do sistema de direito internacional permitiu a sua descrição em teorias como a de Grócio e dos autores que lhe sucederam. Porém, a territorialidade dos sistemas político e jurídico da época e o paradigma da soberania absoluta, no entanto, exigiram da doutrina internacionalista esforços argumentativos no sentido de fundamentar o caráter obrigatório das normas internacionais.

Samuel Pufendorf fundamentou o direito internacional no direito natural. Desta maneira, não haveria necessidade de desenvolvimento posterior específico e, com isso, o caráter vinculante dos tratados e costumes entre Estados não decorreria da vontade, mas somente na medida em que se respaldassem no direito natural. Caso contrário, sua violação não consistiria em um ilícito, mas tão-somente em reflexo um subdesenvolvimento moral<sup>119</sup>.

Autores como Grócio e Pufendorf partem de uma unidade entre direito e política com base no direito natural, o que permitia que o poder se impusesse na forma de direito. Como, no entanto, o direito também não se diferenciava totalmente da moral e da religião, muitas vezes questões morais ou religiosas se convertiam em questões de direito e eram levadas para ser resolvidas neste âmbito. Hobbes percebeu que a paz, como condição para a existência do próprio direito, não poderia ser garantida somente pelos recursos do direito até então existente, somente sendo possível por meio da política, razão pela qual suscitou o estado de natureza nas relações internacionais<sup>120</sup>.

Já Christian Wolff, apesar de também fundamentar o direito internacional no direito natural, já reconhecia a importância do consentimento na formação das normas internacionais. Wolff, no entanto, pode ser considerado um precursor do iluminismo ao colocar o homem, sua natureza e sua dignidade, como centro do sistema internacional. De acordo com este pensador, as nações teriam o direito de adquirir direito, e de exigir, em

---

<sup>118</sup> ARENDT, Hannah. **Sobre a Revolução**. Trad. Denise Bottmann. São Paulo : Cia. das Letras, 2011, p. 190-199. Ver também COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 3º ed. São Paulo : Saraiva, 2003.

<sup>119</sup> CASELLA, Paulo Borba. **Direito Internacional no Tempo Clássico**. São Paulo : Atlas, 2015, p. 419.

<sup>120</sup> LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Trad. Saulo Krieger. São Paulo : Martins Fontes, [1993] 2016, p. 549-552.

seguida, daqueles em relação a quem esses direitos foram adquiridos, o cumprimento das obrigações daí decorrentes. Assim nasceria o direito à guerra, em virtude do qual uma nação defende sua liberdade natural, ou protege direitos, legitimamente adquiridos. As nações, do mesmo modo que os particulares, estariam obrigadas a agir de maneira concertada, e de reunir as suas forças, para trabalhar em prol da perfeição comum. O conjunto das nações formariam a grande comunidade, ou *civitas maxima*, como um vínculo social, que a própria natureza estabeleceu entre elas<sup>121</sup>.

Ricardo Campos, no entanto, lembra que o equilíbrio da ordem mundial após Vestefália assentou-se na noção de guerra formal, seja pela falta de uma instância superior de decisão, seja pela impossibilidade de se articular um conceito de justa causa para a guerra. O equilíbrio entre as nações, no entanto, baseava-se no reconhecimento mútuo de apenas alguns Estados europeus, enquanto todos os outros territórios eram tidos como não estatais e, assim, passíveis de ocupação. O direito internacional, funcionando como um *jus publicum europaeum*, fundamentou a ocupação das terras por meio de acordos coletivos firmados no contexto da “confraria” de governantes, proporcionando a expansão da soberania estatal. Foi com base em normas internacionais que os territórios ocupados mudaram de *status* e passaram a constituir colônias como resultado de um grande concerto europeu<sup>122</sup>.

Como afirma Emmanuelle Tourme-Jouannet, o direito internacional não se constituía como uma simples técnica jurídica neutra, mas sempre foi a projeção de valores e de interesses dos atores dominantes da comunidade internacional de Estados, ao mesmo tempo em que poderia ser utilizado pelos movimentos de resistência a essa ordem dominante. Sob esse ponto de vista, como foi dito antes, o sistema de direito internacional é intrinsecamente ambivalente: é ao mesmo tempo um instrumento de dominação e um instrumento de emancipação para os sujeitos e os atores que o utilizam<sup>123</sup>.

Assim, ordem jurídica internacional moderna se formou a partir de normas que possibilitaram o convívio harmônico entre os sujeitos de uma comunidade composta por um número muito reduzido de participantes, liderados por figuras centrais fortes que personificavam o poder soberano do Estado. Sua consolidação se deu no âmago do absolutismo como uma extensão natural da política dos monarcas em sua missão de

<sup>121</sup> WOLFF, Christian. **Jus Gentium Methodo Scientifica Pertractatum**. Trad. para inglês de Joseph H. Drake. Oxford : Clarendon Press, 1934..

<sup>122</sup> CAMPOS, Ricardo. “A Metamorfose do Direito Global para uma Genealogia do Direito além do Estado Nacional no limiar do Século XIX” em FORTES, Pedro; CAMPOS, Ricardo; BARBOSA, Samuel (coord.). **Teorias Contemporâneas do Direito: o direito e as incertezas normativas**. Curitiba: Juruá, 2016, p. 187.

<sup>123</sup> TOURME-JOUANNET, Emmanuelle. **O Direito Internacional**. Trad. Thiago Rocha da Fonseca. 2003, disponível na Internet em <https://etourmejouannet.files.wordpress.com/2014/10/e-tourme-jouannet-o-direito-internacional.pdf>, acessado em 12.03.2017, p. 6.

autopreservação e consolidação do poder conquistado. A inexistência de uma diferenciação original entre o governante e o Estado deu ao ambiente externo um traço de comunidade, uma vez que o convívio, as interações comunicativas e as negociações eram feitas em nome pessoal, mesmo que fosse comum a presença de representantes. Este fator foi essencial para que a ordem jurídica criada a partir destas relações tivesse como prioridades centrais a proteção dos elementos de soberania, notadamente os domínios territoriais, e a coexistência pacífica entre os Estados. Ficaram de fora temas como a permissividade do uso da força contra os povos não organizados em forma de Estado. Este cenário só iria se modificar com a perda do equilíbrio europeu, quando ocorre a dispersão da soberania e a descentralização das relações de poder na sociedade mundial<sup>124</sup>.

#### 1.4 CONTINGÊNCIAS HISTÓRICAS E SOCIAIS DOS ESTADOS ABSOLUTISTAS PARA A DIFERENCIAÇÃO ENTRE DIREITO E POLÍTICA

A história do Estado absolutista que surge no início da Modernidade pode ser analisada como um processo de separação entre a pessoa do governante e o Estado, como entidade autônoma. Do ponto de vista prático, o crescimento da estrutura burocrática fortaleceu o domínio do Estado sobre a sociedade, colhendo diversas informações sobre ela com o objetivo de tributação, delimitando ainda com maior precisão as suas fronteiras. A tributação organizada permitiu a criação de forças armadas com atuação interna e externa, garantindo o monopólio do uso da força. Do ponto de vista teórico, diversos pensadores contribuíram para a descrição e compreensão do processo de transformação do Estado absolutista para o Estado de Direito.

O tamanho da estrutura que os Estados adquiriram exigiu que os monarcas fomentassem o crescimento de cargos, que eram vendidos para quem desse o maior lance<sup>125</sup>. O fato de ter se tornado uma importante fonte de renda do governante fez com que, rapidamente, o corpo de funcionários se tornasse numeroso, o que implicou na criação de um sistema de compensações na forma de direitos que eram vinculados aos cargos, como a estabilidade e a possibilidade de cobrança de taxas pelos serviços prestados, já que a remuneração não era vantajosa.

O custo cada vez mais alto do sistema burocrático criado pelos monarcas exigiu duas medidas: o maior rigor na delimitação territorial e a colheita de informações da

---

<sup>124</sup> CAMPOS, Op. Cit., 2016, p. 187.

<sup>125</sup> VAN CREVELD, Op. Cit., p. 184.

população com objetivos tributários. A demarcação do território levou ao surgimento dos cargos de agentes diplomáticos, que eram muitas vezes exercidos por eclesiásticos, que não eram assalariados, mas recebiam uma remuneração pelos negócios que conseguiam concluir. O direito de legação, com a nomeação de embaixadores, cresceu substancialmente após 1648, o que levou à criação de órgãos para administrar suas ações, com o envio de instruções e o recebimento de relatórios e documentos. Estes órgãos se tornariam no século XVIII os Ministérios das Relações Exteriores, ou equivalentes, em Estados como Espanha, Prússia, Suécia e Áustria.

O alto grau de corrupção causado pela confusão criada entre o público e o privado no sistema de compra e venda de cargos exigiu o desenvolvimento de uma infraestrutura capaz de controlar os gastos e aumentar as receitas. Isso foi feito de maneira muito diferente nos diversos Estados. A realização de censos populacionais, o avanço do uso de estatísticas e a adoção do sistema métrico de pesos e medidas permitiram que a tributação aumentasse significativamente.

O aperfeiçoamento na cobrança de impostos levou ao enriquecimento do monarca, mas, ao mesmo tempo, causou tumultos e, às vezes, guerra civil e revoluções no século XVII em países como a Inglaterra e a França. Na Inglaterra, o problema foi contornado pela concessão de direitos aos burgueses pela adoção de leis como *Bill of Rights* e do *Habeas Corpus Act*. Por estes atos, os privilégios da nobreza que ainda existiam foram abolidos e todos, independentemente de status, pagavam ao governo as quantias que fossem aprovadas pelo Parlamento.

Na França, no entanto, o caminho foi outro. Foram criados novos impostos, que contornavam os antigos privilégios da nobreza, mas sem atribuir direitos à burguesia. Funcionários responsáveis por arrecadar os tributos podiam recolher uma parcela da receita, o que os tornava muito ricos e poderosos. A tributação pesada fortaleceu o reinado de Luiz XIV, cuja corte era mantida por uma pesada burocracia assalariada e um dispendioso exército permanente. Chegando ao limite da tributação, o rei passou a tomar empréstimos dos funcionários que tinham poderes de arrecadação. A ruptura só veio com a Revolução, em 1789.

Um dado comum em todos os casos foi que, com a expansão dos governos, tanto em número de burocratas, quanto em atividades realizadas, o orçamento geral dos Estados tornou-se significativamente superior ao patrimônio privado dos governantes. Para garantir que todos se submetessem aos ditames da administração, valendo-se do monopólio do uso da força, os mecanismos de violência institucional foram incrementados. Porém, os

ideais iluministas, incentivados pelas obras de pensadores como Jeremy Bentham e Cesare Beccaria, levaram o Estado a transitar do discurso meramente punitivista dos transgressores para o reabilitador, com a criação de um sistema penitenciário que, muitas vezes, impunha uma rotina rigorosa diária, principalmente com trabalhos forçados em favor do próprio Estado.

Neste cenário, as forças armadas do Estado atuavam externamente nos conflitos com outros Estados e a guerra se tornou uma continuação da política pública, como explica Von Clausewitz<sup>126</sup>. Internamente, o uso da força por grupos privados para o atendimento dos seus interesses particulares foi criminalizado e, quando ameaçava o poder central, estigmatizado como atos de rebelião, guerra civil e, mais recentemente, terrorismo. O uso da violência, interna e externamente, evidencia a prevalência da atuação do Estado impessoal, descolado da figura do governante, como uma entidade dotada de razões próprias.

Na doutrina absolutista, o rei estava além do juízo humano, não havendo distinção entre sua pessoa e o governo. Como o direito encontrava-se domesticado pelo poder político, não havia também corrupção, nem nenhum tipo de ato que pudesse ser considerado ilícito praticado pelo governante. O monarca considerava as províncias, o dinheiro, os exércitos, e mesmo as pessoas que se encontravam abaixo dele, como bens privados, que seriam passados adiante hereditariamente, ou pela diplomacia, ou pela guerra. Para Luhmann, o Estado soberano do século XVIII se caracteriza pela limitação das limitações do poder estatal, pois são aceitos, tão-somente, os limites territoriais. Estes, no entanto, são absolutos diante do paradigma de coexistência das relações internacionais. Todas as demais limitações deixam de existir; politizam-se de maneira situacional e se integram no cálculo político das “razões de Estado”<sup>127</sup>.

No século XVI, Nicolau Maquiavel, em *O Príncipe*, afirmou que o governante não era um enviado de Deus, logo, devia o seu poder à virtude com a qual jogava o jogo da política. Ao afastar o monarca de Deus, Maquiavel afastou dois pilares que derivavam naturalmente da divindade: a justiça e a retidão. O êxito do rei seria uma recompensa pelas suas habilidades políticas<sup>128</sup>. Coube, entretanto, a Jean Bodin, a concentração das atenções na natureza da *république*, ao propor discutir a diferença entre a gestão do palácio e o governo

---

<sup>126</sup> Von Clausewitz afirma que “If it is all a calculation of probabilities based on given individuals and conditions, the political object, which was the original motive, must become an essential factor in the equation”, e continua “The political object – the original motive for the war – will thus determine both the military objective to be reached and the amount of effort it requires” (VON CLAUSEWITZ, Carl. **On War**. Princeton, PUP, 1976, p. 80-81).

<sup>127</sup> LUHMANN, Op. Cit., 2006, p. 571.

<sup>128</sup> MAQUIAVEL Nicolau. **O Príncipe**. Trad. Maurício Santana Dias; trad. apêndices Luiz A. de Araújo. São Paulo : Penguin Classics Companhia das Letras, 2010, *passim*.



das pessoas que não se encontravam ligadas diretamente ao governante, nem por laços familiares, nem servis. A República de Bodin segue a definição de Cícero, como uma comunidade de pessoas governada pela lei.

Para Bodin, a soberania deve ser una, indivisível e perpétua, cabendo ao soberano criar ordem no caos, não somente por meio das leis, mas das decisões sobre guerra e paz, da nomeação das autoridades e pela decisão da moeda do país, devendo atuar como juiz supremo<sup>129</sup>. Embora não fundamentasse o poder do rei em nenhuma divindade, Bodin era um jusnaturalista, que sustentava que as leis boas eram aquelas que melhor serviam à comunidade, desde que não entrassem em conflito com as leis divinas ou da natureza.

Em *Leviatã*, Thomas Hobbes define o Estado como um ente artificial, distinto da pessoa do governante e dos governados. Estes seriam responsáveis pela criação do Estado a partir de um contrato pelo qual lhe transferiam direitos de forma definitiva e irrevogável. O Estado deveria manter a ordem por meio de leis que, entretanto, somente existiam dentro da comunidade. Nas relações externas, com outros Estados, vigoraria o estado de natureza, pois não haveria uma comunidade organizada. Não haveria espaço, portanto, para um direito internacional, pois não existia um leviatã acima dos Estados que pudesse se impor por meio da força<sup>130</sup>. No auge do absolutismo, em meados do século XVII, o limite do Estado estaria nas leis que ele mesmo criava e que podia modificar conforme seus interesses. Como, em Hobbes, o homem é considerado fundamentalmente mau, no sentido de que teria sempre uma tendência usar a razão na luta pelo poder sobre o próximo, o Estado soberano todo poderoso seria essencial para evitar os conflitos que emergiriam no estado de natureza do ser humano<sup>131</sup>.

Na sequência do pensamento de Hobbes, John Locke considera que a racionalidade humana se traduzia em um interesse pessoal esclarecido que, na maior parte das vezes, conduziria a uma convivência pacífica, mesmo no “estado de natureza”, isto é, na ausência de um soberano. Neste sentido, o principal papel do governante seria a salvaguarda dos direitos naturais, mas especificamente a vida, a liberdade e a propriedade. Para Locke, o governo deve se fundamentar no consentimento dos governados, que deveria ser reconfirmado de tempos em tempos por eleições. Para evitar a ascensão do absolutismo, o

---

<sup>129</sup> Sobre o poder absoluto do soberano, Bodin afirma que “car le peuple ou les seigneurs d'une République peuvent donner purement et simplement la puissance souveraine et perpétuelle à quelqu'un pour disposer des bines, des personnes, et de tout l'état à son plaisir” (BODIN, Op. Cit., p. 78).

<sup>130</sup> HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 4ª ed. Brasília : Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2009, *passim*. Cf. AKASHI, Kinji. “Hobbes’s Relevance to the Modern Law of Nations” em *Journal of the History of International Law*, v. 2, pp. 199–216, 2000.

<sup>131</sup> BOBBIO, Norberto. *A Teoria das Formas de Governo*. 10ª ed. Trad. Sérgio Bath. Brasília : Editora UnB, 1997, p. 107-115 e VAN CREVELD, Op. Cit., p. 253-254.

poder deveria ser dividido entre uma autoridade legislativa, uma executiva e uma federativa, que seria encarregada da política internacional<sup>132</sup>.

A obra de Locke e a reação da nobreza contra o absolutismo após a morte de Luiz XIV, em meados do século XVIII, influenciaram Montesquieu em *O espírito das leis*, que teve como principal objetivo formular meios de proteger a sociedade civil contra o poder arbitrário do soberano. Para tanto, seria necessário que o governo se fundamentasse nas leis criadas pelas pessoas e que definiam o tipo de sociedade que elas desejavam. Montesquieu, influenciado por David Hume, afasta-se do jusnaturalismo de seus antecessores, sustentando-se na subjetividade da razão humana. Desta forma, para garantir que a vontade fosse livremente manifestada, o poder absoluto do Estado sobre as pessoas deveria ser reduzido e dividido em três poderes: o legislativo, o executivo e o judiciário<sup>133</sup>.

A obra de Montesquieu, que foi determinante para o fim do poder do monarca absolutista, também teve como consequência a criação do Estado, enquanto ente abstrato previsto por Hobbes, com poderes de estabelecer suas leis sem quaisquer limitações externas, como o direito natural ou a religião. No plano externo, a vontade soberana do Estado só encontraria limites nas suas possibilidades políticas, vinculando-se somente aos costumes com os quais ele concordasse<sup>134</sup>.

Durante o processo de transformação do Estado absolutista em Estado de Direito, foi construída na sociedade civil europeia uma convicção de que o Estado era a forma mais evoluída de se organizar uma comunidade humana. Os povos que não viviam em Estados, como a quase totalidade de fora da Europa, pertenceriam a civilizações inferiores. Em alguns casos, o baixo grau de desenvolvimento podia significar que até mesmo a sua condição humana fosse contestada.

Na sociedade civil, a diferenciação da economia se dá, inicialmente, pela conversão da concepção de mercado que designa a lógica própria das transações que não dependem de outras características sociais. Com isso, a economia passa a se orientar para o consumo, o que significa uma orientação para si mesma, desligada do aumento do rendimento econômico proveniente de diretrizes externas, sobretudo as demandas de recursos pelos estratos superiores. Estas fontes de demandas, assim como a fome e as guerras, por exemplo, continuam sendo importantes para a economia, mas passam a ser compreendidas pela lógica

---

<sup>132</sup> LOCKE, John, **Dois Tratados sobre o Governo**. Trad. Julio Fisher. São Paulo: Martins Fontes, 1998, *passim*. Cf. VAN CREVELD, Op. Cit., p. 254-255.

<sup>133</sup> BOBBIO, Op. Cit., 1997, p. 127-138.

<sup>134</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. Trad. Cristina Murachco. São Paulo : Martins Fontes, 1996, p. 15-16.

do consumo que aponta ao mercado e, com elas, cria oportunidades para investir e produzir, o que impulsiona a operatividade da economia como um sistema diferenciado. Com isso, toda a população passa a ter acesso a um dos lados do esquema funcional, o lado do consumo, dependendo apenas do poder de compra e não mais da posição no estamento. O outro lado fica liberado para especializações de organização ou de aprendizagem e profissão<sup>135</sup>.

No plano interno, como consequência do monopólio do uso da força, aqueles que se recusavam a se submeter ao Estado passaram a ser chamados de anarquistas. Por outro lado, mais tarde, o fato de não ser aceito como cidadão de um Estado passou a ser um problema para a pessoa, o que poderia significar a perda da vida e da liberdade. Neste cenário, a igualdade entre todos os cidadãos no Estado moderno passou a evoluir de maneira incessante, servindo como discurso estabilizador das relações sociais. O conjunto de direitos subjetivos conquistado por diversos meios pelas pessoas serviu de base para a formação no sistema político do poder constituinte, que, ao produzir a Constituição, garantiria a diferenciação funcional entre o direito e a política e produziria um elo entre estes dois sistemas, viabilizando a estabilidade do exercício do poder no Estado de direito.

No plano externo, o direito internacional se construiu entre os extremos do “estado de natureza” proposto por Hobbes e da perspectiva mais positiva de Locke, para quem os Estados em geral se permitiriam ser governados pelo interesse próprio esclarecido, comportando-se de maneira suficiente para o desenvolvimento de uma vida civilizada. A necessidade de coexistência fomentou as relações de reciprocidade, que permitiu a consolidação de um conjunto de princípios e regras capazes de manter, na maior parte das vezes, algum grau de estabilidade nas relações entre os Estados.

### 1.5 ESTADO DE DIREITO

A transição do Estado absolutista para o Estado de Direito precisa ser compreendida considerando os fatos históricos já descritos, mas também à luz de uma análise sociológica que leva em consideração os fatores sociais para essa mudança. Como já foi dito acima, a noção de Estado de Direito decorre da diferenciação funcional entre direito e política no âmago da sociedade organizada na forma de Estado soberano.

Luhmann, entretanto, chama atenção para as condições jurídicas da vida social existentes antes do surgimento dos Estados em decorrência das bases do direito civil romano e do direito natural. O direito estava presente na sociedade quando o Estado moderno

---

<sup>135</sup> LUHMANN, Op. Cit., 2006, p. 574.

começou a se consolidar politicamente, com a diferenciação formal de institutos jurídicos fixados pela escrita e pela aceitação força cogente dos costumes locais. No entanto, não se podia separar a ideia de jurisdição da de soberania, pois, segundo o modo de pensar da época, isso significaria um *imperium* em um espaço sem direito e uma *jurisdictio* sem capacidade de imposição<sup>136</sup>.

Antes das constituições, o problema da resistência apareceu como um problema central nos Estados modernos, colocando o direito em oposição à política. Como o sistema econômico predominava nos primórdios da modernidade, as demandas da burguesia em torno da proteção da propriedade se ressaltaram ao ponto de se considerar que o governo que não representasse esses interesses contaria com uma oposição justificada. Os direitos subjetivos emergem assim como uma forma de resistência justificada contra o exercício do poder político<sup>137</sup>.

Neves destaca, contudo, que as “cartas de liberdade ou pactos de poder” determinaram contornos jurídicos positivos ao poder soberano. Neves chama estes instrumentos de “primeira fornada de juridificação”, alertando para o fato de que eles não criavam “direitos subjetivos públicos acionáveis contra o soberano”. Ele se refere aqui a documentos como a *Magna Carta*, de 1215, o *Habeas Corpus Act*, de 1679, e o *Bill of Rights*, de 1689, alertando para o fato de que estes “pactos de poder” não podem ser confundidos com a Constituição no sentido moderno, já que não produziram transformações estruturais nas bases da sociedade do momento histórico em que surgiram<sup>138</sup>.

Chris Thornhill, por outro lado, aponta que o poder constituinte sempre encontrou legitimidade em conceitos pré-definidos nestes direitos conquistados e firmados nos pactos de poder. Segundo ele, o estabelecimento dos direitos subjetivos que permitiu que o poder constituinte se formasse como um elemento interno do aparato político e eles foram fundamentais para acentuar o seu *status* como uma realidade adaptativa e projetiva interna do sistema político<sup>139</sup>.

Com efeito, Luhmann afirma que o direito é ativado para muitos dos problemas que surgem como consequência do desenvolvimento dos sistemas parciais funcionais, como o direito de propriedade e obrigatoriedade dos contratos para a economia, os direitos de culto com vistas a uma tolerância religiosa, a livre manifestação do pensamento na atividade

---

<sup>136</sup> LUHMANN, Op. Cit., 2016, p. 546-547.

<sup>137</sup> LUHMANN, Op. Cit., 2016, p. 552-553.

<sup>138</sup> NEVES, Op. Cit., 2009, p. 18-19 e 23.

<sup>139</sup> THORNHILL, Chris. “Contemporary constitutionalism and the dialectic of constituent power” em **Global Constitutionalism**, n. 1, 3, nov 2012, pp. 369-404, p. 385.

científica e os direitos de participação nos processos de tomada de decisão. A comunicação do direito com os outros sistemas funcionais, prestando-lhes um serviço na diferenciação e na evolução<sup>140</sup>, e a realização de operações recursivas estruturantes intrassistêmicas iriam produzir a diferenciação funcional do sistema jurídico frente ao poder político<sup>141</sup>.

Episódios como a Reforma Protestante, o Renascimento e a Revolução Gloriosa, por exemplo, ocorridos no contexto de transição da sociedade medieval para a modernidade, contribuíram para processos de diferenciação funcional de sistemas sociais. O sistema jurídico teve um importante papel histórico, funcional, no movimento de integração/desintegração, já que permitiu a consolidação das reações à estratificação social na forma do reconhecimento de direitos subjetivos. A incorporação destes direitos às operações recursivas funcionalizadas de sistemas parciais diferenciados como resultado do processo de integração/desintegração destes sistemas com o sistema jurídico proporcionou, com o tempo, que o próprio direito se diferenciasse como um sistema funcional, destacado da política, capaz de produzir, por si mesmo, repetições de suas operações e, com isso, observar-se e se reproduzir.

Com o Estado de Direito, o Estado se tornou, ao mesmo tempo, uma instituição de direito e uma instância de responsabilidade política que resguarda o direito tanto pela imposição, quanto pelo seu desenvolvimento por adaptação às mudanças ocorridas na sociedade e aos fins políticos realizáveis<sup>142</sup>. Considerando o binômio inclusão/exclusão, que caracteriza a modernidade, a colisão dos direitos com a política pode ser percebida na resistência recíproca: de um lado os “protocidadãos” se recusavam a aceitar um governo que não atendessem aos seus interesses e, de outro lado, o poder político era avesso à concessão de direitos de cidadania, como a capacidade jurídica, a nacionalidade e a participação eleitoral.

À medida que o conceito do político era compreendido, cada vez mais, quase exclusivamente como referido ao Estado, a evolução em direção à diferenciação do sistema jurídico em relação à política passou pelo reconhecimento, por convenção ou por conquista, de direitos destinados a influir politicamente no direito. No Estado de Direito existe a possibilidade permanente de ativar a política na comunicação social para modificar o direito.

---

<sup>140</sup> De acordo com Luhmann, “a evolução se dá quando diferentes condições são satisfeitas e quando elas se acoplam entre si de maneira condicional (não necessária), a saber: (1) a *variação* de um *elemento* autopoiético relativamente aos padrões de reprodução que até então eram vigentes; (2) a *seleção* da *estrutura* que assim se faz possível como condições de outras reproduções; e (3) a *estabilização do sistema*, no sentido de mantê-lo dinamicamente estável para que seja possível a reprodução autopoiética dessa forma estruturalmente determinada que passou por alteração. (LUHMANN, Op. Cit., 2016, p. 323).

<sup>141</sup> LUHMANN, Op. Cit., 2006, p. 565.

<sup>142</sup> LUHMANN, Op. Cit., 2016, p. 556.

Como esta ativação é legitimada pelo próprio direito pela legalização da atividade legislativa, torna-se possível distinguir a origem das modificações jurídicas entre decorrente da interpretação ativa do direito, pelos órgãos jurisdicionais e pela administração pública, e a que resulta do surgimento de uma nova opinião política<sup>143</sup>.

Luhmann afirma que o Estado de Direito pode ser definido em duas perspectivas como uma unidade – a suspensão jurídica do poder político e a instrumentalização política do direito. O Estado se torna o ponto de referência para se definir as decisões que são vinculantes na sociedade da perspectiva do sistema político, logo, que podem ativar o poder do Estado para lhes atribuir eficácia. Da perspectiva do direito, somente terão esse efeito as decisões que estiverem em conformidade com suas normas, sendo negada a tutela do poder do Estado quando as decisões forem contrárias ao direito. O direito instrumentaliza a política na medida em que a decisão política, tomada a partir da condensação de opiniões baseada em critérios políticos possíveis de comunicação, converte-se em norma jurídica, retirando do âmbito da política o problema que, a partir de então, serão resolvidos pelo critério especificamente jurídico. A decisão politicamente construída, no sistema de separação de poderes, no Parlamento, despolitiza-se ao passar para o campo do direito, deixando espaço para que novos problemas advindos da sociedade sejam tratados pelos critérios políticos<sup>144</sup>.

Wálber Carneiro<sup>145</sup> indica quatro tradições que se consolidaram como Estado de Direito. Na *Rule of Law* inglesa a limitação do poder político pelo direito se deu, inicialmente, por meio de convenções, ou “acordos de poder”, conforme Marcelo Neves, que traçaram algumas garantias constitucionais e regras do *due process of law*. Como construção do *Common Law*, as regras e tradições políticas da sociedade são reconhecidas e estabilizadas nas decisões dos tribunais, conjuntamente com a soberania do Parlamento, que são princípios conformadores da constituição inglesa. Com isso, o poder político executivo não goza de discricionariedade, não existem privilégios perante a lei e os tribunais e as regras constitucionais não são as fontes, mas uma consequência dos direitos subjetivos.

Na França, o Estado de Direito que emergiu da ruptura com o antigo regime exigiu uma radical divisão de poderes e a incorporação de um rol de direitos fundamentais para a proteção das liberdades individuais. No *État de Droit*, a soberania da lei se deve à

---

<sup>143</sup> LUHMANN, Op. Cit., 2016, p. 556-558.

<sup>144</sup> LUHMANN, Op. Cit., 2016, p. 565-568.

<sup>145</sup> CARNEIRO, Wálber Araújo. “Estado do Direito no Estado de Direito: por uma ecologia de suas possibilidades” em MORAIS, José Luis Bolzan de (org.). **Estado & Constituição: o “fim” do Estado de Direito**. Florianópolis : Tirant lo blanch, 2018, p. 43-46.

manifestação da vontade geral no parlamento, não reconhecendo a possibilidade de controle ou institucionalização do direito por tribunais<sup>146</sup>. A separação das funções do Estado permitiu estabelecer ainda a diferenciação entre política e administração, pois esta fica neutralizada e imunizada contra interesses concretos e particulares, podendo atuar conforme preceitos e princípios com pretensão de generalidade<sup>147</sup>.

De acordo com Carneiro, o modelo alemão do *Rechtsstaat* se consolidou após 1848, como um compromisso político entre o autoritarismo monárquico e o constitucionalismo liberal, baseando-se na teoria da autolimitação do Estado, na teoria dos direitos subjetivos e no primado da lei. No entanto, o *Rechtsstaat* foi modificado após a Segunda Guerra Mundial, assumindo na Constituição de Bonn, de 1949, ideais substantivos de justiça e um modelo de jurisdição constitucional que aumentou consideravelmente o poder de intervenção do Poder Judiciário<sup>148</sup>. Neste sentido, o Estado de Direito assumiu um significado que compreendia a representação eletiva, os direitos dos cidadãos e a separação dos poderes, isto é, um significado particularmente orientado para a proteção dos cidadãos frente aos riscos de arbitrariedade da administração pública<sup>149</sup>.

Já o modelo de *Rule of Law* norteamericano, que deriva da experiência inglesa, substituiu a legitimidade da tradição pela vontade popular, consagrada na fórmula “*we the people*”, que remete a legitimação da Constituição ao poder constituinte do povo e pressupõe a vinculação aos arranjos organizacionais e aos limites do poder descritos no texto constitucional. No Estado de Direito dos Estados Unidos, o Poder Judiciário tem papel relevante na institucionalização do Direito, mas deve exercer a justiça em nome do povo<sup>150</sup>.

Estes quatro modelos de Estado de Direito foram projetados na sociedade mundial, refletindo na forma de organização da maioria dos Estados que passaram a ser aceitos na comunidade internacional, principalmente a partir do Século XIX, quando, de acordo com Dieter Grimm, o constitucionalismo se expandiu na Europa e na América Latina. As constituições liberais, que romperam com a tradição do Estado paternalista, fundamentavam-se na premissa de que a sociedade civil seria capaz de produzir uma ordem

---

<sup>146</sup> CARNEIRO, Op. Cit., 2018, p. 45.

<sup>147</sup> NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. Guarulhos : Editora Acadêmica, 1994, p. 75. Carina Gouvêa afirma que “a separação dos poderes pode contribuir de várias maneiras diferentes para atingir a meta constitucional definitiva de boa governança. Um bom desenho estatal criará instituições constitucionais que têm uma relação de auto reforço com as pré-existentes organizações sociais e políticas da sociedade” (GOUVÊA, Carina. “Constitucionalismo Político e Constitucionalismo Jurídico: a perspectiva de um olhar convergente”, na Internet em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=92e0c17c05add607>, acessado em 21.10.2018.

<sup>148</sup> CARNEIRO, Op. Cit., 2018, p. 46.

<sup>149</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia**. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

<sup>150</sup> CARNEIRO, Op. Cit., 2018, p. 46.

social justa por meio da autorregulação. Assim, a garantia de igualdade e liberdade seria suficiente para proporcionar mais riqueza e mais justiça social por meio de obrigações voluntárias estabelecidas por institutos jurídicos como propriedade privada e contratos. Com isso, a tarefa do Estado estava reduzida à garantia das pré-condições de autorregulação societal que a sociedade civil precisaria para viabilizar a eficácia de seus arranjos normativos, ou seja, a proteção da liberdade individual, o combate à criminalidade e a manutenção da ordem pública<sup>151</sup>.

O liberalismo, no entanto, não cumpriu suas promessas, pois, se é verdade que a riqueza cresceu, a distribuição dela não foi justa. Com isso, o problema da justiça material voltou a surgir, o que teve como resposta a reintrodução do Estado na sociedade, com a função de estabelecer uma ordem capaz de promover justiça social. Grimm alerta que esta mudança no Estado afetou o direito constitucional, pois o papel de assegurar uma ordem social pré-estabelecida de distúrbios é uma tarefa reativa, que se realiza facilmente por meio da legislação, mas formatar uma ordem é um desafio proativo, orientado para o futuro, muito menos provável de ser alcançado apenas pela adoção de leis. Na construção do Estado do Bem Estar Social, o direito passou a estabelecer metas para a atividade estatal e a indicar os meios para se alcançar estas metas. Enquanto no liberalismo os direitos fundamentais eram essencialmente negativos, criando um alto grau de certeza no sentido de que estabeleciam aquilo que o Estado não poderia fazer e que, em caso de transgressão, haveria sempre um remédio capaz de cancelar o ato violador, no novo paradigma foram instituídos direitos positivos, cuja indeterminação decorre das muitas formas diferentes de implementação. Com isso, as constituições não teriam mais a força de determinar o resultado, mas tão-somente de estabelecer um panorama no qual o Estado teria uma discricionariedade limitada para agir, tendo em vista que os direitos positivos, ao contrário dos direitos negativos, dependem dos recursos disponíveis para sua efetivação<sup>152</sup>.

Neste novo cenário, o Estado de Direito passa a sofrer com intensidade crescente dos influxos comunicativos com os outros sistemas sociais, já que o atendimento das tarefas do Estado Social não depende mais somente das atividades típicas de Estado. Sua coercitividade será limitada, ou ineficaz, já que crescimento econômico, inovações tecnológicas, avanços na saúde e padrão educacional não podem ser simplesmente obtidos por comandos legais. Assim, muitas vezes o Estado precisará recorrer a ações indiretas para

---

<sup>151</sup> GRIMM, Dieter. “Constitutionalism: Part-Present-Future”, em *Nomos*, n. 02, 2018, disponível na Internet em <http://www.nomos-leattualitaneldiritto.it/wp-content/uploads/2018/09/Grimm.-conv-11.05.pdf>, acessado em 23.11.2018, p. 5

<sup>152</sup> GRIMM, Op. Cit., 2018, p. 6.



alcançar certos fins, considerando as variáveis sociais e econômicas de cada situação, o que significa que, nestes casos, dependerá da cooperação de atores privados. Grimm sustenta que, neste contexto, em que o Estado precisa barganhar com atores privados, influenciando em decisões que serão coletivamente obrigatórias, o Estado de Direito fica ameaçado<sup>153</sup>.

As transformações da sociedade nos Estados determinadas pela revolução industrial e pela emergência das demandas sociais não modificaram, contudo, a cena internacional. A ordem internacional, baseada nas relações de reciprocidade e no respeito mútuo entre os Estados soberanos, permaneceu vigente, embora tenha sofrido importantes mudanças estruturais no século XIX.

#### 1.6 A COEXISTÊNCIA DOS ESTADOS NA SOCIEDADE MUNDIAL E SEUS REFLEXOS NO DIREITO INTERNACIONAL.

O direito internacional que emerge a partir das relações entre os Estados modernos europeus é pautado, essencialmente, na lógica da coexistência. Ele se desenvolve no período de formação dos Estados, no qual o grande desafio do sistema de direito internacional foi garantir o respeito mútuo dos sujeitos na comunidade internacional por meio de regras de convivência pautadas no ideal de uma igualdade jurídica que levasse à progressiva aceitação recíproca da presença legítima do outro. A formação de uma comunidade de Estados modernos europeus, baseada nas relações de reciprocidade, caracterizou-se, essencialmente, pelo número reduzido de participantes e pelo estabelecimento de normas gerais de convivência.

Estas normas surgem a partir do reconhecimento dos costumes internacionais, considerados como fontes principais das normas gerais da ordem internacional após Vestefália. De acordo com Shaw, o costume reflete uma abordagem consensual do processo decisório, dando à maioria o poder de criar novas regras para todos<sup>154</sup>. Nesta fase do desenvolvimento do direito internacional, os tratados tinham uma dimensão regulatória contratualística, disciplinando relações bilaterais entre os governantes.

O direito de coexistência surge sob o paradigma voluntarista, tributário de uma concepção absoluta da soberania dos Estados, que procurava conciliar a lógica de um poder aprioristicamente ilimitado com a existência de regras vinculantes de direito internacional. A força vinculante das obrigações internacionais decorreria de uma autoimposição pelos Estados

---

<sup>153</sup> GRIMM, Op. Cit., 2018, p. 7.

<sup>154</sup> SHAW, Malcolm N. **Direito Internacional**. Trad. Marcelo Brandão Cipolla, Lenita Ananias do Nascimento e Antonio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 59.

e seriam constituídas de maneira semelhante aos compromissos contratuais de direito interno. Neste contexto, o princípio da *pacta sunt servanda* aparece como fundamento da obrigatoriedade das normas internacionais. De acordo com Hart, as teorias voluntaristas do direito internacional equivalem às teorias do contrato social na teoria política, pois procuram explicar como indivíduos originalmente livres aceitam submeter-se a um poder que lhes é superior exercido pelo Estado<sup>155</sup>.

O direito internacional de coexistência é essencialmente um conjunto de regras de abstenção, ou de contenção, o que torna o processo de evolução bastante lento, especialmente quando a fonte principal é o costume internacional<sup>156</sup>. O objeto principal destas normas é a regulamentação dos requisitos de comunicação diplomática mútua e, em particular, das normas de respeito mútuo à soberania nacional<sup>157</sup>. Portanto, as normas de coexistência disciplinam questões sobre limites territoriais e fronteiras, direitos de guerra e neutralidade, direitos sobre o mar, imunidades à jurisdição estatal para o Estado estrangeiro e seus representantes e regras para soluções pacíficas dos conflitos<sup>158</sup>.

Tais normas se consolidam a partir de relações de reciprocidade que são estabelecidas entre os Estados soberanos, não suscitando nenhum tipo de obrigação positiva para as partes. Desta maneira, o direito internacional *vestefaliano* surge como um sistema que nenhum efeito exerce sobre o exercício interno da soberania dos Estados, uma vez que não é capaz de criar expectativas de comportamento, apresentando-se apenas como um conjunto de normas que regula a sua conduta exterior nas relações internacionais.

Ademais, os Estados, considerados como entes soberanos e independentes, não teriam qualquer limite para a tomada de decisão nas relações internacionais. O direito internacional seria resultante de um processo de autolimitação do poder pelo próprio Estado e, portanto, a obrigatoriedade de suas normas seria resultante da manifestação do consentimento estatal. Disso resulta que o sistema normativo internacional passa a ser relacional, pois decorre da interação direta dos atores que concorrem para a sua formação voluntariamente.

Lafer afirma que “esta ordem teve uma natureza mais política e diplomática do que jurídica, mas deu margem ao aparecimento e à consolidação de um Direito Internacional

---

<sup>155</sup> HART, H. L. A. **O Conceito de Direito**. São Paulo : Martins Fontes, 2009, p. 289.

<sup>156</sup> FRIEDMANN, Wolfgang. **Mudança da Estrutura do Direito Internacional**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1971, p. 20.

<sup>157</sup> FRIEDMANN, Wolfgang. Op. Cit., 1971, p. 51.

<sup>158</sup> CRAWFORD, James. **The Creation of States in International Law**. Oxford: Clarendon Press, 1979, p. 31-76.

Público”, formado essencialmente por normas de coexistência<sup>159</sup>. São, assim, características da ordem internacional pós-vestefaliana: a) o surgimento de limites ao poder do Estado a partir da diferenciação do direito em relação à política, resultando no surgimento do Estado de Direito; b) o caráter hierárquico das relações entre Estados, com a prevalência dos interesses das grandes potências; c) fundamento do direito internacional na vontade soberana dos Estados.

Autores clássicos, como Christian Wolff, distinguiram o direito internacional natural, então considerado necessário, de um direito internacional voluntário. Wolff classificou o direito internacional voluntário em *jus gentium pactitium*, que vinculariam somente os Estados que assumiram tais obrigações em tratados; *jus gentium consuetudinarium*, correspondente ao direito costumeiro; e o *jus gentium voluntarium*, que abrange um conjunto de normas não obrigatórias, inclusive de cortesia, que pode ser considerado “direito em formação”<sup>160</sup>.

Emer de Vattel publicou *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains* em 1758, fazendo grande sucesso e se tornando, no século XIX, um manual de referência em universidades na França, no Reino Unido, nos Estados Unidos e na América Latina, inclusive no Brasil. Vattel é apontado como o primeiro a descrever o direito internacional como um conjunto de normas que regula a conduta dos Estados soberanos tanto em tempos de paz quanto na guerra. A obra também tem o mérito de se afastar da concepção interpessoal adotada pelos autores que lhe antecederam, adotando uma perspectiva interestatal em que o direito internacional regula as relações entre os Estados. Com isso, a figura do indivíduo é deixada no âmbito interno, não se cogitando da sua participação nas relações internacionais.

Em relação à Wolff, Vattel avança significativamente na compreensão da comunidade internacional de Estados soberanos, considerados iguais e independentes entre si. Por fim, Vattel reafirma em sua obra o paradigma voluntarista ao afirmar que somente os Estados têm a capacidade de determinar as normas aplicáveis do direito internacional, os direitos e obrigações dele decorrentes, em virtude da vontade soberana<sup>161</sup>. O direito internacional criado pela vontade dos Estados submeter-se-ia apenas ao direito natural, escola a que a obra de Vattel permanece vinculada. Porém, sua obra deixa um enorme campo aberto

---

<sup>159</sup> LAFER, Celso. “Ordem, Poder e Consenso: caminhos da constitucionalização do direito internacional” em BONAVIDES, Paulo et al. **As tendências atuais do Direito Público: estudos em homenagem ao Professor Afonso Arinos**. Rio de Janeiro: Forense, pp. 89-110, 1976.

<sup>160</sup> CASELLA, Op. Cit., 2015, p. 622-623.

<sup>161</sup> VATTEL, Emer de. **O direito das gentes**. Trad. Vicente Marotta Rangel. Brasília: Editora Universidade de Brasília: Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais, 2004.

para o voluntarismo estatal na construção do direito internacional, o que foi fundamental para escola positivista.

De acordo com Koskenniemi, a obra de Vattel teve grande receptividade prática entre os advogados e diplomatas em razão do seu realismo, pois oferecia bons argumentos para justificar as mais variadas formas de ação dos Estados no âmbito internacional<sup>162</sup>. A pessoa, afastada do cenário externo, permanecia apenas como finalidade justificadora das ações de Estado, pois “*la fin de la société civile est de procurer aux Citoyens toutes les choses dont ils ont besoin*”. Como não há um conceito unívoco de “vida boa”, esta decisão também ficaria a cargo do Estado<sup>163</sup>.

O direito internacional de coexistência, portanto, representa uma base normativa essencial para a consolidação do modelo estatal como sistema de organização política, pois sua diferenciação se fundamenta na noção de soberania dos Estados frente a qualquer outra entidade que se lhe oponha a força. Da noção de soberania, emerge a vontade soberana, que serve de base para a construção de toda a estrutura normativa do sistema de direito internacional clássico e habilita os Estados a estabelecerem relações estáveis entre eles. Para completar, o direito internacional lastreado na vontade soberana legitima a dominação dos povos pela colonização das comunidades não estatais, sob o argumento do mais alto grau de civilidade dos membros da comunidade internacional, argumento que vem desde Hugo Grócio. Esta mudança na semântica do domínio territorial foi essencial para o imperialismo do século XIX, quando o direito internacional se consolida. A transição do Estado absoluto para o Estado de Direito ocorrerá como consequência da estabilidade proporcionada por este cenário.

### **1.6.1 A Consolidação do Direito Internacional de Coexistência no Século XIX**

Após as invasões napoleônicas no início do Século XIX, o modelo vestefaliano do direito internacional acusou esgotamento. O avanço do exército francês contra as monarquias absolutistas europeias deixou claro que as premissas estabelecidas no século XVII para as relações internacionais não seriam suficientes para evitar novos confrontos generalizados entre os Estados. Os Estados reunidos no Congresso de Viena, de 1815, que determinou a queda de Napoleão Bonaparte, decidiram sobre as novas bases que

---

<sup>162</sup> KOSKENNIEMI, Martti. **From Apology to Utopia: the structure of international legal argument**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 112.

<sup>163</sup> VATTEL, Op. Cit., p. 113.

fundamentariam a ordem internacional com o objetivo de restaurar o equilíbrio e o convívio pacífico entre as nações soberanas.

O período entre o final do século XVIII e o início do século XIX é também um momento de expansão da comunidade internacional, em razão da descolonização das Américas e do reconhecimento de novos sujeitos integrantes das relações internacionais. A ampliação subjetiva da comunidade internacional torna o ambiente societal mais complexo, sujeito aos influxos e demandas dos sistemas sociais parciais diferenciados. A resposta a este incremento na complexidade vem na forma de positividade das normas gerais do sistema do direito internacional, antes costumeiras. O direito internacional consolida-se a partir de doutrinas fundamentais que surgem em decorrência das reflexões resultantes do início da positividade das normas gerais internacionais em tratados.

O direito internacional que se forma a partir do século XIX decorre da crise de legitimidade do absolutismo, afetando, conseqüentemente, o princípio dinástico que prevaleceu no modelo vestefaliano. Após as invasões napoleônicas, um processo incipiente de cooperação entre as monarquias restauradas deu origem à reorganização da ordem internacional, em um movimento que ficou conhecido como Concerto Europeu. No cenário que se configurou a partir do Congresso de Viena, de 1815, as potências vencedoras da guerra contra Napoleão Bonaparte, com a incorporação da própria França, procuraram estabelecer uma nova ordem com sua legitimidade baseada no consenso e orientada por princípios como a não intervenção e a autodeterminação dos povos, que tinham o objetivo de evitar que novas revoluções no âmbito doméstico tivessem um alcance internacional e viessem a desestabilizar as relações internacionais.

Na ordem criada a partir do consenso, a paz poderia ser mantida pela acomodação dos interesses, o que naturalmente resultaria em uma ordem hierarquizada, com vantagem para as grandes potências, em que os participantes estariam parcialmente satisfeitos e parcialmente insatisfeitos, conforme cada situação. Os Estados com menor força teriam proteção na medida em que fosse necessário garantir o equilíbrio do sistema, limitando a voracidade das grandes potências na imposição dos seus interesses. Neste cenário, John Jay afirmava que as causas justas da guerra normalmente decorriam de violações de tratados ou da violência direta. Nos primeiros anos da independência norteamericana, Jay se vangloriava de os Estados Unidos da América ter firmado tratados com “nada menos que seis nações

estrangeiras”. Assim, afirmava que era “de grande importância para a paz da América que ela observe as leis das nações em relação a todas essas potências”<sup>164</sup>.

Assim, a positivação do direito internacional representa o início do multilateralismo, mesmo que fosse reconhecido o desequilíbrio de forças na comunidade internacional da época, mas foi uma consequência natural da expansão da forma de organização estatal na evolução da sociedade mundial.

#### 1.6.1.1 A Positivação do Direito Internacional.

O direito internacional do século XIX se desenvolveu sob influência do pensamento juspositivista<sup>165</sup>. O sucesso da codificação civil francesa promoveu um grande impacto na maneira como os Estados passaram a estabelecer normas gerais de convivência no ambiente internacional. De acordo com Koskenniemi, no decorrer do século XIX, os tratados internacionais deixaram de se limitar a acordos bilaterais de aliança política ou com fins comerciais para se transformar em instrumentos normativos resultantes de conferências multilaterais, que refletiam a expansão subjetiva da comunidade internacional.<sup>166</sup>

O processo de positivação do direito internacional resulta em grandes mudanças na matéria. A transformação de costumes gerais em normas escritas é uma tarefa de grande esforço teórico e enseja muitas abstrações e debates sobre o conteúdo das normas. Uma norma consuetudinária só é discutida quando há um litígio, seja pelo seu descumprimento por uma das partes envolvidas em uma relação jurídica por ela regulada, seja pelo desentendimento entre as partes em questão quanto ao seu conteúdo. Logo, no mais das vezes, o conteúdo dos costumes permanece omissivo, diluído na conduta habitual dos sujeitos.

<sup>164</sup> MADISON, James; HAMILTON, Alexander; e JAY, John. **Os artigos federalistas**: 1787-1788. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993, p. 102.

<sup>165</sup> Para Nys, “Jeremy Bentham was unquestionably the first theorist who affirmed the convenience and utility which would result from the publication of the law of nations in the form of rules; in other words, the benefit which would result from the substitution of international custom by a written international law” (NYS, Ernest. “The Codification of International Law”. **American Journal of International Law**, Vol. 5, n. 4, 1911, pp. 871-900, p. 876). Mills afirma que desde o pensamento de Grócio já se poderia encontrar as bases que levariam à positivação do direito internacional: “For positivists, a new set of rules was necessary to describe the behaviour of States, because States were not part of the ‘natural order’ but an artificial creation of human society. The leading figure in making this distinction, and one of the leading figures in the history of international law, was Grotius, writing in the aftermath of the still troubled unification of the Netherlands in 1579 and in the middle of the Thirty Years War which dominated the early 17th century” (MILLS, Alex. “The Private History of International Law” in **International and Comparative Law Quarterly**, Vol. 55, n. 1, pp. 1-49, 2006, p. 18). Neste mesmo sentido, ver LUHMANN, Op. Cit., 1996, p. 10, para quem “a positividade é a única possibilidade de o direito fundar a sua unidade por si mesmo. O que, de toda sorte, ainda que não se tenha compreendido de imediato, é legível nos argumentos mediante os quais se afirma a unidade do direito nos séculos XVI e XVII”.

<sup>166</sup> KOSKENNIEMI, Martti. “International Legislation Today: limits and possibilities”, in **Winsconsin International Law Journal**, Vol. 23, n. 1, p. 66-67

Para transformar os costumes em tratados internacionais, os Estados tiveram que se dispor a discutir com seus pares todo o conteúdo das normas costumeiras relativas a um determinado assunto. Este processo revela as discordâncias que ficavam subjacentes no comportamento comum, mas que não resultavam em litígios, e também exige uma profunda reflexão sobre os elementos principais dos preceitos que irão integrar as previsões genéricas, abstratas e hipotéticas das normas escritas.<sup>167</sup> A forma escrita aprimora o processo comunicativo e potencializa a aprendizagem dos elementos do sistema do direito internacional, o que contribui para o seu fortalecimento na comunidade dos Estados.

É justamente em razão deste amadurecimento teórico e prático da positivação do direito internacional que ele surge como ramo autônomo do Direito, passando a ser ministrado como disciplina nas faculdades e ensejando o surgimento de doutrinas jurídicas que buscavam explicar seus fundamentos. Koskenniemi afirma que, no século XIX, o direito internacional se tornou uma ciência, lecionada separadamente tanto da filosofia quanto do direito civil<sup>168</sup>.

O início do multilateralismo, portanto, é marcado essencialmente pela criação de normas gerais positivas, por meio de convenções internacionais, com o objetivo de dar mais segurança jurídica às relações internacionais. Torna-se comum nos tratados a presença de uma seção preliminar “glossarial”, explicativa de conceitos fundamentais, da metodologia utilizada e das delimitações de escopo. A positivação das normas internacionais em tratados multilaterais proporcionou um avanço na comunicação que tem como consequências a aceleração das operações intrassistêmicas do direito internacional e, com isso, sua evolução.

O fato de emergirem convenções multilaterais, no entanto, não trouxe grandes mudanças na estrutura das relações jurídicas internacionais como iniciado em Vestefália. A lógica da reciprocidade permaneceu paradoxalmente presente. Assim, apesar de a norma ser multilateral, uma parte só poderia alegar o seu descumprimento quando fosse diretamente atingida por ele. Ou seja, tratando-se de normas de abstenção, em caso de uma conduta comissiva contrária aos ditames da coexistência, somente aquele ou aqueles Estados que

---

<sup>167</sup> De acordo com Nys, David Dudley Field chegou a apresentar um projeto de positivação do ordenamento internacional geral, em uma codificação de 1008 artigos. No original: “In 1866, at the meeting of the British Association for the Promotion of Social Science, the eminent American jurist, David Dudley Field, had proposed the appointment of a committee to prepare the outlines of an international code, with the view of having a complete code formed and then presented to the attention of the governments in the hope of it receiving, at some time, their sanction. A committee was appointed and Field was one of the members, but he resolved to present his own view by essaying a draft of the whole work, and, in 1872, he published at New York the Draft Outlines of an International Code, comprehending 1,008 articles” (NYS, Op. Cit., p. 886).

<sup>168</sup> KOSKENNIEMI, Op. Cit., 2005, p. 122.

tivessem sofrido diretamente as consequências do descumprimento da norma poderiam reclamar os prejuízos.

O desenvolvimento de acordos multilaterais teve êxito principalmente na criação de um padrão internacional genuíno para solução de conflitos e negociação de interesses na manutenção do equilíbrio de forças na comunidade internacional. O desenvolvimento de mecanismos jurisdicionais de aplicação do direito internacional para a solução de conflitos representa um importante avanço nas possibilidades de uma descrição das operações recursivas que determinam o conteúdo interno do sistema jurídico internacional, o que proporcionou um incremento na segurança jurídica das relações internacionais que começavam a se intensificar. Isto permitiu a contensão das tensões políticas e econômicas entre as potências europeias no decorrer do século XIX, apesar das grandes transformações sociais decorrentes das revoluções burguesas e da revolução industrial, bem como do crescimento da ideologia marxista nas classes proletárias, situações que iriam culminar em revoluções e guerras no século seguinte.

A arbitragem internacional, que havia perdido espaço durante o absolutismo, voltou a figurar como principal meio de solução de conflitos pela via jurisdicional no século XIX, o que indica o desenvolvimento da comunidade de Estados com um perfil semelhante ao das relações privadas, com fundamento no paradigma da vontade soberana. Por outro lado, a partir do primeiro ciclo de independência de colônias ocorrido nas Américas, a ampliação do número de sujeitos participantes da comunidade internacional iria demandar por mais organização, o que acabaria por limitar progressivamente o voluntarismo em benefício da funcionalidade.

Apesar da expansão subjetiva da comunidade internacional, o direito internacional do século XIX permanece com déficit de legitimidade por ser essencialmente eurocentrista e hegemônico<sup>169</sup>. De acordo com Roelofsen, à medida que o sistema europeu ganhava dimensões globais, o direito internacional passou a ser invocado na prática colonial e semicolonial das potências europeias. Muitas arbitragens, por exemplo, foram impostas contra Estados árabes e africanos e a informação sobre os termos da disputa era sempre duvidosa e

---

<sup>169</sup> O caráter hegemônico do direito internacional oitocentista pode ser confirmado pelos acordos resultantes do Congresso de Viena, de 1815, que tinham por objetivo, principalmente garantir um equilíbrio de poderes entre as potências europeias que haviam derrotado Napoleão Bonaparte. Temas como a autodeterminação dos povos e a não intervenção se juntaram ao combate à escravidão, ao estabelecimento de princípios de liberdade de navegação nos rios internacionais e à classificação dos agentes diplomáticos com o objetivo de estabilizar as relações entre os reinos absolutistas que pretendiam manter ou recuperar o domínio imperial que detinham antes das invasões napoleônicas. Sobre o tema, cf. MAZZUOLI, Valério. **Curso de Direito Internacional Público**. 8ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: RT, 2014, p. 67, e ACCIOLY, Hildebrando et al. **Manual de Direito Internacional Público**. 22ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 98-99.



obscura<sup>170</sup>. Os Estados que aceitavam se submeter ao sistema eram logo alçados à condição de membros da comunidade internacional, situação em que o Japão é um exemplo de Estado bem sucedido<sup>171</sup>.

No entanto, começaram a se fortalecer conceitos como a universalidade do direito, a jurisdicionalização da ordem jurídica e a legalidade internacional como limites ao exercício da soberania. Já no final do século, os liberais europeus passaram a defender uma reforma do direito internacional condizente com as mudanças ocorridas nas sociedades nacionais europeias, com a democracia e o liberalismo, bem como a modernidade econômica e política.<sup>172</sup> O aumento do número de Estados na comunidade internacional ampliou a pressão por uma estrutura do sistema de direito internacional mais participativa.

#### 1.6.1.2 A Expansão da Comunidade Internacional como Ambiente Relacional dos Estados Soberanos.

Em termos societais, o século XIX representa uma importante “virada global”, com a emergência de conceitos mundializados, como o de literatura mundial, visão de mundo e de sociedade mundial. De acordo com Stichweh, havia uma consciência de que os sistemas mundiais de comunicação se estabeleciam em torno de campos sociais como o comércio, o tráfego, as artes e a ciência. Na noção particular de tráfego, estão incluídas a de circulação e transporte, de alcance da mídia de comunicação e da densidade dos eventos comunicativos<sup>173</sup>. Neste contexto, consolidou-se, ao final do século, a ideia de política mundial, para refletir o jogo de poder entre as potências mundiais, os “impérios coloniais”, conforme apontado por Eric Hobsbawn<sup>174</sup>.

No panorama histórico, o século XIX é caracterizado pela primeira expansão subjetiva da comunidade internacional. A adesão de novos participantes decorre da independência dos Estados americanos, mas também do reconhecimento de Estados fora da Europa. Vec, entretanto, afirma que, neste período, a Europa não era somente o centro

<sup>170</sup> ROELOFSEN, Cornelius G. “International Arbitrations and Courts” em FASSBENDER, Bardo e PETERS, Anne. **The Oxford Handbook of History of International Law**. Oxford :OUP, 2012, p. 164.

<sup>171</sup> AKASHI, Kinji. “Japan-Europe” em FASSBENDER, Bardo e PETERS, Anne. **The Oxford Handbook of History of International Law**. Oxford: OUP, 2012, p. 731.

<sup>172</sup> KOSKENNIEMI, Martti. “International Legislation Today: limits and possibilities”, in **Winsconsin International Law Journal**, Vol. 23, n. 1, p. 66-67.

<sup>173</sup> STICHWEH, Rudolf. **A Sociedade Mundial**, Trad. Marcelo Fetz, in [https://blogdosociofilo.com/2017/07/24/a-sociedade-mundial-por-rudolf-stichweh/#\\_ftn1](https://blogdosociofilo.com/2017/07/24/a-sociedade-mundial-por-rudolf-stichweh/#_ftn1), acessado em 12.06.2018

<sup>174</sup> HOBBSAWN, Eric. **A Era dos Impérios: 1875-1914**. São Paulo: Paz e Terra, 2012.

geográfico da ordem jurídica, mas o modelo de organização estatal europeu é que definia os participantes da comunidade internacional<sup>175</sup>.

Antonio Cassese explica que no século XIX inicia-se o processo de formação da comunidade mundial, envolvendo Estados pertencentes a diversas áreas geográficas, diferentes culturas e religiões. Além das relações entre Estados europeus, foram assinados tratados com alguns Estados de fora da Europa, como Índia, Pérsia, China, Japão, Burma e Sião, bem como Estados africanos, como Etiópia e Libéria, e Estados latino-americanos, que se tornaram independentes entre 1811 e 1822<sup>176</sup>.

Alguns Estados europeus só passaram a integrar a comunidade internacional no decorrer do século XIX. Em 1867, a União Aduaneira se transformou em Federação Alemã do Norte, dissolvendo a Confederação Germânica, formando-se em Império Alemão em 1871. Já a Itália passou a integrar o grupo de grandes potências como Estado unificado em 1867. Em 1878, no Congresso das Grandes Potências e Turquia, ocorrido em Berlim, foram reconhecidas como Estados independentes Romênia, Sérvia e Montenegro<sup>177</sup>.

A partir da sua independência, os Estados Unidos da América logo passaram a integrar o rol de membros da comunidade internacional, com o apoio da França. Os Estados latino-americanos, no entanto, ocuparam um segundo plano, embora não tivessem dificuldades para obter o reconhecimento internacional de suas soberanias, com o apoio da França e do Reino Unido, que visavam enfraquecer política e economicamente Espanha e Portugal. As comunidades indígenas, tribos e outras formas nômades de organização social não foram admitidas na comunidade internacional.

Estados como a Rússia e o Império Otomano, apesar da proximidade geográfica com a Europa, só passaram a fazer parte da comunidade internacional no século XIX. No caso do Império Otomano, foi necessário mudar o critério de inclusão no Tratado de Paris de 1856 de “Estados europeus” para “Estados civilizados” para permitir a sua participação<sup>178</sup>. Outros Estados asiáticos, como China, Japão, Sião e Pérsia, foram reconhecidos como membros legítimos da comunidade internacional no decorrer deste século.

A participação dos Estados africanos na comunidade internacional precisa ser compreendida a partir da divisão entre os Estados do norte da África dos Estados do centro e do sul do continente. Os Estados do Norte da África, pela proximidade geográfica com a

---

<sup>175</sup> VEC, Miloš. “From the Congress of Vienna to the Paris Peace Treaties of 1919” in FASSBENDER, Bardo e PETERS, Anne. **The Oxford Handbook of the History of International Law**. Oxford: OUP, 2012, p. 657.

<sup>176</sup> CASSESE, Antonio. **International Law**. Oxford : OUP, 2004, p. 22.

<sup>177</sup> MONROY CABRA, Marco Gerardo. **Derecho Internacional Público**. 6ª ed. Bogotá: Temis, 2011, p. 66-67.

<sup>178</sup> VEC, Op. Cit., p. 658.

Europa, desenvolveram uma participação na comunidade internacional desde as suas origens. Apesar de Alberico Gentili recusar a reconhecer o *status* de Estado aos povos do norte africano em razão da prática de pirataria, Cornelius van Bynkershoek não os considerava como piratas e os via como Estados organizados na sua clássica obra *Quaestionum juris publici libri duo*, de 1773<sup>179</sup>. Os demais povos africanos, situados abaixo do Saara, permaneceram colonizados pelo imperialismo europeu e somente passaram a integrar a comunidade internacional no século XX<sup>180</sup>.

Na segunda metade do século XIX começaram a ser criadas as primeiras organizações internacionais especializadas, como a União Telegráfica Universal, em 1865, e a União Postal Geral, em 1874. Antes disso, em 1856, no Tratado de Paris, os Estados já haviam criado a Comissão Internacional do Danúbio, que já trazia traços de uma cooperação internacional<sup>181</sup>. Pode-se afirmar, com isso, que o surgimento destas entidades deu início a uma institucionalização incipiente da comunidade internacional, que iria acelerar significativamente na segunda metade do século XX.

Apesar da ampliação subjetiva da ordem internacional, as normas jurídicas do século XIX permaneceram essencialmente discriminatórias em relação aos povos que não a integravam. O uso de conceitos como “povos bárbaros” ou “comunidades não-civilizadas” para se referir aos “outros” significa que estes não seriam tratados com base nas relações de reciprocidade ou de igualdade que caracterizavam a ordem jurídica internacional que se consolidava. Um exemplo disso é o Tratado de Berlim, em 1890, que dividiu os territórios do continente africano entre as potências europeias, desconsiderando totalmente o ambiente societal multiétnico dos povos.

No início do século XX, o direito internacional seguiu evoluindo no mesmo sentido do século XIX, com a positivação de normas gerais, como as Conferências da Paz ocorridas na Haia, em 1899 e 1907, e as Conferências Panamericanas<sup>182</sup>, que culminaram na

<sup>179</sup> SAHLI, Fatiha e EL OUAZZANI, Abdelmalek. “Africa North of Sahara and Arab Countries”, in FASSBENDER, Bardo e PETERS, Anne. **The Oxford Handbook of the History of International Law**. Oxford: OUP, 2012, p. 388.

<sup>180</sup> Para uma leitura crítica da perspectiva eurocêntrica da sociedade internacional, ver ONUMA, Yasuaki. **A Transcivilization Perspective on International Law**, *Recueil des Cours*, Cambridge: CUP, 2017.

<sup>181</sup> MONROY CABRA, Op. Cit., p. 67.

<sup>182</sup> As Conferências Panamericanas, também chamadas de Conferências Internacionais Americanas, aconteceram entre 1889 e 1890, envolvendo inicialmente dezenove Estados na primeira e, nona e última, já com vinte e uma Repúblicas. As Conferências foram realizadas em Washington (1889-1890); México (1901-1902); Rio de Janeiro (1906); Buenos Aires (1910); Santiago (1923); Havana (1928); Montevideu (1933); Lima (1938); e Bogotá (1948), quando se deu a assinatura da Carta da OEA. No processo de positivação do direito internacional, na Sexta Conferência, em Havana, foram assinadas as seguintes convenções: 1) Convenção sobre condição dos estrangeiros; 2) Convenção sobre tratados; 3) Convenção sobre funcionários diplomáticos; 4) Convenção sobre agentes consulares; 5) Convenção sobre asilo; 6) Convenção sobre deveres e direitos dos

criação da Organização dos Estados Americanos (OEA). Margaret MacMillan conta que “a evolução do conhecimento durante o século XIX em tantos campos, da geologia à política, assegurara, como era amplamente reconhecido, muito mais racionalidade nas relações humanas”. A sociedade mundial estava formada, com a diferenciação dos sistemas funcionais desterritorializados em andamento, o que alimentava uma crença no progresso da humanidade<sup>183</sup>.

Na política internacional, no entanto, o Concerto Europeu iniciado no Congresso de Viena, em 1815, dava sinais de esgotamento no início do século XX, provocado pelo movimento das nacionalidades<sup>184</sup>, que estabeleceu um novo princípio de legitimidade, dando origem aos novos Estados europeus (Alemanha e Itália). A formação de blocos como resultado da cristalização de alianças, que deixaram de ser ocasionais, impediu a acomodação de interesses por meio da diplomacia, como havia ocorrido nas primeiras décadas após queda de Napoleão. Este cenário de crise latente nas relações internacionais levou à Primeira Guerra Mundial, o que causou uma interrupção no desenvolvimento do direito internacional e proporcionou importantes mudanças na ordem internacional<sup>185</sup>.

O período entreguerras é caracterizado por dois movimentos: um de fortalecimento do idealismo, puxado pela política externa do presidente norte-americano T. Woodrow Wilson, e o outro de crise do sistema capitalista liberal, provocado pela Revolução Russa, de 1917, e pela quebra da Bolsa de Valores de Nova Iorque, em 1929. De acordo com Shiguenoli Miyamoto, o auge do idealismo nas relações internacionais se apresenta na concepção universalista de Wilson, que resultou na criação da Liga das Nações e da Corte Permanente de Justiça Internacional. Acreditava-se que a racionalidade e a moralidade

---

Estados, nos casos de lutas civis, promulgadas no Brasil pelo Decreto n. 5.647, de 8 de Janeiro de 1929. Na sétima Conferência, ocorrida em Montevideu, foram assinadas as Convenções sobre direitos e deveres dos Estados e sobre Asilo político, promulgadas no Brasil pelo Decreto n. 1.570, de 13 de abril de 1937.

<sup>183</sup> MACMILLAN, Margaret. **A Primeira Guerra Mundial**. Trad. Gleuber Vieira. São Paulo : Globo Livros, 2014, p. 17.

<sup>184</sup> RÉMOND, René. “O movimento das nacionalidades” em **O Século XIX**. São Paulo : Cultrix, 1993. pp. 149-163, para quem “na origem desse movimento das nacionalidades, confluem a reflexão, a força dos sentimentos e o papel dos interesses. Política e economia interferem estreitamente, e é justamente essa interação que constitui a força de atração da idéia nacional pois, dirigindo-se ao homem em sua integridade, ela pode mobilizar todas as suas faculdades ao serviço de uma grande obra a ser realizada, de um projeto capaz de despertar energias e de inflamar os espíritos”. E complementa: “No final do século XIX, nota-se o aparecimento de rivalidades étnicas mais sutis. Nacionalidades do mesmo ramo étnico descobrem suas afinidades, tomam consciência da solidariedade que as ligam e esboçam reagrupamentos em função dessas afinidades. É o caso, dentro da dupla monarquia austro-húngara, primeiro, da coalizão dos eslavos do Sul, depois, da coalizão entre os eslavos do Sul e os do Norte e, enfim, a aproximação entre todas as nacionalidades eslavas da Europa e o grande irmão russo. Contra o pan-eslavismo, esboça-se um bloco austroalemão, que sonha em tornar realidade o programa do pangermanismo. O confronto entre o pan-eslavismo e o pangermanismo é um dos componentes do conflito mundial e carrega em si o germe da ruína das estruturas históricas, dos edifícios dinásticos do império dos Habsburgos. O movimento das nacionalidades triunfará, em 1918-1920, sobre o direito histórico”.

<sup>185</sup> LAFER, Op. Cit., 1976, p. 93.

inerentes ao homem iriam se afirmar nas relações internacionais<sup>186</sup>. O Pacto da Liga das Nações foi uma tentativa de constitucionalizar a ordem internacional, por meio da criação de uma organização com aspirações universais com a pretensão de regular as relações internacionais de acordo com certos princípios fundamentais<sup>187</sup>.

A Liga, no entanto, não alcançou seus principais objetivos, em parte pela excessiva abstração da Carta, em parte pela falta de cooperação dos Estados membros, sendo incapaz de conter a escalada de violência que daria início à Segunda Grande Guerra. Cassese aponta que a falta de cooperação e o fato de a Liga ter se tornado gradativamente um instrumento a serviço dos interesses da Grã-Bretanha e da França, além das diferenças institucionais inerentes, foram causa do seu fracasso<sup>188</sup>. Lafer acrescenta que a efetividade dos princípios da Liga das Nações entrou dificuldades políticas e econômicas.

Politicamente, porque tais princípios não foram resultado do esforço conjunto das grandes potências da época: os Estados Unidos não participaram; e o Japão, a Itália e a Alemanha consideravam a ordem criada insatisfatória e questionavam a legitimidade dos princípios propostos pelos vencedores da Primeira Guerra Mundial<sup>189</sup>. A Revolução Russa representou uma rejeição parcial do direito internacional, já que a União Soviética declarou que as normas e instituições da comunidade internacional seriam “burguesas” e “capitalistas” e, portanto, contrárias aos interesses socialistas. Consequentemente, muitos acordos foram denunciados<sup>190</sup>. A União Soviética somente ingressaria na Liga das Nações em 1934, pois via com suspeita a ordem jurídica estabelecida em Versalhes, em 1919.

Cassese aponta, contudo, que o governo soviético não rejeitou o direito internacional como um todo, pois, se o fizesse, tornar-se-ia um excluído da comunidade internacional. “Ninguém pode ser membro de um grupo social e, ao mesmo tempo, descumprir todas as suas regras”. Ele admite, contudo, que não é necessário cumprir todas as regras, mas “pelo menos algumas delas, ou as relações internacionais se tornariam impossíveis, com o grupo como um todo excluindo o membro recalcitrante pela sua condenação ao completo isolamento”<sup>191</sup>. E a segunda metade do século XX mostrou que a União Soviética teve uma importante atuação na comunidade internacional, figurando, inclusive, como membro permanente do Conselho de Segurança das Nações Unidas.

---

<sup>186</sup> BEDIN, Gilmar Antônio; OLIVEIRA, Odete Maria de; SANTOS JÚNIOR, Raimundo Batista dos e MIYAMOTO, Shiguenoli. **Paradigmas das Relações Internacionais**. 3ª ed. rev. Ijuí : Unijuí, 2011, p. 37-42.

<sup>187</sup> LAFER, Op. Cit., 1976, p. 93.

<sup>188</sup> CASSESE, Op. Cit., 2004, p. 33.

<sup>189</sup> LAFER, Op. Cit., 1976, p. 93.

<sup>190</sup> CASSESE, Op. Cit., 2004, p. 32.

<sup>191</sup> CASSESE, Op. Cit., 2004, p. 32.

Economicamente, a efetividade da Liga das Nações foi comprometida porque, reduzida a uma entidade anglo-francesa, não tinha recursos para adotar ações eficazes para garantir a estabilidade política, em razão do desaparecimento do padrão-ouro e da falta de mecanismos de cooperação internacional, o que gerou políticas econômicas nacionalistas de protecionismo e autarquias<sup>192</sup>.

Além da criação da Liga das Nações, pelo Tratado de Versalhes, de 1919, foram também criadas a Corte Permanente de Justiça Internacional, cujo Estatuto, assinado em 1920, se tornaria, com pequenos ajustes, anexo da Carta das Nações Unidas, com a incorporação da Corte à estrutura da Organização, e a Academia de Direito Internacional, na Haia, que começou a funcionar em 1923. No âmbito da cooperação internacional, vale lembrar o surgimento da Organização Internacional do Trabalho, cujo ato constitutivo foi aprovado como parte do Tratado de Versalhes.

Portanto, é possível observar que as transformações sofridas pela ordem internacional no século XIX refletem o avanço da forma de organização estatal da sociedade, o que teve como implicações a aceleração das interações comunicativas no âmbito societal da comunidade internacional. Neste sentido, as operações do sistema de direito internacional passam a ter uma importância cada vez maior nas decisões políticas tomadas pelos Estados, que são observadas naquele sistema como condutas que devem corresponder às expectativas de seu programa normativo. Em contrapartida, consolidam-se os direitos subjetivos dos Estados na comunidade internacional, que aparecem como vantagens comunicativas na sociedade mundial.

### **1.6.2 O Direito Internacional de Coexistência e a Consolidação dos Estados Modernos**

O conjunto normativo internacional desenvolvido pelos Estados desde a transição da Idade Média para a Idade Moderna contribuiu de maneira decisiva para que o modelo de organização política estatal prevalecesse no confronto com as outras formas de organização política. Neste sentido, as premissas de coexistência pacífica que embasava a relação entre eles se configuravam como um fator determinante para que os Estados defendessem uns aos outros contra as investidas de atores externos à comunidade internacional, ainda que nas relações entre eles nem sempre a paz imperasse. O fortalecimento da figura do Estado como entidade distinta do governante ao final do absolutismo mantém a

---

<sup>192</sup> LAFER, Op. Cit., 1976, p. 93-94.

lógica da reciprocidade nas relações internacionais, mas não impede uma compreensão de que a soberania é um poder que presume a inserção do Estado em um ambiente relacional que lhe garanta a independência necessária para seu exercício.

A doutrina de Hans Kelsen explica, em um viés positivista, como o direito internacional de coexistência serviu como fundamento para a manutenção da centralidade do Estado no contexto da sociedade mundial. Até a Segunda Guerra Mundial, a evolução do direito interno dos Estados se deu sob a crença do fechamento sistêmico nas constituições, o que foi determinante para o desenvolvimento das teorias normativistas de auto-observação do sistema jurídico doméstico que ignoram a sociedade mundial como ambiente onde o Estado já estava inserido desde as suas origens. Neste sentido, o esteticismo descritivo de Kelsen se propõe a ir além dos limites territoriais, ao admitir que o fechamento da ordem jurídica interna não pode prescindir da ordem jurídica internacional.

Para Kelsen, o poder do Estado é o poder organizado pelo Direito positivo. O Estado é a “personificação de uma ordem jurídica”<sup>193</sup>. Por outro lado, a personalidade internacional do Estado significa apenas que o direito internacional geral impõe deveres e confere direitos aos Estados considerados como sujeitos desta ordem. É neste sentido que um delito que consista em uma violação do direito internacional pode ser imputado ao Estado<sup>194</sup>. Kelsen sustenta que é o direito internacional que determina e delimita as esferas territoriais de validade das várias ordens jurídicas nacionais. Esta delimitação tem caráter puramente normativo. Dentro do território de um Estado, seus órgãos estão autorizados pela ordem internacional a executar a ordem jurídica nacional. A ordem jurídica internacional determina como a validade das ordens jurídicas nacionais está restrita a certo espaço e quais as fronteiras desse espaço. A restrição se refere a atos coercitivos e aos procedimentos de tomada de decisão que conduzem a estes atos. O direito internacional delimitaria também a esfera temporal de validade da ordem jurídica nacional, pois define o início da existência do Estado, pelo reconhecimento; e o fim do domínio territorial de um espaço que se declarou independente por secessão, e teve a sua soberania internacionalmente reconhecida; e mesmo o fim da existência do Estado<sup>195</sup>. Portanto, as normas internacionais são pressupostas em relação a quaisquer efeitos que um Estado pretenda obter da manifestação de vontade soberana, devendo, por isso, adequar-se às suas normas.

---

<sup>193</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Trad. Luís Carlos Borges. 3ª ed. São Paulo Martins Fontes, 1998, p. 283

<sup>194</sup> KELSEN, Op. Cit., 1998, p. 287.

<sup>195</sup> KELSEN, Op. Cit., 1998, p. 318. Cf. CRAWFORD, James. **The Creation of States in International Law**. Oxford: Clarendon Press, 1979.

No que se refere ao aspecto jurídico material, Kelsen aduz que “é preciso considerar todo o direito positivo, a ordem jurídica internacional, assim como todas as ordens jurídicas nacionais, como um sistema jurídico internacional”<sup>196</sup>. Nesse sistema monista proposto por Kelsen, as normas internacionais gerais são as normas centrais, válidas para um território que compreende os territórios de todos os Estados efetivamente existentes, e o território em que os Estados podem potencialmente existir. As normas jurídicas dos Estados são normas locais desse sistema.

O direito internacional seria relevante para a esfera de validade material da ordem jurídica nacional, já que os tratados podem regular qualquer matéria. Com isso, o direito internacional limita a esfera de validade do direito nacional. Segundo Kelsen, “o fato de uma matéria ser regulamentada pelo direito internacional tem o efeito de que esta não pode ser regulamentada arbitrariamente pelo direito nacional”<sup>197</sup>. Assim, a competência material de um Estado, o seu poder de regulamentar qualquer matéria que deseje, seria limitada pelo direito internacional, mas ela seria limitada juridicamente apenas pelo direito internacional.

A delimitação normativa das esferas de existência dos Estados é o que torna possível a coexistência pacífica entre eles, como sujeitos da comunidade internacional. O direito internacional determina e delimita as esferas de validade territorial e pessoal do Estado em suas relações com os outros<sup>198</sup>. O direito internacional determina também a esfera de validade temporal da ordem jurídica nacional, i.e., o surgimento e a extinção do Estado.

Assim, as teorias voluntaristas, que afirmam que o fundamento do direito internacional estaria no consentimento dos Estados, mostram-se insuficientes para explicar a obrigatoriedade da norma internacional. De acordo com Kelsen, a teoria do fundamento voluntarista do direito internacional é uma ficção. “Os Estados são obrigados pelo direito internacional sem, e até mesmo contra, a sua vontade”<sup>199</sup>:

O Estado não entra voluntariamente para a comunidade jurídica internacional. Quando passa a ter existência jurídica, o Estado é sujeitado ao direito internacional preexistente. Não é o Estado que, por seu livre-arbítrio, concorda com certa restrição da sua liberdade, é o direito internacional geral que restringe a sua liberdade, concorde ele, ou não, com isso<sup>200</sup>.

---

<sup>196</sup> KELSEN, Op. Cit., 1998, p. 464.

<sup>197</sup> KELSEN, Op. Cit., 1998, p. 499. Este entendimento de Kelsen ficou conhecido como monismo nas relações entre o direito internacional e o direito interno dos Estados, em oposição à doutrina de Triepel e Anzilotti, do dualismo, que sustenta que direito internacional e direito interno são ordens jurídicas distintas, que não se comunicam.

<sup>198</sup> KELSEN, Op. Cit., 1998, p. 498.

<sup>199</sup> KELSEN, Op. Cit., 1998, p. 358.

<sup>200</sup> KELSEN, Op. Cit., 1998, p. 359.



Portanto, para Kelsen, o Estado não é “soberano” na ordem jurídica internacional. “Os Estados são iguais porque e na medida em que o direito internacional os trata assim”. Os Estados seriam órgãos da ordem internacional, ou da comunidade por eles constituída; eles têm a função de criação e execução da ordem. As normas internacionais podem ser divididas em dois grupos: a) normas referentes a matérias que só podem ser reguladas pelo direito internacional e não admitem regulamentação por direito nacional; b) normas referentes a matérias que também podem ser reguladas por direito nacional, e o são, na medida em que o direito internacional não as regulamente.

Esta opinião de Kelsen é extremada. Primeiro, porque o monismo que ele propõe não corresponde à realidade, já que os Estados não se sujeitam ao direito internacional convencional ordinário quando não lhe convém. Segundo, porque nem toda matéria pode ser objeto de uma norma internacional, e isso decorre mesmo de princípios do próprio direito internacional, como a autodeterminação dos povos, havendo uma reserva de poder aos Estados no sentido de tomarem decisões políticas fundamentais acerca de uma série de questões que não podem estar sujeitas ao âmbito de decisão internacional, como a forma de governo, o regime político, a política econômica etc. Terceiro, porque a fonte de validade das normas nacionais não é a mesma das normas internacionais, não podendo uma invalidar a outra, mas essa é uma questão que foge ao escopo desta tese.

Neste sentido, a doutrina dualista de Karl Heinrich Triepel postula que entre o direito internacional e o direito interno dos Estados a relação de justaposição é impossível, porque não estes sistemas não decorrem de fontes coordenadas em uma relação jurídica que possa ser estabelecida por terceira fonte, a eles superior<sup>201</sup>. Kelsen, por outro lado, considera impossível admitir simultaneamente o caráter obrigatório de duas ordens jurídicas diferentes e independentes aplicáveis aos mesmos fatos. O resultado de tal situação seria sempre a negação da validade de um dos sistemas normativos, já que a aplicação das normas de um tornaria o outro totalmente inaplicável por consequência<sup>202</sup>.

Triepel, entretanto, assente que existe uma presunção de que o direito interno é conforme às regras do direito internacional. Assim, uma superposição entre fontes jurídicas seria nas situações em que uma das fontes desse ordens à outra determinando a criação do direito. Neste sentido, uma fonte poderia ordenar a regulamentação de certa matéria ou proibir

---

<sup>201</sup> TRIEPEL, Karl Heinrich. **Les rapports entre le droit interne et le droit international**. Recueil des Cours. The Hague: ILA, 1923, p. 83

<sup>202</sup> KELSEN, Hans. **Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public**, *Recueil des Cours*, IV, t.14, The Hague: ILA, 1926, p. 270-276. No mesmo sentido, Kelsen afirma que “de todo excluída é a possibilidade de [as duas ordens] existirem lado a lado, mutuamente independentes sem estarem coordenadas por uma ordem superior” (KELSEN, Op. Cit., 1998, p. 531).

de legislar em outras, sem que a violação destes comandos implique na invalidade do direito exarado pela fonte receptora do comando<sup>203</sup>. Nestes termos, Triepel admite a superioridade do direito internacional sobre o direito interno, na medida em que as fontes internacionais criam direitos e deveres para os Estados, que podem se referir à criação de direito a partir das fontes internas.

Por conta disso, a fonte de direito interno seria, em muitas situações, obrigada, ou pelo menos autorizada, pelo direito internacional a criar, ou a não criar, direito. Para Triepel, é neste assunto que o direito internacional produz efeitos imediatos sobre os interesses da humanidade, recorrendo ao direito interno para desempenhar a sua tarefa<sup>204</sup>. Uma só regra de direito internacional pode produzir inúmeras ordens de direito interno com um só objetivo: tornar o direito internacional efetivo na vida dos particulares submetidos à soberania do Estado, considerado como organização máxima da sociedade política.

Pode-se notar, tanto na doutrina kelseniana, quanto no dualismo de Triepel, que o direito internacional de coexistência teve uma função no processo de consolidação dos Estados modernos como modelo de organização política prevalecente na sociedade mundial. Ao expandir para além das dimensões territoriais o sistema jurídico, os Estados criaram um canal de comunicação capaz de integrar as demandas que extrapolavam os limites impostos pela política localizada nos Estados, na formação de um âmbito externo de normatização que precisa ser considerado em conjunto com o direito interno. A teoria constitucional clássica normativista, no entanto, costuma ignorar a relação que o direito internacional estabelece com o direito doméstico, ficando centrada no fenômeno político interno dos Estados e na afirmação de uma legitimidade baseada na vontade geral fragmentada da sociedade territorializada.

Uma observação de segunda ordem, entretanto, permite perceber como toda essa construção dogmática em torno da relação entre o direito interno e o direito internacional reproduz a auto-observação que decorre da diferenciação o modelo estatal de organização da sociedade em relação a todas as outras formas de organização. Neste sentido, consolida-se a ideia de que o Estado representa um patamar mais elevado de civilidade<sup>205</sup> e que qualquer outra forma de organização da sociedade deve estar subjugada ao seu poder ou, se entrar em

---

<sup>203</sup> TRIEPEL, Karl Heinrich. **As Relações entre o Direito Interno e o Direito Internacional**. Trad. Amílcar de Castro. Belo Horizonte: UFMG, 1964, p. 45.

<sup>204</sup> TRIEPEL, Op. Cit., 1964, p. 49-51.

<sup>205</sup> Cf. GOZZI, Gustavo. “History of International Law and Western Civilization” em **International Community Law Review**, n. 9, 2007, pp. 353–373, p. 366-367.

conflito com ele, será considerada como ilícita. O Estado passou a ser visto como a expressão organizacional da sociedade por excelência.

A lógica determinada pelo sistema de direito internacional por meio do binômio inclusão/exclusão na comunidade internacional passou a legitimar todo tipo de ação e reação dos Estados contra pressões vindas do ambiente. Isso garantiu, no sentido da ação, a legitimidade do uso da força na exploração e na espoliação das colônias, e até mesmo do sistema escravocrata. No sentido da reação, ainda que, em muitos casos, como acontecia nas colônias, as investidas contra o poder dos Estados viessem de organizações mais frágeis, ou mesmo na forma de movimentos de protesto da sociedade, o uso da violência foi normalizado tanto do ponto de vista interno como externo. A legitimidade da opressão às contestações do poder do Estado passou a ser garantida discursivamente pelo uso de conceitos como soberania, ordem pública e não intervenção, que funcionam no acoplamento entre os sistemas de direito interno e internacional.

Por esta razão, as declarações de independência dos Estados americanos no final do século XVIII e no início do século XIX e o reconhecimento pelos demais Estados da comunidade internacional representaram uma mudança na programação do sistema de direito internacional com a inclusão do binômio reconhecimento/não reconhecimento que serviu como canal de comunicação, mesmo muito restrito, para que organizações e movimentos da sociedade se manifestassem nas colônias contra as metrópoles com o objetivo de romper a ordem e se diferenciarem na forma de novos Estados.

Portanto, como foi visto ao longo deste capítulo, a evolução da sociedade do final da Idade Média até o século XX resultou na superação da sociedade estamental que foi substituída por uma sociedade mundial, cuja complexidade motivou a diferenciação funcional dos sistemas sociais parciais. Ao mesmo tempo, consolidou-se a forma estatal de organização sociedade, o que permitiu a diferenciação funcional entre a política e o direito na formação do Estado de Direito e o acoplamento estrutural entre esses dois sistemas na Constituição. Em decorrência da territorialidade das operações sistêmicas nos Estados, no plano externo eles passaram a interagir comunicativamente, criando assim uma comunidade internacional que integra a sociedade mundial. Em razão das relações entre os Estados e da necessidade de coexistência entre eles, o sistema de direito internacional se formou e teve um papel relevante na prevalência do modelo de organização estatal frente a outras formas de estruturação societal e também na manutenção do seu poder contra as interferências, organizadas ou não, propagadas do ambiente.

Na segunda metade do século XX, o desenvolvimento acelerado da comunicação intensificou a atividade interativa dos sistemas sociais parciais na sociedade mundial. Como não poderia deixar de ser, o aumento dos canais de comunicação fez os Estados passarem a receber diversos influxos do ambiente e, na resposta destas demandas, passaram por muitas transformações e produziram novas programações e operações. Grande parte desses movimentos internos nos sistemas jurídicos dos Estados produziram novas decisões que reverberaram no sistema de direito internacional, que refletiu em sua estrutura essas mudanças, passando, a partir delas, ele próprio, a canalizar novas provocações voltadas para o sistema jurídico interno dos Estados. No capítulo seguinte serão analisadas as mudanças ocorridas no sistema de direito internacional após a Segunda Guerra Mundial e, no terceiro capítulo, o constitucionalismo é impactado pelas interações com a sociedade mundial.

## 2 O DIREITO INTERNACIONAL CONTEMPORÂNEO NA SOCIEDADE MUNDIAL

A acentuada mundialização dos sistemas tecnológico, econômico e social, resultantes da divisão mundial do trabalho, da transnacionalização das atividades empresariais e do progresso na área das comunicações, causou um impacto na redistribuição do poder na comunidade internacional. De um lado, a bipolarização de forças e ideologias durante a Guerra Fria fez as maiores potências restringirem o uso da força contra Estados mais fracos, por dois motivos: no plano normativo, em razão da proibição geral do uso da força pelo direito internacional, notadamente pela Carta das Nações Unidas, e, no plano político, pela presença de um concorrente ameaçador do outro lado da mesa do Conselho de Segurança. De outro lado, a maior percepção das relações de interdependência entre os Estados tornou possível que as medidas adotadas por um país, mesmo pequeno, seja no campo da exportação, seja no de investimentos, seja em matéria cambial, afetassem os demais. Disso resulta um crescimento e melhor distribuição do poder de negação, i.e., a capacidade que tem um Estado de resistir que outros atuem de uma maneira que esse Estado considere indesejável para os seus valores e interesses. O exercício do “poder de negação” tende a provocar uma diminuição do “poder positivo” de grandes potências sobre os Estados mais fracos, ou seja, na capacidade de obter dos outros um comportamento mais compatível com seus valores e interesses<sup>206</sup>.

Este conjunto de fatores transformou o sistema hierarquizado da ordem internacional estabelecida no Século XIX ao elevar o patamar de democratização das relações internacionais. Lafer aponta que, na década de 1970, a capacidade de organização conjunta de países africanos, asiáticos e latino-americanos permitiu-lhes deter o controle da Assembleia Geral das Nações Unidas, passando a adotar decisões majoritárias, que podem ser consideradas parte do processo de revisão normativa da ordem internacional. Lafer afirma ainda que o efeito inicial destas Resoluções da Assembleia Geral é meramente político, o que faz com que tenham um caráter mais formal que efetivo. Mas ressalta que um instrumento de *soft law* promove a cooperação, “harmonizando as políticas e os comportamentos dos Estados no contexto de uma organização internacional que é um mecanismo institucional permanente”.<sup>207</sup> Assim, como norma aceita por uma maioria, ela pode ser utilizada como meio de pressão em negociações difíceis com minorias, ainda que estejam envolvidos Estados

---

<sup>206</sup> LAFER, Op. Cit., 1976, p. 101. Ver também ORGANSKI, Abraham F. K. **World Politics**. 2<sup>nd</sup> Ed. Nova Iorque: Knopf, 1958, e KEOHANE, Robert O. **After Hegemony: Cooperation and Discord in the World Political Economy**. Princeton University Press: Princeton, 1984.

<sup>207</sup> LAFER, Op. Cit., 1976, p. 103.

mais fortes. Esta posição de força das maiorias compostas por Estados politicamente mais fracos torna necessário o recurso à negociação e pode impedir a imposição dos interesses de uns Estados sobre outros.

No direito internacional contemporâneo, além das relações de coexistência, ressaltam-se as premissas de cooperação em razão da interdependência. A aceleração da comunicação provocada pelo avanço tecnológico (com difusão do rádio e da televisão, por exemplo) teve como reflexo no sistema de direito internacional a sua expansão normativa, já que as operações dos sistemas sociais parciais no ambiente da sociedade mundial intensificaram e, em muitos casos, tiveram que ser reguladas para além dos limites da territorialidade dos sistemas jurídicos estatais.

Além disso, a comunidade internacional dos Estados se expandiu, não somente com a inclusão de novos Estados em razão da descolonização, mas também pela proliferação de organizações internacionais criadas com o intuito de aumentar o grau de sensibilidade da comunicação entre os Estados para a tomada de decisões consideradas de interesse coletivo. No entanto, essa expansão normativa e orgânica cria riscos de fragmentação no sistema de direito internacional, o que pode significar um perigo de colonização sistêmica pela política internacional, implicando em sua desdiferenciação.

## 2.1 O DIREITO INTERNACIONAL CONTEMPORÂNEO

Da mesma maneira que a insuficiência do constitucionalismo liberal exigiu que os Estados se reinserissem na sociedade na construção do Estado do Bem Estar Social no início do século XX, as frustrações resultantes de duas grandes guerras mundiais na primeira metade deste século impuseram mudanças na ordem internacional. À semelhança do que aconteceu no âmbito dos Estados, o influxo das demandas sociais do entorno elevou as pretensões do sistema jurídico, o que motivou transformações institucionais e normativas na comunidade internacional.

A expansão do direito internacional ocorrida a partir da segunda metade do Século XX caracteriza-se pela transformação da estrutura da norma internacional. Conforme observou Wolfgang Friedmann<sup>208</sup>, o sistema de direito internacional do pós-guerra evidencia a convivência entre relações de coexistência estabelecidas ao longo dos séculos anteriores e

---

<sup>208</sup> FRIEDMANN, Wolfgang. **Mudança da Estrutura do Direito Internacional**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1971, p. 51-52.

relações de cooperação entre os Estados soberanos. A expansão normativa internacional com fundamento nas relações de cooperação não significa a supressão ou a superação do paradigma da coexistência, que permanece presente no sistema de direito internacional<sup>209</sup>.

O direito internacional de cooperação impôs uma grande mudança na estrutura do sistema jurídico internacional, pois decorre da identificação de interesses comuns que estão à margem das diferentes ideologias que orientam os Estados na comunidade internacional. Demandas dos sistemas sociais parciais da sociedade mundial, como desenvolvimento econômico e social, preservação dos recursos naturais, evolução do comércio internacional, a não proliferação de armas de destruição em massa e, em certa medida, a proteção dos direitos humanos refletem, no sistema jurídico, o reconhecimento de uma comunhão de interesses capaz de reunir os Estados em tratados multilaterais. Diferentemente do que acontece no direito de coexistência, as normas internacionais de cooperação não são pautadas pelo princípio da reciprocidade e da abstenção, mas exigência de ações positivas conjuntas por parte dos Estados no sentido de se alcançar objetivos reconhecidamente comuns.

De acordo com Cançado Trindade<sup>210</sup>, o direito internacional da segunda metade do século XX passou por uma reconstrução, com atenção para a proteção dos direitos humanos, por força das graves ocorrências decorrentes dos conflitos armados da primeira parte do século. De acordo com o autor, um processo de democratização foi desencadeado pelo surgimento de novos Estados no decorrer do processo histórico de descolonização.

As novas dimensões do direito internacional são enxergadas por Friedmann em quatro perspectivas: uma extensão horizontal, com o acesso de grupos de Estados não ocidentais na “família jurídica de nações”; o impacto de princípios políticos, sociais e econômicos em torno da universalidade do direito internacional resultante desta expansão; a inclusão de novos sujeitos de direito internacional, como as organizações internacionais e, em menor medida, corporações privadas e indivíduos; e o crescimento do escopo de direito internacional público, com a inclusão de novas questões que antes estavam fora de sua esfera<sup>211</sup>.

---

<sup>209</sup> Friedmann aponta que “o sistema tradicional de direito internacional conserva não só sua validade como sua universalidade” (FRIEDMANN, Op. Cit., 1971, p. 52).

<sup>210</sup> TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. “Memorial por um novo *Jus Gentium*, o Direito Internacional da Humanidade”, em **Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional**, n. 119-124, V. 1, 2013, p. 9.

<sup>211</sup> FRIEDMANN, Wolfgang. “The Changing Dimensions of International Law” em **Columbia Law Review**, Vol. 62, No. 7 (Nov., 1962), pp. 1147-1165, p. 1150.

Pierre-Marie Dupuy<sup>212</sup> indica uma série de fenômenos que influenciaram na evolução da ordem jurídica internacional, como: a) o surgimento de diversos mecanismos de solução pacífica de conflitos e, principalmente, o desenvolvimento da jurisdição internacional por meio de tribunais e da arbitragem; b) a inter-relação dos modelos de coexistência e de cooperação na comunidade internacional; c) a proibição do uso da força na Carta das Nações Unidas e o reconhecimento dos *jus cogens*; d) o reconhecimento da pessoa humana como sujeito de direito internacional pela titularização de direitos e deveres na ordem internacional; e) a reivindicação de um direito ao desenvolvimento e dos direitos soberanos dos povos e a afirmação da existência de um direito imperativo consagrado em uma comunidade internacional; f) a transnacionalidade das relações econômicas e sociais; e g) o desequilíbrio nas condições militares, econômicas e políticas atualmente existente entre os Estados.

Percebe-se, assim, que há uma tripla dimensão na expansão da ordem internacional: uma expansão normativa, decorrente das relações de cooperação que passam a ladear as relações de coexistência; uma expansão subjetiva, com o surgimento de novos Estados e novos sujeitos, como as organizações internacionais, e o reconhecimento de novos atores participantes na sociedade mundial, como as empresas, as organizações não governamentais, as associações interacionais e até mesmo os indivíduos, conferindo ao ambiente das relações internacionais um traço universal antes inexistente; e uma expansão jurisdicional, com o estabelecimento de diferentes mecanismos formais de solução de conflitos, especialmente pela jurisdição das cortes internacionais e da arbitragem, que dão operatividade ao sistema jurídico internacional, mas que é considerada por muitos como um reflexo da fragmentação da ordem internacional.

## 2.2 A EXPANSÃO NORMATIVA DO DIREITO INTERNACIONAL COMO RESPOSTA ÀS DEMANDAS SOCIETAIS MUNDIAIS NO PÓS-GUERRA

A transformação do direito internacional após a Segunda Guerra Mundial foi tão intensa que, em 2006, a Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas se viu obrigada a promover um estudo sobre as dificuldades decorrentes da sua diversificação e

---

<sup>212</sup> DUPUY, Pierre-Marie. **L'Unité de l'Ordre Juridique International: cours général de droit international public**, Leiden/Boston : Martinus Nijhoff Publishers, 2003, p. 50-67.



expansão, que ficou conhecido como Relatório sobre a Fragmentação do Direito Internacional, cujo texto final ficou a cargo de Martti Koskenniemi<sup>213</sup>.

Como já foi observado, a expansão normativa do direito internacional acontece justamente em decorrência da sua diversificação. Os temas clássicos do direito internacional, lastreado nos fundamentos da doutrina voluntarista e no paradigma da coexistência, passam a conviver e a se reinterpretar a partir de novas questões que surgem a partir da identificação dos limites inerentes às relações baseadas na reciprocidade.

Phillip C. Jessup<sup>214</sup> preferiu chamar de Direito Transnacional o conjunto de normas que regulam atos ou fatos que transcendem as fronteiras dos Estados. Neste sentido, expõe os limites do direito fundamentado somente na manifestação soberana dos Estados e nos paradigmas voluntaristas, demonstrando que a interação entre os diversos atores da sociedade mundial demanda uma nova percepção das relações internacionais, ensejando uma nova forma de se pensar o direito. Na observação de Jessup, os processos de integração e desintegração do direito internacional com as ordens normativas dos sistemas sociais parciais promoveram profundas transformações no sistema jurídico, fazendo interagir o direito internacional público e o privado com o direito doméstico dos Estados, o que resulta em uma normatividade transnacional.

De acordo com Thornhill, o sistema político da sociedade mundial contemporânea se estende a diversos níveis societais e geográficos e encontra-se dividido entre funções ligadas a questões nacionais e funções voltadas para fenômenos posicionados também externamente, ou que cruzam as fronteiras, em relação à jurisdição nacional. Neste sentido, o sistema político mundial se refere a um complexo difuso de instituições e atores com competências para participar nos processos decisórios, que inclui as autoridades nacionais, mas as conecta em rede com organismos internacionais, supranacionais e transnacionais de tomada de decisões e de construção normativa. Thornhill aponta que entidades com poderes constituídos assumem na sociedade mundial responsabilidades relativas à criação primária de normas jurídicas e à legitimação de autoridades para o exercício de poder que, classicamente, somente poderiam ser praticados pelos atores constituintes<sup>215</sup>.

---

<sup>213</sup> Koskenniemi, Martti (coord.). **Fragmentation of International Law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law** (*Fragmentation Report*). International Law Commission. A/CN.4/L.682 (2006).

<sup>214</sup> JESSUP, Phillip C. **Direito Transnacional**. Rio de Janeiro : Editora Fundo de Cultura, 1966, p. 15-19.

<sup>215</sup> THORNHILL, Op. Cit., 2014, p. 365.

Friedmann, por sua vez, afirma que a difusão do sistema democrático por diversos Estados em todas as regiões do planeta garantiu a ampliação do interesse das populações sobre a conduta dos Estados nas relações internacionais, que não está mais consignada na vontade exclusiva de monarcas ou de pequenos grupos aristocráticos, mas passa a ser ligada aos processos constitucionais e políticos dos Estados. Neste sentido, “a relação entre o direito internacional e o direito nacional se torna, em todo estado moderno, um importante problema político e jurídico”<sup>216</sup>. Menezes aponta que as pessoas vivem sob uma norma que consideram como nacional, mas que na realidade foi “confeccionada e desenhada” no plano internacional. Assim, apesar de se materializar como norma de direito nacional, sua genética é internacional, mantendo com este plano uma “relação de cumplicidade”<sup>217</sup>.

Com efeito, as demandas das pessoas resultantes da evolução dos sistemas sociais parciais repercutem no comportamento dos Estados no plano externo. Na economia globalizada, potencializada pela comunicação em tempo real, principalmente depois da popularização da televisão, os mercados mundiais se fortaleceram e passaram a pressionar os Estados por melhores condições para o exercício de suas atividades. Outros sistemas, como a cultura, o esporte, a saúde, a educação e a ciência, por exemplo, também evoluíram com os influxos da globalização, influenciando a transformação do direito.

Diante deste quadro, surgiram também diversas organizações internacionais que representam a incorporação à ordem internacional das provocações dos sistemas parciais mundializados, o que reforça o sentido cooperativo. O direito internacional que se desenvolve a partir dos organismos especializados suscita o surgimento de regimes jurídicos diferenciados, refletindo o ambiente hipercomplexo da sociedade global em expansão.

A expansão se observa também em relação às matérias reguladas pelas normas internacionais, que indicam um alto grau de universalidade que exige uma comunhão de interesses para se chegar às regras que serão aplicadas em uma governança das questões globais. Em certos assuntos<sup>218</sup>, como a preservação do meio ambiente e o uso sustentável dos recursos naturais, as relações comerciais transfronteiriças, a proteção da dignidade humana, a persecução criminal organizada internacional, o controle no desenvolvimento de armas de destruição em massa, o desenvolvimento econômico e social dos povos, as comunicações e o

---

<sup>216</sup> FRIEDMANN, Op. Cit., 1971, p. 11

<sup>217</sup> MENEZES, Wagner. **Ordem Global e Transnormatividade**. Ijuí : Unijuí, 2005, p. 201.

<sup>218</sup> Friedmann aponta, contudo, que questões como os direitos trabalhistas nem sempre resultarão em normas universais, já que há uma diferença na forma como o assunto é compreendido pelos diferentes Estados pela presença de um forte componente ideológico e pelo impacto que necessariamente irá produzir no direito interno (Op. Cit., 1971, p. 14).

controle do fluxo de informações e os transportes, é interesse de todos os Estados o estabelecimento de regras jurídicas que promovam o alcance dos objetivos.

Esses novos campos de regulação passam a densificar o âmbito normativo da ordem internacional, resultando em um cada vez mais alto grau de especialização das regras adotadas. Os chamados regimes internacionais são definidos por Krasner como “como princípios, normas e regras implícitos ou explícitos e procedimentos de tomada de decisões de determinada área das relações internacionais em torno dos quais convergem as expectativas dos atores”<sup>219</sup>. A aplicação da teoria dos regimes ao direito internacional parte de uma “visão realista estruturalista convencional, ou seja, um mundo de estados soberanos buscando maximizar seus interesses e poderes”<sup>220</sup>. É, no entanto, inegável a progressiva especialização das normas jurídicas em certos campos do conhecimento, gerando a impressão de que eles poderiam assumir características (valores, procedimentos e estrutura) próprias, tornando-se capazes de se destacar do sistema de direito internacional como um sistema jurídico a parte, os chamados regimes autocontidos (*self-contained regimes*<sup>221</sup>).

A respeito dos regimes autocontidos, Abi-Saab afirma que um regime normativo especial permanece como parte da ordem jurídica geral, ainda que possa ser tratado como norma mais específica e prevaleça em relação às regras gerais na matéria específica que disciplina<sup>222</sup>. O autor afirma que não pode haver um regime totalmente autocontido na ordem jurídica, por mais autônomo e particular que ele seja. Um regime especial se mantém como parte da ordem jurídica internacional geral por subsistir uma relação entre eles, mesmo que tênue. A ruptura de todas as ligações do regime normativo específico com as regras gerais significaria que ele presentaria, em si, uma ordem jurídica completa, o que não acontece, já

---

<sup>219</sup> KRASNER, Stephen D. “Causas Estruturais e Consequências dos Regimes Internacionais: Regimes como Variáveis Intervenientes”, em **Revista de Sociologia Política**, Curitiba, v. 20, n. 42, p. 93-110, jun. 2012, p. 94. O autor ainda define que “os princípios são crenças em fatos, causas e questões morais. As normas são padrões de comportamento definidos em termos de direitos e obrigações. As regras são prescrições ou proscricções específicas para a ação. Os procedimentos para tomada de decisões são práticas predominantes para fazer e executar a decisão coletiva”. Percebe-se da própria definição de Krasner que a noção de princípios, por exemplo, não corresponde àquela normalmente utilizada pelos juristas, o que, *a priori*, já torna imprecisa a própria definição de regime trazida por ele.

<sup>220</sup> KRASNER, 2012, Op. Cit., p. 97.

<sup>221</sup> A expressão *self-contained regimes* (regimes autocontidos) já foi usada pela Corte Permanente de Justiça Internacional, no caso *S. S. Wimbledon*, e, mais tarde, pela Corte Internacional de Justiça, no caso *Tehran Hostages*.

<sup>222</sup> ABI-SAAB, Georges. “Fragmentation or Unification: some concluding remarks” in **International Law and Politics**. Vol. 31, pp. 919-933, 1999. No original, o autor afirma que “however autonomous and particular these may be, there cannot be a totally self-contained regime within the legal order. If the special regime is to remain part of the legal order, some relationship, however tenuous, must subsist between the two. Otherwise, if all links are severed, the special regime becomes a legal order unto itself—a kind of legal Frankenstein, or Kelsen’s “gang of robbers”—and no longer partakes in the same basis of legitimacy and formal standards of pertinence.” (Op. Cit., p. 926)

que retira da ordem jurídica geral sua legitimidade e os padrões gerais de pertinência, necessários para o seu funcionamento. Neste sentido, Friedmann afirma que a cooperação entre os especialistas no setor particular é, sem dúvida, indispensável, pois quem se dedica ao direito internacional dificilmente conhecerá a fundo os diversos setores que possam ser da alçada desse direito. Ele, contudo, alerta que, apesar de muitas das questões reguladas serem da competência de especialistas de outros campos legais, e que não se ocupam normalmente com o direito público internacional, seria extremamente desaconselhável e mesmo prejudicial abandonar esses setores exclusivamente nas mãos de peritos em legislação industrial, comercial, de direitos autorais, etc., considerando-os fora da alçada de um especialista em direito internacional.<sup>223</sup>

De acordo com Simma e Pulkowsky, a doutrina já associou vários níveis de autonomia à expressão *self-contained regimes*. Para eles, os regimes autocontidos não podem ser concebidos como subsistemas jurídicos totalmente autônomos, pois nenhum sistema social existe isolado do seu ambiente. Todos os sistemas sociais estão em alguma medida interligados por um acoplamento estrutural. Assim, os autores sustentam que um subsistema jurídico especializado não pode coexistir com a “massa” (*bulk*) do direito internacional geral, já que haverá sempre algum grau de interação<sup>224</sup>.

No plano transnacional da sociedade mundial, Fischer-Lescano e Teubner indicam o desenvolvimento de regimes jurídicos privados autônomos, segundo uma lógica pautada pelos interesses não jurídicos, como a *lex mercatoria*, do comércio internacional, e a *lex digitalis*, da Internet. Estes regimes atuam na periferia do direito central produzido pelos Estados, surgidos de maneira espontânea e coletiva, por meio de uma pluralidade de mecanismos como contratos padronizados, procedimentos-padrão de associações empresariais, regulamentos de organizações formais, acordos entre associações profissionais, padronizações técnicas e científicas, regulamentações e normas gerais de conduta nas relações sociais e econômicas, uniformizações culturais etc<sup>225</sup>. O *lex mercatoria*, por exemplo, decorre dos usos e práticas do comércio desenvolvidos desde o mercantilismo medieval, constituindo-se em um manancial de regras e princípios aplicados espontaneamente nas relações

---

<sup>223</sup> FRIEDMANN, Op. Cit., 1971, p. 56.

<sup>224</sup> SIMMA, Bruno e PULKOWSKY, Dirk. “Of Planets and the Universe: Self-contained Regimes in International Law” in **The European Journal of International Law**, Vol. 17, n. 3, p. 483-529, 2006, p. 492.

<sup>225</sup> FISCHER-LESCANO, Andreas e TEUBNER, Gunther. “Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law” em **Michigan Journal of International Law**, Vol. 25 (2004), pp. 999-1046, p. 1009-1013. O enfrentamento destes ambientes normativos privados autônomos pelos Estados não faz parte do escopo desta pesquisa, que é voltado para a relação entre a produção de normas pelo poder constituinte dos Estados e o direito internacional público existente. Assim, trata-se da relação que se estabelece no âmbito central do direito produzido pelos Estados.

econômicas transnacionais, muitas vezes integrando cláusulas contratuais amplamente aceitas em diferentes culturas comerciais.

Os regimes multilaterais surgidos a partir da atuação das organizações internacionais resultam na produção de diversos ambientes normativos compostos por uma combinação de normas cogentes com normas não vinculantes, mas que têm o potencial de produzir grande impacto na realidade dos Estados. De um lado, no âmbito de organismos autônomos com a Organização Internacional do Trabalho (OIT), a Organização das Nações Unidas para Educação, Ciência e Cultura (UNESCO) e a Organização Mundial do Comércio (OMC), os Estados chegam a diversos tratados multilaterais que visam a cooperação internacional para o alcance de objetivos universais. Estes tratados, mesmo quando não alcançam um grande número de ratificações, acabam refletindo, na maior parte de suas normas, o reconhecimento de práticas reiteradas que integram a noção de costumes internacionais gerais.

Por vezes, um tratado internacional multilateral não logra êxito de entrar em vigor por não alcançar o número mínimo de ratificações. No entanto, isto não quer dizer que os Estados não estejam de acordo com o todo do tratado, mas, por vezes, apenas de parte dele, o que, não podendo ser objeto de reserva, acaba por frustrar a entrada em vigor da norma. Quando isto acontece, a comunidade interacional admite que as regras incontroversas objeto do acordo multilateral sejam aceitas como normas consuetudinárias. O mesmo pode acontecer quando a Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas elabora uma proposta de tratado que não chega a ser levada a aprovação pelos Estados, como acontece no caso dos *Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, de 2001 e dos *Articles on Diplomatic Protection*, de 2006, que são instrumentos de grande aceitação pelos Estados.

De outro lado, as organizações atuam no âmbito de suas competências para produzir normas não cogentes (*soft law*), como relatórios, memorandos, cartas de princípios, regulamentos, projetos de artigos, pareceres etc., cuja aceitação generalizada decorre da autoridade de conhecimento acumulado (*expertise*) dos agentes representantes destas entidades no plano internacional. Um exemplo deste tipo de ambiente normativo é a uniformização de normas de direito privado elaborada pelo *International Institute for Unification of Private Law*, projeto conhecido como *Unidroit* (<https://www.unidroit.org/>), sediado em Roma, na Itália, que conta com sessenta e três Estados membros, cujo trabalho, por vezes, se concretiza em acordos internacionais entre os Estados, mas sua aplicabilidade decorre da autoridade do conhecimento dos *experts* envolvidos em sua elaboração.

Por todas estas questões, o paradigma da reciprocidade se mostra ineficaz para oferecer respostas satisfatórias para estas demandas das relações internacionais, seja porque a necessidade de cooperação supera a mera premissa da coexistência, seja porque as soluções parciais serão insuficientes para os problemas que se apresentam em uma perspectiva universal. O direito internacional contemporâneo interage com o direito transnacional da sociedade mundial, com uma abertura cognitiva lastreada na atuação das entidades intergovernamentais em canais de comunicação aberta com os demais sistemas sociais. Seu fechamento, no entanto, depende da recepção e aplicação pelos Estados de suas normas, cogentes ou não, por meio de ações localizadas voltadas para o atendimento das demandas globalizadas, uma vez que o *enforcement* do direito permanece restrito à dimensão estatal. As normas internacionais de cooperação podem, muitas vezes, servir de canais de comunicação entre o Estado e os sistemas funcionais diferenciados da sociedade mundial, de maneira a viabilizar a interação e a atualização das ordens normativas.

### 2.3 DIREITO INTERNACIONAL DE COOPERAÇÃO COMO COMUNICAÇÃO INTER E INTRASISTÊMICA

O aumento da velocidade do deslocamento das pessoas, das comunicações, do crescimento populacional, da destruição dos recursos naturais, da construção dos mísseis balísticos, da produção de bens de consumo, levou Friedmann a afirmar que o que distingue os problemas contemporâneos dos de séculos anteriores é a “desesperada urgência da condição humana”. Por conta disso, o professor de Columbia disparou, em 1965, que “‘cooperar ou perecer’ é um fato incisivo, não uma aspiração evangélica”<sup>226</sup>.

O paradigma da cooperação iniciado na segunda metade do século XX transforma estruturalmente o direito internacional, refletindo a mundialização dos processos sociais e as mudanças na política internacional do pós-guerra decorrente a acelerada inclusão de novos Estados na comunidade internacional. As novas demandas que emergiram neste novo contexto revelaram a insuficiência do modelo normativo anterior, baseado nas relações de reciprocidade e pautados pela lógica da coexistência, e exigiram a elaboração de novos mecanismos normativos para alcançar os resultados almejados. São traços marcantes deste

---

<sup>226</sup> FRIEDMANN, Wolfgang. “The Role of International Law in the Conduct of International Affairs” em **International Journal**, Vol. 20, No. 2 (Spring, 1965), pp. 158-172, p. 169. No original, “What distinguishes the contemporary problem from that of previous centuries is the desperate urgency of the human condition (...) ‘Co-operate or perish’ is a stark fact, not an evangelistic aspiration”. No mesmo sentido, Hauke Brunkhorst afirma que “cooperação, para o bem ou para o mal, tornou-se inevitável” (BRUNKHORST, Hauke. “Rumo a uma Nova Ordem Global: Vinte anos após 1989 e além”, trad. Sebastião Nascimento, em **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, Vol. 26, n. 77, 2011, pp. 25-30, p. 27).

novo contexto a participação ativa das organizações internacionais, o surgimento de normas comissivas para os Estados, a democratização dos processos de construção do sistema de direito internacional e o avanço da jurisdição internacional.

Häberle indica que a cooperação internacional tem um lado jurídico-formal, que está relacionado com uma disposição para uma ação comum, para ajustes e acordos por meio de tratados e da construção de instituições internacionais sólidas, e um lado material, que se traduz nos objetivos de solidariedade, justiça, desenvolvimento social e econômico, proteção aos direitos humanos e ao meio ambiente e a solução pacífica dos conflitos<sup>227</sup>. Wolfrum, por sua vez, aduz que “o dever de cooperar significa uma obrigação de entrar em uma ação coordenada para alcançar um objetivo específico”<sup>228</sup>. O significado e o valor da cooperação internacional dependem da meta a ser alcançada, já que a cooperação em si não tem um valor inerente. O autor entende que, no direito internacional, a noção de cooperação está relacionada a uma ação em conjunto pelos Estados para o desenvolvimento, com o objetivo de melhorar o bem-estar da comunidade mundial.

Friedmann via com otimismo a formação progressiva de uma atuação em rede das organizações internacionais com propósitos cooperativos. Ele apontou que, enquanto antes da Segunda Guerra a Organização Internacional do Trabalho era o único organismo voltado para o bem-estar, em 1965, já haviam se juntado a ela um vasto número de novas entidades internacionais, tanto no âmbito universal quanto no regional, voltados para a cooperação em temas vitais como alimentação e agricultura (*Food and Agriculture Organization* – FAO), comércio (Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE e Comunidade Econômica Europeia – CEE), saúde (Organização Mundial da Saúde – OMS) e educação, ciência e cultura (*United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization* – UNESCO).<sup>229</sup>

Mesmo admitindo que a transformação acelerada do ambiente internacional deixara feições incertas e indeterminadas, Faria entendeu que o cenário poderia caminhar em direção ao multilateralismo, pela multiplicação dos valores, interesses, critérios e canais de relacionamento entre os Estados, pela flexibilização e diversificação das alianças e prioridades e pelo estabelecimento de novos padrões de interdependência transnacional, em

<sup>227</sup> HÄBERLE, Op. Cit., 2007, p. 8.

<sup>228</sup> WOLFRUM, Rüdiger. “International Law of Cooperation” in **Max Planck Encyclopedia of Public International Law**, última atualização em abril, 2010. Na Internet em: <http://2061/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1427?rskey=dndMWk&result=6&prd=EPIL>, acessado em 24 de janeiro de 2018. Wolfrum, no entanto, não acredita em um dever geral de cooperação na ordem internacional, reconhecendo apenas que, em certos campos, os Estados assumiram expressamente este dever.

<sup>229</sup> FRIEDMANN, Op. Cit., 1965, p. 170.

oposição à condução dos assuntos internacionais exclusivamente com base em políticas de segurança e poder. No cenário pós-guerra fria, Faria indica que, na linha das “polaridades indefinidas”, haveria uma contraposição entre a lógica unificadora da integração econômica e a dinâmica desintegradora das identidades nacionais, o que levaria a um sistema de comércio mais aberto, com a formação de blocos capazes de conter protecionismos nacionais e de promover a liberalização externa, sob a forma de áreas comuns, acordos de complementação econômica, compromissos de investimentos conjuntos, posições comuns de negociação e a formação de grandes blocos regionais, com enormes implicações jurídicas, institucionais, políticas e sociais.<sup>230</sup>

Percebe-se que Faria sinaliza possíveis caminhos para o cenário internacional em transformação e, em todos eles, as possibilidades giram em torno de processos de cooperação entre os Estados. Faria aponta que a centralidade do Estado ainda se faz necessária, pois considera um fato empiricamente observável que, na política e na economia, os resultados dos processos de negociação tendem a pender para o lado da maior força empreendedora, que detém a capacidade de mobilização, o *market share* e a competência tecnológica<sup>231</sup>.

Do ponto de vista formal, Friedmann observa que o direito internacional que se desenvolve a partir da segunda metade do século XX é encontrado principalmente em convenções internacionais. Logo, constitui-se como uma criação jurídica articulada, ao invés do lento surgimento de costumes e da produção jurisprudencial. A forma escrita acelera a comunicação e, conseqüentemente, amplifica os efeitos sobre as operações sistêmicas que são impactadas pelas normas adotadas.

Já a extensão da universalidade do direito internacional cooperativo está intimamente relacionada com a natureza da matéria, já que certos assuntos geram interesse comunitário universal, enquanto outros dependem da comunhão de interesses, valores e instituições que pode estar mais restrita a um grupo limitado de Estados por diversas razões (geográficas, culturais, econômicas, sociais etc.)<sup>232</sup>.

---

<sup>230</sup> FARIA, Op. Cit., 2005, p. 292-293.

<sup>231</sup> FARIA, Op. Cit., 2005, p. 290. O autor ainda critica os teóricos do “direito reflexivo”, que valorizam “uma ‘razão discursiva’ propiciadora de programas normativos meramente indicativos com base em interesses potencialmente generalizáveis”, pois eles postulam um certo equilíbrio de forças e uma certa homogeneidade valorativa entre as organizações complexas. Para Faria, neste caso, não se leva em consideração a possibilidade de a organização mais forte se afirmar sobre as mais débeis nas situações de impasse.

<sup>232</sup> FRIEDMANN, Op. Cit., 1962, p. 1162-1163. Friedmann aponta ainda que “in the field of international communications and transportation, for example, there is generally a universal interest in common standards and a co-responding universality of international conventions. In matters of labor, differences of political organization as well as economic and social standards make universality far more difficult to attain. Effective international co-operation in cultural and educational matters or in protection of human rights against arbitrary



Schwarzenberger diferencia o “direito de poder” (*law of power*) do “direito de coordenação” (*law of co-ordination*). Para o autor, direito de poder é aquele que estabiliza relações sociais com grande disparidade de direitos e deveres, por meio da sobreposição de forças de um ou alguns dos membros sobre os demais. O terceiro tipo de poder que ele apresenta é o direito de reciprocidade, que seria resultante de relações com grande equilíbrio de poder, resultando em uma autolimitação por normas de abstenção. Este último tipo que caracterizou o direito internacional clássico, que se desenvolveu após os tratados de Vestefália, em 1648. De acordo com o artigo, escrito em 1943, o direito internacional se constitui como uma ordem jurídica que contém os três tipos de direito. Quando a norma fosse estabelecida a partir de um arbitramento de força, seria “direito de poder”; porém, nas situações em que a ameaça do uso da força não fosse possível, seja porque as partes decidiram que este recurso seria evitado, seja porque os Estados envolvidos são periféricos, a aplicação da reciprocidade teria um grande campo de atuação. E o desenvolvimento de instituições internacionais em diversas esferas deixa claro que há espaço para soluções com base no direito de coordenação. No direito de coordenação, que estaria relacionado com a ideia de cooperação, há um senso de comunidade que faz com que os membros tenham o desejo de contribuir, e quanto mais onerosa ou pesada for a tarefa, maior o retorno recebido em troca perante seus pares. Assim, o direito da comunidade serve ao propósito de manutenção e contínua integração da comunidade e proteção do grupo contra comportamentos desviantes de seus próprios membros. Ele tem a função de promover a coordenação dos esforços e das atividades no interesse da comunidade, definindo tarefas e assinalando deveres e responsabilidades. Assim, os direitos subjetivos são atribuídos no interesse de toda a comunidade, e não porque o titular tem o poder de o exigir<sup>233</sup>.

A cooperação internacional organizada se mostra mais sensível às divergências existentes nos sistemas internos dos Estados, expressadas em sua ideologia política, estrutura legal e organização econômica. No entanto, a expansão normativa do direito internacional é diretamente afetada pela forma de organização interna dos Estados. Isto era particularmente

---

interference depends on a correspondence of values unattainable at this time in the world community but realizable within more limited group of nations”.

<sup>233</sup> SCHWARZENBERGER, Georg. “The three types of law”. In *Ethics*, Vol. 53, n. 2, pp. 89-97, 1943, p. 92-93. No original, “Actually, international law is a curious mixture of the three basic types of law. As a rule of law in the international society is conditioned by arbitrament of force, primarily international law is a law of power. In situations, however, in which the threat of force is no longer available, because states have resorted to this ultimate means of pressure, or in relations which, within a system of power politics, are peripheral, there is wide scope for the application of the law of reciprocity. As is evident from the development of international institutions in nonpolitical spheres, there is even room within international law for a timid assertion of the co-ordination” (Op. Cit., p. 96-97).

importante no contexto da Guerra Fria. Para Friedmann<sup>234</sup>, as divergências de organização política, social e econômica dos Estados se manifestam em quatro campos. Primeiro, o grau de controle da máquina estatal sobre as atividades econômicas influencia nas regras de imunidade, neutralidade, responsabilidade internacional do Estado, além de afetar a interpretação de conceitos econômicos como a cláusula da “nação mais favorecida”, aplicada nas relações comerciais internacionais. Segundo, o grau de apropriação, ou de controle, pelo Estado dos recursos naturais tem vital importância sobre os princípios de desenvolvimento econômico, bem como sobre o tipo de acordo que se pode concluir entre os donos dos recursos e investidores estrangeiros. Terceiro, o grau de controle do Estado sobre as atividades políticas e sociais de grupos e indivíduos tem relação com o grau de responsabilidade que os Estados assumem em caso de propagandas hostis, discriminação contra estrangeiros, boicotes econômicos, etc. E, por último, no direito internacional do bem-estar e da cooperação, o grau com que o Estado se mostra disposto a participar das convenções internacionais regulando várias preocupações humanas está diretamente ligado ao grau de correspondência de suas organizações políticas, econômicas e sociais.

O direito internacional de cooperação foi elaborado em uma realidade de expansão da comunidade internacional em relação ao número de membros, deixando de ser um clube de Estados modernos europeus com seus associados americanos e passando a envolver diversos novos Estados, a grande maioria de subdesenvolvidos ou em desenvolvimento, com culturas muito diversificadas. O crescimento acelerado no número de participantes da comunidade internacional reflete-se em uma grande variedade de novos conflitos de interesses.

Friedmann aponta que, em meados da década de 1960, a regulamentação jurídica em nível universal ocorria principalmente em três esferas: a criação de mecanismos internacionais de defesa contra a destruição física por meio da guerra; a organização internacional de determinados aspectos das comunicações, saúde e bem-estar; e os primeiros passos no sentido de controlar a conservação de recursos através da cooperação e da organização internacional<sup>235</sup>.

Nas décadas seguintes, foi possível confirmar as previsões de Friedmann, pois, em 1966, foram assinados o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos em Nova Iorque; no ano de 1968, entrando em vigor em 1970, foi assinado o Tratado de Não-Proliferação de Armas

---

<sup>234</sup> FRIEDMANN, Op. Cit., 1962, p. 1153-1154.

<sup>235</sup> FRIEDMANN, Op. Cit., 1971, p. 53-54.

Nucleares, assinado conjuntamente em Washington, Londres e Moscou; e, em 1972, a ONU organizou a Conferência de Estocolmo para o Meio Ambiente, apenas para trazer alguns exemplos.

Já Häberle explica que as formas de cooperação são múltiplas, o que ele chama de “densas” ou “frouxas”. As densas estariam na concepção e na realização cooperativa de “tarefas comunitárias” em processos e instituições comuns ou da fundação de composições supranacionais”. As frouxas seriam as relações coordenadas, muitas vezes fundadas em forma de *soft law*, que traduzem mecanismos não vinculantes<sup>236</sup>.

Em termos normativos, o direito internacional cooperativo encontra bases nos principais instrumentos multilaterais surgidos após a Segunda Guerra Mundial. A Carta das Nações Unidas, no artigo 1, estabelece, entre os seus propósitos, a cooperação internacional para resolver os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário, e para promover e estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião.<sup>237</sup>

Constitui-se, assim, um dos propósitos da Organização das Nações Unidas a promoção das relações de cooperação entre os Estados, com vistas a alcançar os objetivos estabelecidos na Carta, que somente podem ser alcançados por este paradigma. Para tanto, no âmbito da Organização das Nações Unidas, a Carta autorizou a Assembleia Geral a iniciar estudos e a fazer recomendações para promover cooperação internacional no terreno político e incentivar o desenvolvimento progressivo do direito internacional e a sua codificação; e promover cooperação internacional nos terrenos econômico, social, cultural, educacional e sanitário e favorecer o pleno gozo dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, por parte de todos os povos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião.<sup>238</sup>

A cooperação deve ser dar no campo político, de maneira a viabilizar a construção de normas propositivas de uma atuação dos Estados no sentido de alcançar os objetivos comuns consignados nos processos de comunicação. Observe-se, neste ponto, que os Estados se comprometeram em atuar conjuntamente e, mais do que isso, reconheceram que a via cooperativa é essencial para o alcance dos objetivos traçados na Carta. Já em 1948, no preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, ficou consignado que os Países-Membros se comprometeram a promover, em cooperação com as Nações Unidas, o respeito

---

<sup>236</sup> HÄBERLE, Op. Cit., 2007, p. 13

<sup>237</sup> Artigo 1, n. 3, da Carta das Nações Unidas, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945; no Brasil, promulgada pelo Decreto n. 19.841/45.

<sup>238</sup> Carta das Nações Unidas, artigo 13, n. 1.

universal aos direitos e liberdades fundamentais do ser humano e a observância desses direitos e liberdades<sup>239</sup>.

A inclusão da cooperação em matéria de direitos humanos é essencial, primeiro, porque torna possível exigir dos Estados que mantenham mecanismos de abertura cognitiva para esta questão e, segundo, porque amplifica as responsabilidades dos Estados para além de seus próprios povos, pois conecta a todos os povos em uma responsabilidade recíproca pela observância dos direitos humanos.

Ainda em matéria de proteção dos direitos humanos, o Pacto Internacional de Direito Cívico e Político<sup>240</sup> estabeleceu, logo no Artigo 1, que “todos os povos têm direito à autodeterminação. Em virtude desse direito, determinam livremente seu estatuto político e asseguram livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural”. Como via de consequência deste princípio fundamental da ordem internacional contemporânea, o Pacto indica que “para a consecução de seus objetivos, todos os povos podem dispor livremente de suas riquezas e de seus recursos naturais”, mas ressalva o cumprimento das “obrigações decorrentes da cooperação econômica internacional, baseada no princípio do proveito mútuo, e do Direito Internacional”.

No mesmo sentido, e com uma amplitude ainda maior, em 1970, a Assembleia Geral afirmou a importância do desenvolvimento progressivo e codificação dos princípios de direito internacional concernentes às relações amistosas e à cooperação entre Estados na Resolução n. 2625(XXV) A, que aprovou a *Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations*<sup>241</sup>. A Declaração reafirma os propósitos da Carta das Nações Unidas no sentido do desenvolvimento da cooperação entre Nações, e fixa como princípio “o dever dos Estados de cooperarem uns com os outros de acordo com a Carta”<sup>242</sup>. O conteúdo deste princípio é definido na Declaração da seguinte maneira:

Os Estados devem cooperar uns com os outros, independentemente das diferenças entre seus sistemas político, econômico e social, nas várias esferas das relações internacionais, a fim de manter a paz e segurança internacionais e de promover a estabilidade e o progresso econômico

---

<sup>239</sup> Declaração Universal dos Direitos Humanos, preâmbulo, Res. 217 (III) A, aprovada na Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948.

<sup>240</sup> *International Covenant on Civil and Political Rights*, assinado em Nova Iorque, em 1966.

<sup>241</sup> Conhecida como *Friendly Relations Declaration*, trata-se da Res. 2625(XXV) A, aprovada na Assembleia Geral das Nações Unidas, em 24 de outubro de 1970. No original: “affirmed the importance of the progressive development and codification of the principles of international law concerning friendly relations and co-operation among States”.

<sup>242</sup> Tradução livre. No original: “The duty of States to co-operate with one another in accordance with the Charter”.

internacional, o bem-estar geral das nações e a cooperação internacional livre de discriminação baseada em tais diferenças.

Para este fim, os Estados devem cooperar com os outros Estados na manutenção da paz e segurança internacionais e na promoção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais para todos e para a eliminação de todas as formas de discriminação racial e todas as formas de intolerância religiosa. Os Estados devem conduzir suas relações internacionais nos campos econômico, social, cultural, técnico e comercial de acordo com os princípios da igualdade soberana e da não-intervenção. Os Estados membros das Nações Unidas têm o dever de agir conjunta ou separadamente em cooperação com as Nações Unidas de acordo com as relevantes previsões da Carta. Os Estados devem cooperar na promoção do crescimento econômico em todo mundo, especialmente nos países em desenvolvimento.<sup>243</sup>

Mesmo considerando que a *Friendly Relations Declaration* não constitui uma norma obrigatória para os Estados, sua força normativa deve ser considerada no conjunto de atos que compõem a ordem internacional criada a partir da Carta das Nações Unidas. Em circunstâncias anteriores e posteriores, os Estados assumiram obrigações internacionais de cooperação em matérias específicas.

No Tratado da Antártida, celebrado em Washington, em 1º de dezembro de 1959<sup>244</sup>, ficou estabelecido, no Artigo III, o dever de cooperação internacional para a pesquisa científica na Antártida, que se concretizará nas seguintes práticas: a) permuta de informações relativas a planos para programas científicos na Antártida, a fim de permitir a máxima economia e eficiência das operações; b) permuta entre expedições e estações de pessoal científico na Antártida; c) permuta de observações e resultados científicos obtidos na Antártida, tornando-os livremente utilizáveis.

Em 1967, os Estados assinaram o Tratado sobre Princípios Reguladores das Atividades dos Estados na Exploração e Uso do Espaço Cósmico, Inclusive a Lua e demais

---

<sup>243</sup> Tradução livre. No original: “States have the duty to co-operate with one another, irrespective of the differences in their political, economic and social systems, in the various spheres of international relations, in order to maintain international peace and security and to promote international economic stability and progress, the general welfare of nations and international co-operation free from discrimination based on such differences. To this end: a) States shall co-operate with other States in the maintenance of international peace and security; b) States shall co-operate in the promotion of universal respect for, and observance of, human rights and fundamental freedoms for all, and in the elimination of all forms of racial discrimination and all forms of religious intolerance; c) States shall conduct their international relations in the economic, social, cultural, technical and trade fields in accordance with the principles of sovereign equality and non-intervention; d) States Members of the United Nations have the duty to take joint and separate action in co-operation with the United Nations in accordance with the relevant provisions of the Charter.

States should co-operate in the economic, social and cultural fields as well as in the field of science and technology and for the promotion of international cultural and educational progress. States should co-operate in the promotion of economic growth throughout the world, especially that of the developing countries”.

<sup>244</sup> Promulgado no Brasil pelo Decreto n. 75.963/75.

Corpos Celestes<sup>245</sup>, que prevê, no preâmbulo e em diversos dispositivos, o dever de cooperação, notadamente no artigo 9º, relativo à “exploração e ao uso do espaço cósmico”. O dever de cooperação, concretamente, vem previsto no artigo 10, que estabelece que “os Estados-Partes do Tratado examinarão em condições de igualdade as solicitações dos demais Estados-Partes do Tratado no sentido de contarem com facilidades de observação do voo dos objetos espaciais lançados por esses Estados”, e no artigo 11, que determina o dever de “informar ao Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas, assim como ao público e à comunidade científica internacional, sobre a natureza da conduta dessas atividades, o lugar onde serão exercidas e seus resultados”.

O dever de cooperação internacional já havia se incorporado aos Estados anteriormente, na assinatura da Constituição da UNESCO<sup>246</sup>, em 16 de novembro de 1945. O artigo VII estabelece que os Estados devem criar Órgãos Nacionais de Cooperação, por meio da associação de seus principais órgãos interessados em questões educativas, científicas e culturais, com o trabalho da Organização, de preferência pela formação de uma Comissão Nacional amplamente representativa do governo e esses corpos.

No entanto, a norma de maior amplitude no âmbito da cooperação internacional é a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar<sup>247</sup>. O tratado estabelece que os Estados devem cooperar em matéria de tráfego em estreitos utilizados para a navegação internacional (Artigos 41 e 43), na conservação dos recursos vivos – espécies altamente migratórias, mamíferos marinhos, peixes anádromos (Artigo 62, 64, 65 e 66) –, na delimitação da zona econômica exclusiva e da plataforma continental entre Estados (Artigo 74 e 83, respectivamente), na investigação de acidente marítimo (Artigo 94), na assistência e segurança (Artigo 98), na repressão da pirataria, do tráfico internacional de entorpecentes e das transmissões televisivas ou radiofônicas não autorizadas (Artigos 100, 108 e 109, respectivamente), conservação e gestão de recursos vivos (Artigos 117 e 118), na investigação científica marinha e na transferência de tecnologia (Artigos 143 e 144), no desenvolvimento econômico dos países (Artigo 150) e na eliminação dos efeitos e na investigação das causas da poluição (Artigo 199 e 217). Esta cooperação se dará tanto no plano universal quando no âmbito regional (Artigo 197).

---

<sup>245</sup> Conhecido como “Tratado do Espaço Cósmico”, assinado simultaneamente em Washington, Londres e Moscou, em 27 de janeiro de 1967.

<sup>246</sup> UNESCO - *United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization*, criada em Londres, em 1945, passou a funcionar no ano seguinte, quando alcançou a vigésima ratificação.

<sup>247</sup> *United Nations Convention on Law of the Sea (UNCLOS)*, assinada em 1982, em Montego Bay, Jamaica.

Destaca-se, dentre todos estes deveres de cooperação, para fins de aprofundamento, o de cooperar com os Estados sem litoral. Este é o típico dever de cooperação alinhado com os valores fundamentais da Carta das Nações Unidas, como a promoção do “progresso econômico e social de todos os povos”, enunciado no seu preâmbulo. Com efeito, o Artigo 69 da UNCLOS determina que os Estados sem litoral têm direito a uma participação equitativa no aproveitamento de parte dos excedentes dos recursos vivos das zonas econômicas exclusivas dos Estado costeiros vizinhos, tendo em conta os fatores econômicos e geográficos pertinentes de todos os Estados interessados. Além disso, e mais relevante, quando a capacidade de captura de um Estado costeiro se aproximar de um nível em que lhe seja possível efetuar a totalidade da captura permissível dos recursos vivos da sua zona econômica exclusiva<sup>248</sup>, o item 3 do Artigo 69 determina que o dever de cooperação do Estado costeiro e dos demais Estados interessados no estabelecimento de ajustes equitativos para permitir aos Estados em desenvolvimento da mesma região, que não possuem litoral, participem no aproveitamento dos recursos vivos das zonas econômicas exclusivas dos Estados costeiros. Ainda a respeito do tratamento legal dos Estados sem litoral, o artigo 129 estabelece o dever de cooperação entre estes Estados e os Estados de trânsito para a construção ou o melhoramento dos meios de transporte, quando, nos Estados de trânsito, não existam meios de transporte que permitam dar efeito ao exercício efetivo da liberdade de trânsito, ou quando os meios existentes, incluindo as instalações e equipamentos portuários, sejam deficientes, sob qualquer aspecto.

Portanto, o dever de cooperação no caso destes tratados multilaterais é inegável e eles refletem a construção progressiva de um ambiente cooperativo entre os Estados, sendo mesmo uma característica da comunidade internacional contemporânea. No entanto, não é somente a norma internacional que passa por transformações, mas também os Estados que se inserem neste ambiente. E o ambiente também transforma os Estados. Inseridos na sociedade mundial, os Estados têm nas normas internacionais de cooperação canais de comunicação com as demandas dos outros sistemas funcionais diferenciados, que estão em constante interação com as entidades intergovernamentais da comunidade internacional.

O direito internacional de cooperação encontra, muitas vezes, resistência dos Estados que alegam o direito de decidir livremente sobre a participação em processos cooperativos em nome da soberania. A relação entre a soberania e o direito internacional de cooperação é um confronto apenas aparente. O conceito de soberania se transformou muito

---

<sup>248</sup> Sobre a utilização de recursos vivos na zona econômica exclusiva, ver o artigo 62 da UNCLOS.

desde as suas origens. O ambiente social em que o Estado se insere é determinante para estabelecer os contornos deste conceito.

Jean Bodin conceituou a soberania como poder supremo no contexto de transição da Idade Média para a Idade Moderna; um período em que a necessidade de afirmação do poder supremo pelo Estado era fundamental para garantir a continuidade desta forma de organização política, que sofria fortes pressões externas de outras estruturas societais de poder. Ademais, a doutrina de Bodin servia para fundamentar o modelo absolutista, que não atribuía sequer responsabilidades ao Estado pelos seus atos, que eram, em verdade, atos do governante.

Com a modernidade e o desenvolvimento do direito internacional no século XIX, a soberania já havia passado por mudanças conceituais. A transição entre o fim do absolutismo e o início do Estado de Direito significou uma limitação do poder supremo do Estado, que, separado da figura do governante, passou encontrar limites nas normas jurídicas, como resultado de um processo de diferenciação e acoplamento entre os sistemas político e jurídico. Soma-se a este contexto o início do constitucionalismo e a transferência do poder soberano no chefe de estado para o povo, a soberania popular, com o surgimento do Estado Democrático de Direito em algumas localidades.

Todo este contexto é reforçado pela consolidação da sociedade mundial, ambiente onde está inserido o Estado constitucionalizado, que promove grandes modificações no panorama do exercício do poder a partir da pressão dos sistemas sociais globalizados sobre a sociedade organizada territorialmente. Os limites da soberania dos Estados se tornam ainda mais evidentes quando se percebe que os fluxos de comunicação entre o ambiente e o direito não são observados pelas teorias normativas do direito constitucional. Com isso, os juristas não enxergam as diversas situações em que as decisões, políticas e jurídicas, são tomadas por motivações “invisíveis” fomentadas por interesses de outros sistemas sociais, principalmente da economia.

Após a Segunda Guerra Mundial, um novo paradigma se estabelece nas relações internacionais, mais uma vez transformando o ambiente onde o Estado encontra-se inserindo, causando transformações no conceito de soberania. A partir do pós-Guerra, a ideia de soberania no plano externo passou a descrever a condição de sujeito de direito internacional, a personalidade jurídica do Estado, com o direito de participar ativamente da comunidade internacional, não só pela via diplomática clássica, mas também pela adesão aos organismos internacionais e pela interação cooperativa com outros Estados na construção progressiva de uma comunidade internacional. Desta maneira, a cooperação não está em



choque com a soberania; ela é antes uma forma de manifestação da própria condição de sujeito na ordem internacional.

Assim, quando um Estado afasta-se do processo cooperativo e resolve decidir unilateralmente as questões que são relevantes no plano internacional em caráter regional ou universal, ao invés de estar dando um passo no sentido de proteger a sua soberania estará, a rigor, violando-a, ao ir de encontro aos seus próprios fundamentos. O poder de um Estado autodeterminar-se interna e externamente só encontra sustentação na contemporaneidade a partir da aptidão para a participação como sujeito pleno na ordem internacional e, conseqüentemente, da sociedade mundial. Bolzan de Moraes e Vieira sustentam que a interdependência entre os Estados na contemporaneidade indica um atrelamento cada vez maior da noção de soberania à de cooperação jurídica, econômica e social, por um lado, e da soberania com a intervenção política, econômica e/ou militar, por outro lado, o que afeta as pretensões clássicas de autonomia<sup>249</sup>.

A inefetividade dos processos cooperativos resultante das decisões unilaterais comprometem os objetivos assumidos pelos Estados nos instrumentos internacionais mais relevantes desta nova ordem. Isto não significa, necessariamente, o descumprimento do direito internacional, mas, certamente, um retardamento na concretização do projeto de sociedade mundial concebido a partir dos horrores da Segunda Guerra. Delbrück aponta, nestes casos, para uma falta de “ética do cumprimento” do direito<sup>250</sup>.

Desta forma, a cooperação internacional, ainda que não se insira como um dever jurídico geral na ordem internacional, apresenta-se como um novo paradigma civilizatório, reproduzido em normas internacionais estabelecidas nas relações multilaterais e na atuação das organizações internacionais que foram criadas pelos Estados, expandindo organicamente a comunidade internacional. Este novo modelo de relações internacionais, pautado nos principais instrumentos internacionais do pós-guerra, a partir da Carta das Nações Unidas, reflete as transformações na distribuição de forças nas relações políticas, com a consolidação da noção de sociedade mundial. Os interesses dos Estados muitas vezes precisam se submeter a interesses que emergem de fora das relações interestatais, de um

---

<sup>249</sup> BOLZAN DE MORAIS, José Luis e VIEIRA, Gustavo Oliveira. “Estado e Constituição em tempos de abertura: a crise conceitual e a transição paradigmática num ambiente intercultural” em **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, n. 5(2), pp. 133-140, 2013, p. 135.

<sup>250</sup> DELBRÜCK, Jost. “The International Obligation to Cooperate – an Empty Shell or a Hard Law Principle of International Law? - a Critical Look at a Much Debated Paradigm of Modern International Law” em HESTERMEYER, Holger P. et al (ed.). **Coexistence, Cooperation and Solidarity**, Vol.1, Leiden/Boston: Martinus Nijhoff, 2012, p. 15, onde ele afirma que o descumprimento de deveres de cooperação em certos casos representa “a clear sign that the international community still lack a badly needed ethic of compliance with the law (*Ethos der rechtsbefolgung*)”.

movimento de forças que decorre de uma sociedade civil global mais ativa e consciente de seu papel e de seu poder. Esse é um paradigma no qual estão inseridos os processos de constitucionalização contemporâneos, inclusive o ocorrido no Brasil, na transição democrática, na Assembleia Constituinte de 1987-88, que será objeto de análise adiante.

## 2.4 A EXPANSÃO ORGÂNICA DA COMUNIDADE INTERNACIONAL

A expansão subjetiva das relações internacionais pode ser compreendida em três dimensões: primeiro, em razão da multiplicação de Estados participantes da comunidade internacional, em decorrência da descolonização dos grandes impérios europeus e também do desmembramento de Estados que concentravam sob sua soberania povos que conquistaram independência pela secessão. Segundo, pelo surgimento e proliferação de organismos internacionais governamentais, estabelecendo uma infraestrutura para as relações multilaterais na comunidade internacional. E, terceiro, no contexto da sociedade mundial, pela interação de entes privados, despersonalizados na comunidade internacional, com os Estados e com as Organizações Internacionais, como as empresas transnacionais e as associações internacionais, mas que têm atuação intensa e dinâmica na comunidade internacional, influenciando e interferindo nas relações internacionais, participando da formação do direito internacional e desafiando a centralidade do Estado em sistemas funcionais mundiais, como na economia, na cultura, na saúde, na educação, no esporte, na ciência e na tecnologia.

Na primeira dimensão, os próprios Estados soberanos multiplicaram-se após a Segunda Guerra Mundial e o ambiente da comunidade internacional passou a incluir praticamente todos os espaços do globo terrestre onde há vida humana em sociedade. A comunidade internacional, antes concebida como um grupo de Estados soberanos que se reconheciam entre si e se consideravam superiores em termos civilizatórios e de estrutura jurídica às demais formas de organização política existentes<sup>251</sup>, transforma-se progressivamente em uma comunidade efetivamente global, que inclui Estados de todos os continentes, internamente organizados social, política e economicamente das mais diversas maneiras, abarcando os mais diversificados traços étnicos e culturais.

Neste sentido, é preciso compreender a transformação ocorrida nas relações internacionais na segunda metade do século XX. Com efeito, antes do surgimento das Nações

---

<sup>251</sup> Constatação que pode ser encontrada na obra de Grócio, mas também no Estatuto da Corte Permanente de Justiça Internacional, aprovado em 1920 que, ao dispor dos princípios como fontes do direito internacional, referiu-se às “nações civilizadas”, no artigo 38, n. 1, c.

Unidas, a comunidade internacional de Estados excluía parte significativa do espaço do globo terrestre. Com isso, um número considerável de agrupamentos humanos politicamente organizados permanecia de fora das tomadas de decisão no plano internacional, especialmente no caso das populações de Estados colonizados e outros não reconhecidos pelos participantes da comunidade internacional por razões políticas e culturais.

No pós-Guerra, primeiro com a independência das colônias asiáticas e, posteriormente, das africanas, praticamente todos os povos do globo terrestre passaram a estar envolvidos nas relações internacionais por meio de um Estado<sup>252</sup>. Esta expansão notabiliza-se pelo amplo crescimento do número de membros das Nações Unidas, que iniciou com cinquenta e um Estados e atualmente já conta com cento e noventa e quatro participantes na Assembleia Geral, além daqueles Estados não membros que são convidados oficiais, como a Palestina e o Kosovo<sup>253</sup>.

Friedmann afirma que um dos desafios da estrutura do direito internacional do pós-guerra, além do constante crescimento do seu escopo, é a expansão dos membros de um pequeno grupo de Estados ocidentais para virtualmente toda a humanidade, incluindo civilizações cujos valores diferem profundamente daqueles do mundo cristão-ocidental<sup>254</sup>. A divisão ideológica da comunidade internacional entre o bloco capitalista, liderados pelos Estados Unidos e pelos Estados europeus ocidentais, e o bloco socialista, comandado pela União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, teve uma importância fundamental no desenvolvimento das atividades no âmbito das Nações Unidas. De acordo com Cassese, os Estados socialistas estavam motivados para participar nas relações internacionais por quatro razões: 1) o fortalecimento do “campo socialista”; 2) a prevenção de qualquer intrusão dos Estados Ocidentais em seus assuntos internos; 3) a manutenção de relações com o ocidente relativamente boas para garantir um intercâmbio econômico e comercial e para manter aberto um canal de comunicação em questões de segurança e desarmamento; e 4) a tentativa de

---

<sup>252</sup> Não se pode deixar de mencionar, no entanto, situações de povos que se tornaram apátridas porque tiveram a nacionalidade negada pelos Estados que deveriam lhes conferir esta condição, como é o caso dos curdos, ou mesmo de povos que sofreram perseguições por razões étnicas, raciais, culturais ou políticas, como os tutsis em Ruanda.

<sup>253</sup> Importante frisar, no entanto, que nem sempre a forma de organização estatal representa no plano global um mesmo povo. Com efeito, em diversos Estados convivem por vezes povos de cultura e etnia distintas e, por outro lado, às vezes, um mesmo povo encontra-se espalhado em diversos Estados, não tendo um Estado específico que represente os seus interesses na ordem internacional. Por conta de esta situação ser muito comum no continente africano, a Convenção Africana de Direitos Humanos e dos Povos reserva parte de suas normas para o reconhecimento de direitos aos povos, compreendidos em suas singularidades, gozando de proteção especial que permita a sua preservação.

<sup>254</sup> FRIEDMANN, Op. Cit., 1962, p. 1148.

convencer o maior número possível de Estados em desenvolvimento a aderirem ao projeto socialista.<sup>255</sup>

A desestruturação dos Estados europeus em razão dos conflitos provocou a independência de diversas colônias asiáticas nos anos que se seguiram à derrota do Eixo. Tornaram-se independentes durante ou ao final da Segunda Guerra Mundial países como Camboja (1953), Coreia do Sul (1945), Índia (1945), Indonésia (1947), Jordânia (1946), Laos (1949), Líbano (1941), Malásia (1957), Mianmar (1948), Paquistão (1947), Filipinas (1946), Sri Lanka (1948) e Vietnã (1954). No âmbito das Nações Unidas foi criado o Conselho de Tutela, com o objetivo de, progressivamente, proporcionar a descolonização dos Estados que ainda se encontravam sob o controle de metrópoles, por considerar que este *status* já não era mais condizente com as relações internacionais pautadas pelos valores da Carta.

No caso das colônias africanas, o processo foi mais demorado e conflituoso. De acordo com Friedmann, a emergência de novos estados na África foi acompanhada de grande violência, e o direito internacional então existente não estabelecia diretrizes firmes (*firm guidelines*) para a questão do reconhecimento. Disto resultou que governos autoritários acabaram recebendo apoio internacional em guerras civis com rebeldes de outras etnias, configurando, em muitos casos, interferência indevida em questões internas<sup>256</sup>.

Lafer, por outro lado, explica que, no processo de descolonização, o princípio da autodeterminação dos povos apresentou componentes de complexidade por conta das dificuldades de identificação do conceito de “povos”. De acordo com o autor, no caso da África, “o artificialismo das prévias fronteiras das colônias que separavam tribos e etnias também trouxe problemas significativos e guerras civis”. Em razão dos graves danos de natureza humanitária, Lafer afirma que a solução foi encontrada a partir de um consenso africano de que o questionamento das fronteiras coloniais não resolveria os problemas, mas sim uma delimitação do escopo do princípio da autodeterminação dos povos que garantisse a estabilidade na região.

Também no caso da descolonização de alguns países asiáticos, a indeterminação do princípio da autodeterminação dos povos trouxe desconfortos. Lafer lembra que, no caso da Índia, a independência revelou a existência de dois Estados, por conta

---

<sup>255</sup> CASSESE, Op. Cit., 2004, p. 40.

<sup>256</sup> FRIEDMANN, Wolfgang. Op. Cit., 1965, p. 165. Em um exercício de previsão, Friedmann pergunta neste artigo “if, for example, the southern Sudanese who have nothing in common with the northern Sudanese in terms of race, religion or economic status, decide to secede from the Sudan, is it the task of international law to intervene on the side of the northern Sudanese?” No entanto, a interferência internacional no processo no Sudão levou ao surgimento, e ao reconhecimento internacional, do Sudão do Sul, em 2011, tendo sido aceito na ONU no mesmo ano.

de profundas diferenças religiosas: a Índia e o Paquistão. Além disso, da secessão do Paquistão, nos anos 1970, ainda emergiu um terceiro Estado independente: Bangladesh<sup>257</sup>.

Não se pode ignorar, ainda, a expansão subjetiva ocorrida após o final da Guerra Fria, nos anos 1990, em razão do colapso do sistema socialista na União Soviética e na Iugoslávia, que se desmembraram em diversos Estados independentes, que passaram a fazer parte da comunidade internacional. A identidade nacional foi evocada para fundamentar a separação de Estados como Estônia, Letônia, Lituânia, Bielo-Rússia, Ucrânia, Uzbequistão, Cazaquistão, Azerbaijão e Geórgia, antes subjugados ao poder da Rússia na formação da União Soviética. No caso da Iugoslávia, o desmembramento resultou na independência de Eslovênia, Croácia, Bósnia-Herzegovina, Macedônia e Montenegro, que se encontravam sob o comando da Sérvia. Isso sem falar em regiões em conflito separatista, como Ossétia do Sul e Abcásia, no território da Geórgia, além do caso mais notório do Kosovo, em relação à Sérvia.

A segunda dimensão da expansão subjetiva está no surgimento e na proliferação de organizações internacionais que na contemporaneidade funcionam como infraestrutura da comunidade internacional global em construção. Com efeito, as organizações de caráter político, universais e regionais, antes estabelecidas como meros espaços públicos de decisões coletivas pelos Estados, passaram a atuar de maneira cada vez mais autônoma, contribuindo para a construção de uma ordem internacional de cooperação.

Para Friedmann, o crescimento do número de instituições públicas internacionais reflete a incapacidade dos Estados para constituir uma ordem política comum a partir da fusão de suas soberanias, mas também significa o reconhecimento crescente de atividades coordenadas de bem-estar internacional (*co-ordinated international welfare activities*) como parte intrínseca da vida moderna internacional<sup>258</sup>. O número crescente de organizações internacionais técnico-específicas (OIT, OMS, UNESCO, OMI, FAO etc.) também decorre da expansão normativa da ordem internacional, garantindo a institucionalização das temáticas consideradas essenciais para formação de uma comunidade internacional integrada.

As organizações internacionais possuem, também, uma ordem jurídica própria decorrente da sua finalidade funcional. A arquitetura orgânica destas entidades visa lhes

---

<sup>257</sup> LAFER, Celso. “Direito Constitucional e Direito Internacional: considerações sobre o art. 4º, III, da Constituição de 1988 e o Parecer Consultivo da Corte Internacional de Justiça sobre a independência do Kosovo” em CICCIO FILHO, Alceu José, VELLOSO, Ana Flávia Penna e ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira (org.). **Direito Internacional na Constituição: estudos em homenagem a Francisco Rezek**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 163.

<sup>258</sup> FRIEDMANN, Op. Cit., 1962, p. 1156.

fornecer os meios humanos e materiais para canalizar as forças comprometidas com seus objetivos<sup>259</sup>. O direito administrativo internacional das organizações internacionais se assemelha muito com a ordem jurídica dos Estados, inclusive nas normas que regulam o pessoal, a hierarquia de funções e o orçamento. No entanto, cada organismo tem seu ordenamento jurídico próprio, com certo grau de autonomia, pois é independente da ordem jurídica das demais organizações, do sistema de direito internacional ou do sistema jurídico doméstico dos Estados membros. Estas ordens jurídicas internas das organizações internacionais não fazem parte do direito internacional público geral, mas devem ser com ele compatíveis.

No que tange às suas atividades, as normas internas das organizações internacionais são estabelecidas em conformidade com os poderes que lhes são outorgados pelos Estados em seus atos constitutivos. Estes poderes podem ser de três espécies: poder de debater, poder de decidir e poder de empreender ações operacionais<sup>260</sup>. O mais comum é o poder de debater, que normalmente resulta na produção de normas de *soft law*, que levam aos Estados soluções internacionalmente concebidas para os problemas localizados. É neste âmbito que a interação das organizações com as instituições de outros sistemas sociais acontece, o que funcionará como meio de comunicação para que os Estados possam se atualizar das demandas externas do ambiente societal mundial. O poder de decidir e o de empreender ações dependem, na maioria das vezes, da concordância dos Estados com seu exercício, que pode ser dada *a priori* ou em cada caso.

Organizações técnicas, como a *International Civil Aviation Organization* – ICAO/OACI, a *International Maritime Organization* – IMO/OMI, a *International Telecommunications Union* – ITU/UIT, a *World Intellectual Property Organization* – WIPO/OMPI, a *World Meteorological Organization* – WMO/OMM, a *Universal Postal Union* – UNU e a *United Nations Industrial Development Organization* – UNIDO/ONUDI, promovem uma interação constante com os demais sistemas sociais, servindo como canais de comunicação para as demandas advindas das variações sociais tão frequentes em decorrência do progresso tecnológico e das transformações culturais dele resultantes. Este cenário fica ainda mais claro quando se refere às interações comunicativas exercidas pelos organismos internacionais financeiros com o sistema econômico, caso de entidades como o Fundo Monetário Internacional – FMI e o Grupo Banco Mundial (*World Bank Group*), no

---

<sup>259</sup> TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Direito das Organizações Internacionais**. 4a. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

<sup>260</sup> CRETELLA NETO, José. **Teoria Geral das Organizações Internacionais**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 306-307.

âmbito das Nações Unidas, e da Organização Mundial do Comércio – OMC, como decorrência da cooperação no comércio internacional, originada na Conferência de Bretton Woods, em 1944, que deu origem ao *General Agreement on Tariffs and Trade* – GATT.

Todas estas organizações internacionais convencionais têm uma atuação diretamente ligada aos sistemas sociais da economia, saúde, educação, ciência, cultura, alimentação, transporte, segurança, comunicação etc. e produzem inúmeras normas regulamentando situações de ordem mundial com repercussão local. Elas funcionam como infraestrutura para observação e comunicação entre os sistemas, por meio de procedimentos e regras previamente conhecidos que visam permitir a participação de todos os atores da sociedade mundial e a interação dos sujeitos da comunidade internacional com este ambiente. Bolzan de Moraes e Vieira observam que o fenômeno da mundialização desloca o problema do constitucionalismo, enquanto meio estabilizador e projetante da relação entre Estado e Direito, para um nível pós-nacional que promove a estruturação de outro nível de organização político e social nas relações internacionais interestatais, que acontece no âmbito das organizações internacionais. Para os autores, o processo de emancipação do ser humano como sujeito de direito internacional projeta transformações no direito internacional, não mais limitado às relações interestatais de direitos e deveres dos Estados, mas como aquele que inclui também as organizações internacionais, a pessoa humana e a própria humanidade<sup>261</sup>.

Ferrajoli distingue as organizações internacionais em instituições de governo e instituições de garantia. Quanto às primeiras, entende que é essencial o reforço de sua legitimidade pela via democrática, o que entende ser melhor resolvido no âmbito dos Estados nacionais. Já em relação às segundas, ele afirma ser necessário lhes atribuir funções de manutenção da paz, pela proibição da guerra, e de proteção dos direitos humanos, em substituição aos e, inclusive, contra os Estados. Para tanto, propõe a construção de uma “esfera pública internacional”, onde estas instituições exerceriam suas funções, com destaque para a introdução de uma fiscalidade mundial, como um poder supraestatal de imposição tributária para financiar as instituições de garantia, o que seria um pressuposto necessário para uma política internacional redistributiva e fundada nos direitos<sup>262</sup>.

Nesta dimensão da expansão subjetiva da comunidade internacional, não se pode deixar de mencionar o surgimento de blocos regionais, resultantes do processo de integração econômica entre os Estados como forma de fortalecimento para a concorrência no

---

<sup>261</sup> BOLZAN DE MORAIS e VIEIRA. Op. Cit., p. 138-139.

<sup>262</sup> FERRAJOLI, Op. Cit., 2011, p. 231-232. Cf. WUERTH, Ingrid. “International Law in the Post-Human Rights Era” em *Texas Law Review*, Vol. 96, pp. 279-349, 2017.

comércio internacional<sup>263</sup>. O chamado direito comunitário, que resulta da atuação das autoridades legiferantes dos organismos criados pelos Estados para atuarem no âmbito das atribuições concedidas por eles para a promoção de interesses comuns, integra o sistema do direito internacional, na medida em que tais poderes (princípio da atribuição) são conferidos por meio de tratados internacionais. Do ponto de vista da expansão subjetiva, entidades que representam estes blocos regionais, como a União Europeia e o Mercosul, passam a participar da comunidade internacional e não podem ser desconsideradas neste contexto. Como entidades personalizadas, possuem uma atuação singular nas relações internacionais, refletindo a difusão do poder que dilui a esfera de atuação dos Estados.

Delmas-Marty, em um contraponto, apresenta uma crítica ao déficit democrático das instituições internacionais. Primeiro pela predominância em sua composição de agentes do Poder Executivo, já que, no plano mundial, é uma função que normalmente se remete aos representantes dos governos dos Estados, ou a pessoas por eles indicadas. O Judiciário internacional apresenta incertezas, seja pela adesão parcial dos Estados, seja pela existência de jurisdição facultativa. Por fim, a autora aponta as fragilidades de uma noção de Legislativo mundial, já que os cidadãos não participam do processo de elaboração das normas<sup>264</sup>.

No caso das entidades supranacionais, sobressai-se o caso da União Europeia, onde o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (atualmente, Tribunal de Justiça Europeu), mesmo sem previsão expressa de tais poderes nos tratados constitutivos, assumiu a autoridade de produzir um conjunto normativo que passou a funcionar como constituição do processo de integração dos Estados membros das Comunidades europeias (Comunidade Econômica Europeia, Comunidade Europeia do Carvão e do Aço e Comunidade Europeia da Energia Atômica). Desde as célebres decisões *Van Gend em Loos* e *Costa/Enel*, de 1963 e 1964, que estabeleceram o efeito direto das normas comunitárias e, posteriormente, sua primazia sobre o direito interno dos Estados, inclusive em relação às constituições, no acórdão *Internationale Handelsgesellschaft*, de 1970, o Tribunal de Justiça Europeu criou a consistência normativa necessária para que a União Europeia fosse criada, nos anos 1990<sup>265</sup>.

---

<sup>263</sup> José Eduardo Faria chama atenção para a “internacionalização do Estado, mediante o advento dos processos de integração formalizados pelos blocos regionais e pelos tratados de livre comércio e a subsequente revogação dos protecionismos tarifários, das reservas de mercado e dos mecanismos de incentivos e subsídios fiscais” (FARIA, Op. Cit., 2010, p. 11).

<sup>264</sup> DELMAS-MARTY, Mireille. **Três desafios para um Direito Mundial**. Trad. Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 149-167.

<sup>265</sup> BORGES, Thiago Carvalho. **Curso de Direito Internacional e Direito Comunitário**. São Paulo: Atlas, 2011.



A expansão subjetiva pode ser percebida ainda na atuação de entes não estatais nas relações internacionais no contexto de uma sociedade mundial. A formação de uma sociedade civil internacional multifacetada, construída a partir da atuação transfronteiriça de empresas transnacionais, de organizações não governamentais internacionais, de associações internacionais de sujeitos de direito interno com atuação global, de grupos armados beligerantes e mesmo de indivíduos, proporciona uma ampliação dos campos de incidência da ordem internacional, concebida na visão integrativa de Phillip C. Jessup como uma ordem jurídica transnacional.

Segundo Thornhill, o sistema político da sociedade contemporânea abrange e incorpora os domínios políticos nacional e supranacional e acrescenta importantes dimensões transnacionais às instituições políticas situadas e operantes nos contextos nacionais e supranacionais. Neste aspecto, o autor indica que, no plano transnacional, o sistema político é definido pelo direito internacional, baseado em normas originalmente surgidas dos acordos entre Estados. Mas aponta que este sistema adquiriu uma “fábrica jurídica interna”, independente da vontade dos Estados, que é gerada por múltiplas fontes criadoras de normas, como as sociedades empresárias, entidades reguladoras, associações privadas, organismos não governamentais e agências de avaliação de riscos e de padronização de operações, que normalmente não possuem qualquer autoridade pública chancelada por um Estado<sup>266</sup>.

Esta expansão subjetiva da comunidade internacional tem suscitado um discurso de fragmentação societal que pulveriza em diversos polos a política e o direito, produzindo uma série de domínios de atuação dos diversificados interesses existentes em ambiente global. Neste sentido, o Estado perde a sua predominância no estabelecimento do sistema jurídico, embora mantenha a centralidade com a reserva do uso da força. Mesmo se mantendo no centro, o direito interno dos Estados precisa conviver com o direito produzido coletivamente no ambiente mundial. Neste sentido, até mesmo o poder constituinte originário dos Estados encontrará no sistema de direito internacional previamente estabelecido as condições de sua atuação na forma de assembleia constituinte, já que as constituições dos Estados devem se harmonizar com as normas internacionais de coexistência e de cooperação, estabelecendo, a partir deste processo comunicativo, um sistema jurídico de matriz estatal.

## 2.5 FRAGMENTAÇÃO E UNIDADE DO DIREITO INTERNACIONAL

---

<sup>266</sup> THORNHILL, Op. Cit., 2014, p. 367.

O terceiro aspecto da expansão do direito internacional se reflete na proliferação de cortes internacionais na segunda metade do século XX. Além da Corte Internacional de Justiça, derivada da antiga Corte Permanente de Justiça Internacional, que vem do período entreguerras, a diversificação das questões reguladas pelo direito internacional resultou na criação de instituições regionais e universais de solução de conflitos envolvendo a aplicação do direito internacional.

Como ilustração desta realidade, existem, no plano universal, o Tribunal Internacional para o Direito do Mar, o Órgão de Solução de Controvérsias da OMC e o Tribunal Penal Internacional, e, no plano regional, o Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul, a *Caribbean Court of Justice*, a *Central American Court of Justice*, o Tribunal de Justiça Europeu, a *Court of the Eurasian Economic Community*, a *Arab Investment Court*, entre outras cortes ligadas a entidades regionais africanas como a *Central African Economic and Monetary Community* (CEMAC), a *Organisation for the Harmonization of Business Law in Africa* (OHADA), a *West African Economic and Monetary Union* (WEAMU) e a *Common Market for Eastern and Southern Africa* (COMESA). Na proteção de direitos humanos, destacam-se a Corte Europeia de Direitos Humanos, a Corte Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos.

A proliferação dos órgãos de solução de controvérsias pode ser considerada uma decorrência natural da expansão normativa e subjetiva da ordem internacional, bem como do processo de formação de uma comunidade internacional global. A doutrina, no entanto, tem apontado para os riscos decorrentes dessa multiplicação de tribunais, que poderia resultar na fragmentação do direito internacional em razão dos possíveis conflitos de jurisdição e da possibilidade de decisões conflitantes que levaria à perda de uma perspectiva uniforme do direito<sup>267</sup>.

O Tribunal Internacional para os Crimes na ex-Iugoslávia, no caso *Tadić*<sup>268</sup>, decidiu que, pela falta de uma estrutura centralizada, “o direito internacional não dispõe de um sistema judicial integrado”. No caso *Kvočka*<sup>269</sup>, o mesmo tribunal afirmou que, apesar de a Corte Internacional de Justiça ser o principal órgão judicial do sistema das Nações Unidas, não havia relação hierárquica entre as duas cortes. Para uma parte da doutrina, decisões como estas desafiam a integridade do direito internacional e comprometem a percepção do conjunto

---

<sup>267</sup> CDI, *Fragmentation Report*, p. 11.

<sup>268</sup> International Tribunal for Crimes in former Yugoslavia (ITCY). Case *Prosecutor v. Tadi* (1996). Cf. BURKE-WHITE, William W. “International Legal Pluralism” em **Michigan Journal of International Law**, Vol. 25, 2004, pp. 963-979., p. 972.

<sup>269</sup> ICTY, Appeals Chamber. Case *Prosecutor v. Kvočka* (2001).

normativo internacional como um sistema jurídico. Em uma perspectiva sistêmica, o que é relevante é que as decisões dos órgãos de solução de controvérsia confirmam operatividade às normas que estruturam o direito internacional, possibilitando, a partir da recursividade, uma descrição capaz de distingui-lo da política.

Além dos tribunais internacionais permanentes e das cortes *ad hoc* criadas pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas nos anos 1990, também surgiram diversos tribunais internacionais híbridos em matéria penal, conectando ordens domésticas com a ordem jurídica internacional, com vistas a julgar casos de grande gravidade na violação de direitos humanos. São exemplos de tribunais penais híbridos a *Special Court for Sierra Leone* (SCSL), os *Special Panels for Serious Crimes in the District Court and Court of Appeal of Dili in East Timor* (Dili Panels); os *Regulation 64 Panels in Kosovo* (Regulation 64 Panels); a *War Crimes Chamber of the State Court of Bosnia Herzegovina* (War Crimes Chamber); as *Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia* (ECCC); o *Special Tribunal for Lebanon* (STL); e o *Supreme Criminal Tribunal for Iraq* (Iraq Tribunal).

Virgílio Afonso da Silva, no entanto, sustenta que as decisões de tribunais [internacionais] como a Corte Europeia de Direitos Humanos tem apenas um valor argumentativo e que os tribunais nacionais devem levar tais decisões em consideração “na medida do metodologicamente sustentável”<sup>270</sup>. Esta opinião, contudo, não corresponde às premissas da ordem jurídica internacional contemporânea, que reconhece uma força obrigatória às decisões de cortes internacionais. A ideia de que a observância de decisões internacionais depende de uma adequação metodológica ao funcionamento do sistema jurídico interno ignora a conexão sistêmica que a jurisdição constitucional contemporânea possui com o funcionamento da comunidade mundial.

A revisão do paradigma da coexistência a partir das premissas de cooperação exige uma renovação da percepção dos limites e possibilidades da soberania dos Estados. Inseridos em uma sociedade mundial, na qual interagem sistemas funcionais diferenciados que mesclam e conectam elementos normativos nacionais, internacionais e transnacionais, os Estados não têm total discricionariedade no momento de cumprir uma decisão de um tribunal internacional, uma vez que os valores fundamentais que sustentam a ordem internacional são essenciais para o exercício da própria jurisdição do Estado, que só pode ser exercida na medida em que amparada pelas premissas desta mesma ordem jurídica.

---

<sup>270</sup> SILVA, Virgílio Afonso. “Colisões de direitos fundamentais entre a ordem nacional e a ordem transnacional” em NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalidade do Direito: novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas**. São Paulo: Quartier Latin, pp. 101-112, 2010, p. 109.

O fenômeno da fragmentação do direito internacional vem sendo alardeado por parte da doutrina desde que Wilfried Jenks chamou atenção, em 1953, para a falta de uma entidade legislativa geral para o direito internacional, bem como para os efeitos das revisões de tratados multilaterais, que conduziriam a um risco de conflitos normativos<sup>271</sup>. Aponta-se para o desenvolvimento de esferas de ação e estrutura social nas relações internacionais relativamente autônomas e especializadas, o que seria determinante para a ocorrência da fragmentação do direito internacional.

Para comprovar esta situação, diversos jusinternacionalistas recorrem à doutrina realista de autores como de Hans Morgenthau, Stephen D. Krasner, Robert O. Keohane, Hedley Bull<sup>272</sup> e Joseph S. Nye Jr.<sup>273</sup> que, de um modo geral, negam ou reduzem a autonomia do direito internacional frente às questões políticas. A visão realista indica que a expansão do direito internacional resulta em uma fragmentação que impede que ele seja considerado como uma ordem sistêmica. O realismo reduz o papel do direito, submetendo-o à lógica do jogo do poder político, como um instrumento.

De acordo com Bedin, o realismo político de Morgenthau sustenta, entre os seus princípios, que “o interesse dos estados no sistema internacional é sempre definido em termos de poder”, conseqüentemente os princípios morais universais não podem ser aplicados aos atos dos estados em sua formulação abstrata e universal. A esfera política é autônoma e não pode ser subordinada ao direito, mesmo que não ignore a sua existência e relevância<sup>274</sup>. Krasner sustenta a autonomia dos regimes internacionais, que teria a capacidade de interferir nos interesses dos estados pelo aumento do fluxo de transações, da facilitação do conhecimento e da criação de direitos de propriedade. Neste cenário, os regimes causariam um impacto no poder de grupos específicos da sociedade, além de poderem alterar as capacidades de poder subjacentes de seus membros. No regime internacional contemporâneo, baseado na soberania, os estados são considerados como os únicos atores com o poder ilimitado de agir.<sup>275</sup>

---

<sup>271</sup> JENKS, Wilfried, “The Conflict of Law-Making Treaties”, *BYBIL*, vol. 30, (1953), p. 403, *apud* Comissão de Direito Internacional (CDI). **Fragmentation of International Law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law**. A/CN.4/L.682 (2006), p. 10.

<sup>272</sup> BULL, Hedley. **A Sociedade Anárquica: um estudo da ordem política mundial**. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado/UnB/IPRI, 2002.

<sup>273</sup> NYE, Joseph S., Jr. **Soft Power: the means to success in world politics**. PublicAffairs: New York, 2004.

<sup>274</sup> BEDIN, Gilmar Antônio et al. **Paradigmas das Relações Internacionais**. 3ª ed. Ijuí: Editora Unijuí, 2011, p. 121-122.

<sup>275</sup> KRASNER, Stephen D. “Regimes and the limits of realism: regimes as autonomous variables”, em KRASNER, Stephen D. (ed.). **International Regimes**. New York : Cornell University Press, 1995, p. 359-367.

De acordo com Keohane, os regimes internacionais servem para mitigar os efeitos das incertezas resultantes das constantes e imprevisíveis transformações na geopolítica sobre os Estados. No entanto, permanece a incerteza de se os estados irão manter os compromissos assumidos, o que seria resolvido na base de uma decisão de custo-benefício baseada nos riscos relativos ao grau de dependência de cada estado ao regime internacional em questão<sup>276</sup>.

Estas doutrinas tiveram o mérito de expor um conjunto de argumentos acerca das características do funcionamento da sociedade mundial, como a redução dos instrumentos políticos a disposição dos Estados para o controle das atividades realizadas dentro e fora do seu território, atividades e responsabilidades tradicionais dos Estados (defesa militar, administração da economia, comunicações, sistemas administrativos e jurídicos, por exemplo) que não podem ser realizadas ou assumidas sem o concurso da colaboração de outros atores da comunidade internacional, a expansão de forças e interações transnacionais que reduzem ou restringem a influência dos governos sobre as atividades dos cidadãos, o aumento do grau de integração política entre Estados e o aumento das negociações, arranjos e instituições multilaterais para o controle dos efeitos desestabilizadores resultantes do desenvolvimento das interconexões entre sistemas parciais e o surgimento de uma nova política global que criou um quadro no qual e por meio do qual os direitos e obrigações, poderes e capacidades dos Estados foram redefinidos. Held alerta que, neste cenário, a significação dos processos democráticos precisa ser considerada no contexto de uma sociedade multinacional, multilógica e internacional<sup>277</sup>.

A doutrina realista parte de premissas verdadeiras, meramente descritivas da realidade, demonstrando inicialmente que a igualdade soberana é uma ficção jurídica e que o direito internacional se forma como uma linguagem de poder. No entanto, as conclusões que apresentam negam que o direito internacional possa ser compreendido como um “sistema jurídico”. Nesta linha de raciocínio, Martti Koskenniemi<sup>278</sup> aponta a impossibilidade de se articular de maneira coerente a normatividade e a concretude do argumento jurídico internacional.

---

<sup>276</sup> KEOHANE, Robert O. “The demand for international regimes”, em KRASNER, Stephen D. (ed.). **International Regimes**. Nova Iorque: Cornell University Press, 1995, p. 167.

<sup>277</sup> HELD, David. “A democracia, o Estado-nação e o sistema global” em **Lua Nova**, n. 23, março 1991, pp. 145-194, p. 158-160. O próprio Held faz um contraponto ao defender que “aqueles que anunciam o fim do Estado-nação presumem, com frequência, a erosão do poder do Estado em razão das pressões da globalização, e não percebem a persistente capacidade que têm os Estados de formular as orientações políticas nos planos doméstico e internacional. O grau de “autonomia” do Estado moderno em distintas condições não tem sido devidamente apreciado” (HELD, Op. Cit., p. 164).

<sup>278</sup> KOSKENIEMI, Martti. Op. Cit., 2005, p. 554 e ss.

Sob influência da doutrina de *critical legal scholars*, como Roberto Mangabeira Unger<sup>279</sup> e David Kennedy<sup>280</sup>, Koskenniemi sustenta que as operações de elaboração do direito internacional, onde a coerência interna deveria ser produzida, são controversas e falham sempre no momento crucial de solução, impedindo que se construa um sistema completo<sup>281</sup>. O autor então sugere que os juristas internacionais deviam admitir que a solução final das questões jurídicas seria um ato de escolha extrajurídico<sup>282</sup>.

Pierre-Marie Dupuy<sup>283</sup>, por outro lado, admite o caráter fictício da igualdade soberana e a influência do poder na construção do direito internacional. No entanto, para ele, a compreensão do direito internacional como uma ordem estruturada é essencial, pois é ela que, por sua estrutura e unidade, dá significado, abrangência e validade às ações e abstenções do Estado, através das normas a que estão sujeitas. Sem isso, a justaposição de setores padronizados pelo objeto (os chamados “regimes jurídicos”) poderia causar a perda da sintaxe, enquanto relações de concordância, de subordinação e de ordem normativa no direito considerado como linguagem, que permite a criação e a validade das normas que lidam com esses diferentes domínios.<sup>284</sup> O direito internacional como uma ordem jurídica não pode deixar de cumprir esta função de alocação da validade dos padrões internacionais de

---

<sup>279</sup> UNGER, Roberto Mangabeira. **Law in Modern Society. Towards a criticism of Social Theory**. New York: The Free Press, 1976. Sobre a abordagem instrumental do direito, Unger afirma que “law is approached instrumentally, one talks of costs and benefits, and one searches for a Science of policy athe can help the administrative and the professional elite exercise its power in the name of impersonal technique and social welfare” (Op. Cit., p. 241).

<sup>280</sup> KENNEDY, David “International Legal Education”, em **Harvard International Law Journal** (26), 1985, pp. 361-384.

<sup>281</sup> No original, “The idea of the ‘complete system’ cannot be salvaged because the constructive operations whereby internal coherence is produced are both in themselves controversial and produce systems which fail to reflect collective experience. From this it resulted that when legal arguments were formulated, they seemed utopian, when applied, apologist. Legal technique is powerless to explain them in any other way” (KOSKENNIEMI, Op. Cit., 2005, p. 554).

<sup>282</sup> No original, “The international lawyer should take seriously the partial character of his experience. (...) There is no one, coherent explanation of international society, no indivisible legal system which he can rely upon. Uncertainty and choice are an ineradicable part of his practice. Denying this, he will retreat into assimilation or phantasy. Accepting it, he can re-establish an identity for himself as a social actor. This involves a refusal to engage in discussions about general principles and lawlike explanations of international conduct. (...) Engaging in practical reasoning, the lawyer shall have to recognize that solving normative problems in a justifiable way requires, besides impartiality and commitment, also wide knowledge of social causality and of political value and, above all, capacity to imagine alternative forms of social organization to cope with conflict” (KOSKENNIEMI, Op. Cit., 2005, p. 555-557).

<sup>283</sup> DUPUY, Op. Cit., p. 204.

<sup>284</sup> Neste sentido, seguindo a doutrina de Radbruch, que assume um ponto de vista transpessoal, que fundamenta o direito internacional e a formação de uma comunidade internacional, a soberania não é senão uma característica do sujeito de direito internacional: um Estado não é sujeito de direito internacional por ser soberano, mas é soberano por ser sujeito de direito internacional. Não se deve desenvolver o conceito de soberania a partir de uma especulação jusnaturalista, mas a partir do direito internacional (RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 290).

comportamento como uma condição de preservar a sua identidade e existência e, ao mesmo tempo, manter a sua unidade.

Dupuy<sup>285</sup> sustenta a existência de uma unidade material na ordem jurídica internacional. Para o autor, a Carta das Nações Unidas, ao afirmar os direitos dos povos, em cujo nome é proclamada, destacando a ligação funcional estabelecida entre direitos humanos, desenvolvimento econômico e manutenção da paz, manifesta as prioridades normativas do sistema de direito internacional, garantindo um envolvimento lógico. Assim, ele propõe que a Carta “constitui” a ordem jurídica internacional do pós-guerra, ao lhe dotar de uma estrutura normativa e de um sentido orgânico que antes não existia<sup>286</sup>.

Nesta perspectiva, não se pode derrogar o papel do direito em favor da política. Dupuy concorda com Radbruch<sup>287</sup>, para quem o conceito de direito deve orientar-se no sentido da ideia de justiça. Para ele, a justiça não seria um princípio completo, mas o princípio específico do direito, que pauta a sua determinação conceptual: o direito é a realidade cujo sentido é servir à justiça. Assim, o direito se constitui como um sistema fechado, capaz de se distinguir de outros sistemas sociais, mesmo que política e direito sejam sistemas intimamente relacionados<sup>288</sup>.

Ferrajoli sustenta que, pelo menos em um plano normativo, a Carta das Nações Unidas e a Declaração Universal de Direitos Humanos, complementada pelos Pactos Internacionais de Direitos Cívicos e Políticos e de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, transformaram a ordem jurídica do mundo, levando-o do estado de natureza para o estado civil, o que põe em causa ideia de soberania externa e cidadania como pressupostos dos direitos humanos. Para ele, juridicamente, a noção de soberania teria se tornado inconsistente, tanto interna quanto externamente, e a ideia clássica de cidadania desmoronou, pois o exercício de direitos não estava mais atrelada ao pertencimento a uma comunidade política. No entanto, esta transformação teria ocorrido apenas no plano normativo<sup>289</sup>, o que

---

<sup>285</sup> DUPUY, Op. Cit., p. 237.

<sup>286</sup> José Afonso da Silva adverte que a globalização traduz o domínio dos países centrais sobre os periféricos, numa relação de interdependência que ainda rege o concerto das Nações, sendo as posições de defesa dos interesses nacionais tidos como entraves à sua influência, daí porque extirpadas do direito interno. (SILVA, José Afonso. **Poder Constituinte e Poder Popular**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 274).

<sup>287</sup> RADBRUCH, Op. Cit., 2010, p. 51-52.

<sup>288</sup> De acordo com Rodrigues, “el sistema funcional de la política tiene una clara vinculación con el derecho. El sistema político ofrece al sistema del derecho premisas para su toma de decisiones en la forma de leyes positivamente promulgadas. El sistema del derecho, a su vez, ofrece al sistema político la legalidad necesaria para que éste haga uso del poder” (RODRIGUES M., Darío. “Los Límites del Estado en la Sociedad Mundial: de la Política al Derecho” em NEVES, Marcelo (coord.). **Transconstitucionalidade do Direito: Novas Perspectivas dos Conflitos entre Ordens Jurídicas**. São Paulo: Quartier Latin, 2010).

<sup>289</sup> FERRAJOLI, Luigi. “Más allá de la Soberanía y la Ciudadanía” em **Isonomía** n. 9, 1998, pp. 173-184, p. 177-178. Ele critica ainda o fato de a noção de cidadania ter se convertido “en el último privilegio personal, el último

pode ser confirmado pelas inúmeras crises migratórias ocorridas no século XX e também no século XXI.

Treves<sup>290</sup> afirma que o uso da expressão “fragmentação” se tornou uma maneira de descrever a inevitável pluralidade normativa e de regimes do mundo atual. Mesmo assim, o autor sustenta que os problemas e dificuldades resultantes da expansão do direito internacional poderiam, na maior parte dos casos, ser resolvidos por suas próprias ferramentas. Crawford, por exemplo, apesar de efetivamente enxergar uma carência de integração vertical entre as normas de Direito Internacional, indica as questões de fragmentação normativa, proliferação de tribunais e regimes jurídicos como produtos do processo de maturação do sistema de Direito Internacional. Assim, afirma que, tendo em vista um sistema que tem sua origem em relações bilaterais, não faria sentido sugerir que o direito internacional encontre atualmente o seu estado de maior fragmentação<sup>291</sup>.

Para Dieter Grimm, não existe um poder público internacional que possa ser regulado integral e sistematicamente como o poder do Estado na forma de Constituição. Isto porque o poder do Estado é funcionalmente concentrado, mas territorialmente fragmentado e, em seu território, o Estado tem o monopólio do uso legítimo da força física. Enquanto isso, o poder público internacional é territorialmente abrangente, mas funcionalmente fragmentado e nenhuma organização internacional dispõe do uso da força física, que, se for necessária para impor as decisões, deverá ser exercida por meio dos Estados<sup>292</sup>.

A expansão do direito internacional, em todas as suas dimensões, deve ser compreendida como um processo em direção da construção de uma comunidade internacional de Estados e Organizações Internacionais, superando progressivamente o paradigma individualista de reciprocidade que caracterizava as relações internacionais fundadas no voluntarismo vestefaliano. A comunidade internacional faz parte da sociedade mundial, convivendo com outros sistemas sociais, proporcionando a abertura cognitiva necessária para que os Estados possam se comunicar com as demandas do ambiente. Porém, a fragmentação natural da sociedade mundial desafia a integridade da ordem jurídica internacional.

---

factor de discriminación y la última reliquia premoderna de las diferenciaciones por status; como tal, se opone a la aclamada universalidad e igualdad de los derechos fundamentales”.

<sup>290</sup> TREVES, Tullio. “Fragmentation of International Law: The Judicial Perspective” em **Agenda Internacional**, n. 27, 2009, p. 227.

<sup>291</sup> CRAWFORD, James. **Chance, Order, Change: The Course of International Law**. All-Pocket: The Hague, 2014, p. 308.

<sup>292</sup> GRIMM, Op. Cit., 2018, p. 12.



## 2.6 FUNDAMENTO E LEGITIMIDADE DO DIREITO INTERNACIONAL

De acordo com o princípio da atribuição, existem temas jurídicos que, por sua natureza universal, extrapolam a soberania dos Estados e são lançados à regulação no plano internacional. Desde o surgimento dos Estados modernos, divergências acerca dos domínios espaciais resultaram em conflitos cuja resolução jurídica só aconteceu no âmbito da comunidade internacional. O estabelecimento progressivo de normas internacionais relativas à configuração do Estado e aos seus elementos constitutivos indica que uma consciência jurídica se forma com o tempo no desenvolvimento das relações internacionais. O modelo de Vestefália, que garantiu algum nível de estabilidade nas relações entre os Estados soberanos nos séculos XVII e XVIII, resulta do que os doutrinadores da época chamavam de *recta ratio*, ou uma reta razão.

O direito internacional foi criado como fruto da necessidade de os Estados manterem relações pacíficas, o que exigiu que certo grau de previsibilidade em suas condutas na comunidade internacional existisse. Como é observável, a existência do direito internacional é inequívoca; a questão então passou a girar em torno dos fundamentos de sua eficácia e de sua legitimidade para se impor à vontade dos Estados<sup>293</sup>. Como já foi visto acima, do ponto de vista de uma observação de segunda ordem, o direito internacional teve uma importante função na consolidação da supremacia do poder do Estado na sociedade, ao excluir da comunidade internacional todas as outras formas de organização societal.

Já do ponto de vista da estrutura do sistema jurídico, o direito internacional não se constitui como norma superior, não derivando a validade das normas nacionais das normas internacionais. O direito internacional tampouco pode ser considerado como norma das normas (*normae normarum*), pois suas normas não são fontes de produção jurídica das normas de direito interno. No entanto, considerando que o Estado, na condição de sujeito da ordem internacional, possui deveres que suscitam expectativas de comportamento que só podem ser alcançadas por meio da atualização do sistema jurídico interno, aplica-se o princípio da conformidade em relação às normas nacionais relativas às atribuições internacionais do Estado.

---

<sup>293</sup> De acordo com Simioni, “a segurança e a legitimidade permanecem como os cânones que guiam não só a descrição da decisão jurídica em termos de ‘realidade’ do direito, mas também as expectativas que são produzidas e reproduzidas como um ideal de decisão perfeita, correta ou virtuosa”. (SIMIONI, Rafael Lazzarotto. “Decisão, Organização e Risco: a forma da decisão jurídica para além da segurança e da legitimidade” em *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*, v. 37.1, jan/jun 2017, pp. 259-279, p. 260).

Max Weber entende a legitimidade como um atributo do Estado, enquanto um grau de consenso que assegure obediência sem o emprego de força, sendo a legitimidade o elemento central das relações de poder dentro do âmbito estatal. Através da legitimidade tenta-se explicar os motivos pelos quais os governados obedecem aos comandos dos governantes, e também as causas da obrigatoriedade jurídico-política imposta pelo Estado<sup>294</sup>. Para ele, a legitimidade de caráter racional decorre da crença na legalidade de ordenações instituídas e dos direitos de comando dos chamados por estas ordenações a exercer a autoridade, que são as autoridades legais<sup>295</sup>.

Por sua vez, Häberle pontua que o Estado Constitucional Cooperativo vive de necessidades de cooperação no plano econômico, social e humanitário, e afirma a existência de uma “consciência de cooperação”, decorrente da internacionalização da sociedade, da formação de uma rede de dados, de uma opinião pública mundial, das exigências de legitimação externa<sup>296</sup>. Esta “consciência” de cooperação, que se reflete na forma do sistema de direito internacional contemporâneo, reforça a legitimidade da ordem jurídica internacional no estabelecimento dos padrões de conduta dos Estados nas relações internacionais.

Pela teoria da consciência jurídica universal de Cançado Trindade o conjunto normativo internacional passou por um processo de transformação de um elemento amorfo e indefinido para estabelecer um elemento material baseado na participação democrática dos Estados na comunidade internacional, na ampla inclusão promovida na segunda metade do século XX, no desenvolvimento da comunicação e na globalização da economia, da cultura e da sociedade como um todo<sup>297</sup>.

A autoridade da ordem internacional que é atribuída por esta teoria decorre do reconhecimento da concretização de seus efeitos na realidade, refletido no desenvolvimento do direito internacional, na sua institucionalização por meio dos organismos internacionais e pelo processo de jurisdicionalização dos conflitos. A extensão horizontal da consciência jurídica universal como fonte material do direito internacional está na maior participação dos Estados nas relações multilaterais, na formação de espaços públicos acessíveis a todos os Estados para se manifestarem e na contenção do uso da força nas relações internacionais. A

---

<sup>294</sup> WEBER, Max. **Economía e Sociedad**. 2a ed. Trad. José Medina Echevarria et al. Bogotá : Fondo de Cultura Económica, 1977, p. 171. Cf. FARIAS, José Fernando De Castro. **Crítica À Noção Tradicional De Poder Constituinte**. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 1988, p. 87.

<sup>295</sup> WEBER, Op. Cit., 1977, p. 172.

<sup>296</sup> HÄBERLE, Op. Cit., 2007, p. 19.

<sup>297</sup> TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **International Law for Humankind: towards a new Jus Gentium**. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2006, p. 110; TRINDADE, Op. Cit., 2013, 123-124; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A Humanização do Direito Internacional**. 2ª ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 119-120.

extensão vertical da consciência jurídica universal como fonte material está na sua dedução a partir do conteúdo dos instrumentos internacionais que vem sendo criados deste o século XIX, quando se iniciou o multilateralismo<sup>298</sup>.

A criação de organismos internacionais por meio de Cartas constitutivas resulta de uma atribuição de autonomia para estas entidades atuarem em nome dos Estados em temas considerados de natureza internacional. Sobre a Carta das Nações Unidas, Cançado Trindade afirma que “hoje vem ela se movendo além dos confins de sua natureza jurídica original para a realização de seus propósitos, contribuindo para a formação de novos princípios do direito internacional *geral*”<sup>299</sup>.

Os deveres que regem as relações entre os povos incluem, de acordo com Rawls, não apenas a não-agressão e a fidelidade aos tratados, mas também alguma assistência ao desenvolvimento a “povos que vivem em condições desfavoráveis que impedem que eles tenham um regime político e social justo ou decente”<sup>300</sup>. Mas eles não incluem nenhuma justiça socioeconômica liberal análoga. Enquanto Rawls entende que a soberania é limitada pela igualdade moral entre os outros povos, o que impõe obrigações a um Estado, mesmo que não sejam as mesmas que ele deve ao seu próprio povo, Thomas Nagel defende que os direitos humanos universais como fonte das restrições ao exercício externo do poder soberano<sup>301</sup>.

Assim, o direito internacional impõe-se à vontade dos Estados e passa a ditar a construção de normas que irão dar sustentação estrutural ao sistema jurídico internacional<sup>302</sup>. Neste sentido, sua maior expressão encontra-se na abertura da Carta das Nações Unidas, ao remeter a sua legitimidade aos povos<sup>303</sup>, e não aos seus representantes. A remissão à vontade do povo para a construção de uma comunidade internacional fundada em valores como a dignidade humana, o desenvolvimento e a solução pacífica dos conflitos indica a existência de

<sup>298</sup> TRINDADE, Op. Cit., 2006, *passim*. TRINDADE, Op. Cit., 2015, p. 105-107.

<sup>299</sup> TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Princípios do direito internacional contemporâneo**. 2. ed. rev. atual. – Brasília : FUNAG, 2017, p. 352.

<sup>300</sup> RAWLS, John. **The Law of Peoples**. Cambridge : Harvard University Press, 1999.

<sup>301</sup> NAGEL, Thomas. “The Problem of Global Justice” em **Philosophy & Public Affairs**, 33, n. 02, pp. 113-147, p. 136. Nagel, no entanto, é cético em relação ao papel das instituições internacionais, já que elas não atuam em nome dos indivíduos, mas em nome dos Estados que as criaram. Com isso, a responsabilidade destas instituições para com os indivíduos seria “filtrada” pelos Estados que os representam e assumem a responsabilidade primária por estes indivíduos (Op. Cit., p. 138).

<sup>302</sup> Como ensina Marcia Nina Bernardes, “A dimensão *constitucional* do direito internacional apresenta um “modo de comando” diferente: deixa de ser meramente transacional e denota o surgimento de um senso de comunidade existente em algumas áreas da vida internacional”. (BERNARDES, Marcia Nina. “Esferas públicas transnacionais: entre o realismo vestfaliano e o cosmopolitismo” em **Revista Direito GV**, vol.10, no.1, São Paulo jan./jun. 2014, p. 8).

<sup>303</sup> A referência da Carta das Nações Unidas, no preâmbulo (*We the peoples of the united nations*), à fórmula *we the people* utilizada pela Constituição dos Estados Unidos denota o seu propósito de se legitimar como norma constitutiva de uma ordem jurídica internacional.

uma consciência jurídica universal, que advém da própria condição humana e que se manifesta por meio da Carta justamente após um conflito fundado em razões de Estado em que a condição humana totalmente esquecida, transformada em um meio para a consecução de fins que em nada lhe diziam respeito. A Carta emerge em uma situação de ruptura, que pode ser considerado de verdadeira revolução, na medida em que eram demandados novos princípios fundamentais, o eixo de poder que esteve centrado no continente europeu por séculos se dissipou, bipolarizado em duas novas potências, novos Estados emergiram, e outros se libertaram, e todos os ideais de antes das Guerras entraram em ampla revisão. Neste cenário que surge a Carta das Nações Unidas, como fruto da manifestação dos povos, trazendo uma nova tábua de valores fundamentais. Não pela criação da ONU, que refletiu a *realpolitik* na sua estrutura e foi concebida com um papel muito claro de restabelecer e garantir a estabilidade nas relações geopolíticas do pós-guerra, mas pelos propósitos de criação de uma comunidade internacional mais democrática, mais inclusiva e mais igualitária. Esta seria a “consciência jurídica universal” aventada por Cançado Trindade<sup>304</sup> que se manifesta na Carta e se apresenta como elemento material de fundamento de todo o sistema jurídico internacional. Accioly, por sua vez, já afirmava que a necessidade de uma lei internacional seria uma consequência natural da formação de uma comunidade internacional de Estados<sup>305</sup>.

Para Dworkin, um governo seria legítimo na medida em que ele tivesse igual respeito por todos os membros que estão sujeitos a sua autoridade. Para a doutrina voluntarista, o princípio que garante a obrigatoriedade do direito internacional é o do consentimento. Ele afirma, no entanto, que este não é um teste adequado para justificar política ou moralmente a existência do direito internacional, pois ele estaria preso à soberania westfaliana<sup>306</sup>.

Neste sentido, atribuir-se como fundamento do direito internacional o consentimento seria um equívoco porque o próprio valor do consentimento dependeria de um princípio mais amplo, que o tornasse legítimo. A prova de que este é um teste falho é que o direito internacional tem que conviver com inconsistências, como a existência de normas que independem do consentimento, como os *jus cogens*. Portanto, a teoria fundada no consentimento não é adequada para explicar a autoridade do direito internacional.

---

<sup>304</sup> TRINDADE, Op. Cit., 2006, e TRINDADE, Op. Cit., 2015.

<sup>305</sup> ACCIOLY, Hildebrando. **Tratado de Direito Internacional Público**. Vol. I. São Paulo : Quartier Latin, 2009, p. 38.

<sup>306</sup> DWORKIN, Ronald. “A New Philosophy for International Law” em **Philosophy & Public Affairs**, 41, no. 1, 2013, p. 19.

Dworkin propõe uma justificativa diferente. A partir da premissa de que todos os Estados têm uma soberania que pode levar a uma série de danos à humanidade, cada Estado tem o dever de mitigar estes danos, criando uma ordem internacional. Assim, a legitimidade interna daria sustentação à externa, pois eles têm obrigação de criar uma ordem internacional porque existe uma obrigação de estabelecer normas legítimas para seu próprio povo. A obrigação que o Estado tem de se conduzir de maneira a constituir uma ordem internacional deriva da obrigação que todo Estado tem de garantir a legitimação de suas próprias normas. Da mesma forma que as pessoas precisam manter entre elas uma relação de autorrespeito e consideração, os Estados precisam manter o mesmo entre eles para legitimarem suas ações<sup>307</sup>.

Como a comunidade internacional tem deveres em relação aos sujeitos, de proteção e garantia dos direitos dos Estados, eles têm obrigação de cumprir o direito internacional. Pode-se fundamentar moralmente o direito internacional no dever que a comunidade tem de garantir a sua própria legitimidade, criando uma ordem jurídica legítima à qual todos os membros se submetam. Pelo princípio da saliência, Dworkin afirma que, se um número significativo de Estados, envolvendo um número significativo de pessoas, desenvolveu um acordo sobre uma prática, seja por tratado, seja por outras formas de coordenação, então os outros Estados tem o dever de subscrever essa prática também, com a condição de que esse dever somente é válido se a prática mais geral iria aumentar a legitimidade de cada um dos Estados subscritores e do direito internacional como um todo<sup>308</sup>.

De um ponto de vista sociológico, o fundamento da legitimidade do direito internacional é funcional. Sua criação se deu porque a ele foi atribuída uma função<sup>309</sup>. A diferenciação funcional do sistema jurídico internacional se torna observável a medida que os Estados começam a fundamentar suas condutas em normas internacionais, que os conflitos internacionais passam a ser solucionados pela jurisdição internacional e que a positivação das normas internacionais gerais permite a apreensão da integralidade do seu conteúdo. A autopoiese do sistema jurídico internacional tornou necessária uma abertura cognitiva que permitisse diálogos heterorreflexivos com os demais sistemas parciais e transversais com os sistemas jurídicos estatais.

Como já se observou acima, as demandas provocadas pelos sistemas sociais parciais da sociedade mundial impuseram transformações na estrutura do direito

---

<sup>307</sup> DWORKIN, Op. Cit., 2013, p. 20.

<sup>308</sup> DWORKIN, Op. Cit., 2013, p. 19-21.

<sup>309</sup> A função é uma diferença com a qual o sistema orienta suas operações no atendimento de prestações aos demais sistemas do seu ambiente. A função que um sistema desempenha na sociedade não constitui a base autorreferencial de suas operações, mas ela orienta a autopoiese à unidade da multiplicidade do sistema (SIMIONI, Op. Cit., 2006, p. 169).

internacional. Com a sua evolução, surgiram as organizações internacionais e às normas de coexistência foram acrescentadas as normas de cooperação, de caráter positivo, o que elevou as pretensões da comunidade internacional. Inevitavelmente, todo este processo que evidencia a função do sistema jurídico internacional serve como fundamento e legitima a influência que o sistema de direito internacional passou a exercer nos processos de constitucionalização dos Estados.

### **3 A CONSTITUIÇÃO E O DIREITO INTERNACIONAL NA SOCIEDADE MUNDIAL**

No presente Capítulo serão discutidas as principais teorias constitucionais clássicas como ponto de partida para uma análise das transformações do constitucionalismo a partir de doutrinas que consideram a inserção do Estado constitucional na sociedade mundial. As teorias clássicas que analisam a Constituição como norma tendem a reduzir a importância do direito internacional, subordinando-o logicamente às normas constitucionais. No que tange ao poder constituinte, costuma haver uma preponderância do entendimento de seu caráter absoluto, especialmente em relação às condições jurídicas de seu exercício. Deve-se perceber, no entanto, que mesmo uma parte da doutrina clássica reconhece que determinadas normas internacionais, como as relativas aos direitos humanos, por exemplo, devem ser consideradas como supranacionais, o que implicaria na sua observação necessária no momento da manifestação do poder constituinte.

A seguir, serão consideradas as doutrinas contemporâneas que observam o Estado como organização da sociedade mundializada e suas implicações sobre o direito constitucional. A partir das premissas teóricas de uma sociologia da constituição, serão analisadas três diferentes perspectivas que consideram o direito constitucional na sociedade mundial, bem como a situação do Estado de Direito na sociedade mundial para, então, considerar como o sistema de direito internacional se relaciona com as constituições dos Estados.

Neste último ponto procura-se verificar em que medida, e em que condições, o sistema de direito internacional interage comunicativamente com a Assembleia Constituinte como organização legitimada para manifestar o poder constituinte.

#### **3.1 TEORIAS CONSTITUCIONAIS CLÁSSICAS**

O conceito histórico-universal de Constituição remete à ideia de que, em todos os lugares e em todas as épocas, sempre existiu uma constituição nas comunidades humanas. Em um sentido material, uma comunidade é enxergada a partir da observação de uma série de elementos, dentre os quais estão a identidade, enquanto diferenciação entre nós e os outros; a organização social e especialização, no sentido de quem detém o poder, como comanda e como essa estrutura se reproduz socialmente; e os valores subjacentes que constituem as

regras de comportamento e caracterizam a comunidade e seus membros<sup>310</sup>. A Constituição material, neste caso, seria o “modo de ser” de uma comunidade<sup>311</sup>. De uma perspectiva sociológica, todas as comunidades, organizadas na forma de Estado ou não, tiveram uma constituição material em todos os momentos de sua história, como dado incontroverso de sua própria existência. McIlwain, por exemplo, ensina que a palavra grega *politeia*, no sentido de “o Estado tal como realmente é”, coincide com um dos mais antigos significados da palavra “constituição”<sup>312</sup>.

A progressiva ascensão dos reinos na forma de Estados soberanos, a consolidação da nova ordem internacional em Vestefália, as conquistas de direitos subjetivos pela burguesia e a primeira onda de publicações iluministas ocorridas no século XVII fizeram com que no século XVIII se modificasse profundamente o sentido de conceitos da semântica social e política na Europa, com repercussões em outras partes do mundo, onde a cultura europeia havia se difundido nos séculos anteriores.

As transformações sociais produziram uma nova necessidade de sentido para conceitos de diferentes sistemas funcionais, inclusive o de Constituição. Originalmente, a ideia de *constitutio* se refere, no Direito, a decretos de direito positivo com força de lei e, na Política, à constituição corpórea de uma entidade ou instituição. A inovação linguística que se opera torna a Constituição um texto jurídico que, simultaneamente, fixa a constituição política de um Estado, como uma terminologia que interpenetra o direito e a política<sup>313</sup>.

Lassale propôs uma explicação da Constituição a partir de um enfoque sociológico, considerando-a como essência da soma dos fatores reais de poder que regem a sociedade. As forças sócio-políticas representam o poder ativo dentro de uma sociedade e, quando esses fatores reais se convertem em fatores jurídicos, ocorre uma série de procedimentos que culminam na elaboração de normas em um documento escrito: a

<sup>310</sup> FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed. rev. amp. e atual. Salvador : JusPodium, 2014, p. 29-30.

<sup>311</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 5ª ed. Coimbra : Almedina, 1992, p. 60.

<sup>312</sup> MCILWAIN, Charles Howard. **Constitucionalismo Antigo y Moderno**. Trad. José Rovira Armengol. Buenos Aires : Editorial Nova, 1947, p. 40.

<sup>313</sup> LUHMANN, Niklas. A Constituição como Aquisição Evolutiva. Tradução livre feita por Menelick de Carvalho Netto a partir do original *La costituzione come acquisizione evolutiva*. In: ZAGREBELSKY, Gustavo (coord). **Il Futuro Della Costituzione**. Torino: Einaudi, 1996, p. 10. Disponível na Internet em <http://pt.scribd.com/doc/31253250/LUHMANN-Niklas-A-constituicao-como-aquisicao-evolutiva>. Acesso em: 06 jun. 2017, p. 3. Dieter Grimm ensina que, antes das Constituições do século XVIII, a palavra *constitution* existia em um sentido diferente, descritivo, e não prescritivo (GRIMM, Op. Cit, 2018, p. 3). Mary Sarah Bilder afirma que “American constitutionalism has been enamored of one particular transformation: the shift from the organic, unwritten British constitution to the defined and enumerated written American Constitution. This appealing orthographical shift, however, is our own creation. The word “constitution”—in the small *c* sense—often appeared in the pre-1776 period with a capital *C*.” (BILDER, Mary Sarah. “Colonial Constitutionalism and Constitutional Law” em BROPHY, Alfred L.; HAMILTON, Daniel W. (eds.) **Transformations in American Legal History: Essays in Honor of Morton J. Horwitz**, Cambridge: Harvard University Press, 2009).



Constituição. Neste sentido, a Constituição que não traduzir os fatores reais de poder não teria viabilidade. Lassale ainda completa que a presença do antagonismo dos interesses econômicos existentes na sociedade fortalece o sentido sociológico da Constituição<sup>314</sup>.

Para Luhmann, a Constituição acopla o sistema político com o direito, o que tem como consequência que as decisões políticas contrárias à lei não são amparadas pelo poder organizado na forma de Estado, ao passo que a Constituição torna possível que o sistema jurídico passe por inovações mediante a legislação produzida politicamente. Inserem-se neste contexto de transformações a positivação do direito e a democratização da política, como processos comunicativos em situações de integração e desintegração dos sistemas, em que um condiciona o outro. Na ordem constitucional, a política atua administrativamente conforme as possibilidades jurídicas positivadas e o direito permite ser modelado conforme a vontade política democrática. As operações, embora entrelaçadas recursivamente em cada um dos sistemas e, portanto, não autônomas, permanecem separadas. Assim, a importância política de uma lei não tem nenhuma relação com a sua validade jurídica<sup>315</sup>.

Este modelo, no entanto, não representou uma inovação de temática, senão, apenas uma inovação de sentido, que converge com a ideia de que a sociedade política pudesse ser estabelecida de forma jurídica, como, por exemplo, ser fundada mediante um contrato social, bem como na identificação das noções de lei e *imperium*, que já decorria da recepção do direito romano na Idade Média. Como Neves ensina, esse conceito empírico de Constituição indica que em toda sociedade ou Estado existem relações estruturais de poder que são determinantes das formas jurídicas<sup>316</sup>.

Contudo, as teorias constitucionais clássicas se moldaram em um modelo de sociedade considerada como conjunto de cidadãos que, ao participarem do processo político, concordam com a limitação de suas esferas individuais, transferindo deliberadamente para o Estado o controle do poder. Portanto, presume-se aqui uma relação hierárquica de subordinação, reconhecendo-se ao direito a função de ordenar o comportamento de todos os participantes da sociedade, inclusive do próprio Estado. Estas teorias tendem a colocar o direito internacional em uma posição subalterna em relação ao direito constitucional, o que leva à negação de sua influência no processo de manifestação do poder constituinte.

No sentido jurídico, o conceito de Constituição está relacionado à noção de Estado enquanto organização da sociedade. São muitos os movimentos constitucionais na

---

<sup>314</sup> LASSALE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. 9ª ed. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 2014.

<sup>315</sup> LUHMANN, Op. Cit., 2006, p. 620.

<sup>316</sup> NEVES, Op. Cit., 2009, p. 54.

modernidade, conceito no qual se insere a Revolução Gloriosa ocorrida na Inglaterra, em 1688-89, que consagrou a supremacia do parlamento, instituindo uma Constituição material em seu sentido jurídico. A Constituição formal surge nos movimentos constitucionais dos Estados Unidos e da França, o que transforma o conceito de Constituição como uma ordenação sistemática e racional da comunidade reproduzida em um documento escrito. Juridicamente, a Constituição deixa de ser uma descrição do “modo de ser” da comunidade e se torna o “ato constitutivo” do Estado como organização da sociedade. Com isso, a noção de Constituição material não deixa de existir, mas ela passa a ser incorporada no texto da Constituição formal.

Portanto, do ponto de vista estritamente jurídico, a Constituição, como norma que institui o Estado, é observada como a norma das normas, ponto a partir do qual são observadas todas as leis e atos normativos e avaliadas em função da sua conformidade ou não, aplicando-se o código binário “lícito/ilícito” na modalidade como “constitucional/inconstitucional”. A Constituição abrange, assim, a validade, a materialidade, a temporalidade, a pessoalidade e a territorialidade das normas jurídicas, perpassando transversalmente todo o sistema jurídico<sup>317</sup>. Como autofundamentação do direito, a Constituição implica a superação dos fundamentos jusnaturalistas externos do direito<sup>318</sup>.

De acordo com Dallari, as finalidades da Constituição no século XVIII foram: o estabelecimento de uma ordem social que se baseasse nos valores da liberdade e da igualdade proclamados pela burguesia; a delimitação das possibilidades de interferência do governo [Estado] na autonomia privada (celebração de contratos), realização de negócios e utilização do patrimônio (liberdade); o direito de participação no governo, ter acesso a direitos e aos espaços públicos (igualdade); a limitação do poder político, assegurando a distribuição do poder para evitar a sua concentração; a racionalização da organização da sociedade e do governo, limitados pelo princípio da legalidade, considerando-se a lei como o resultado espontâneo e necessário das relações humanas racionalmente estabelecidas, e não como o produto da vontade arbitrária de poucos. A teoria constitucionalista clássica afirma que a Constituição oitocentista surgiu como declaração formal e solene, por escrito, destes objetivos, mesmo que não alcançasse a todas as pessoas, já que aqueles que não possuíam poder econômico não poderiam gozar de tais conquistas. Dallari assim enumera os objetivos

---

<sup>317</sup> Julios-Campuzano indica que a mudança da Constituição de manifesto político para norma jurídica como causa de destruição do dogma estatalista de supremacia absoluta da lei, o que produz uma mudança substancial na configuração do ordenamento jurídico e na concepção de Direito que o acompanha (JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. “Crisis del Estado y estado constitucional” em **Revista Secuencia**, n. 57, 2008, pp. 9-30, p. 13).

<sup>318</sup> NEVES, Op. Cit., p. 59-60.

da Constituição: “declarar e assegurar os direitos fundamentais dos indivíduos, disciplinar o uso do poder e promover a organização racional da sociedade e do governo, impedindo que o poder político fosse concentrado nas mãos de um ou de alguns”<sup>319</sup>.

De acordo com Thornhill, as teorias constitucionalistas surgidas após as primeiras Constituições do século XVIII as definiam como normas garantidoras da legitimidade do Estado. A Constituição, assim, imporia normas externas ao poder político, o que assegura o controle e o limite do exercício do poder por meio de princípios normativos relativamente formalizados. Ao examinarem a Constituição da perspectiva da dicotomia fato/norma, essas teorias definem a Constituição como normas consolidantes do sistema jurídico que são originalmente externas ao poder político. Assim, ela é percebida como norma legitimadora do poder político por causa de sua possibilidade de submetê-lo aos constrangimentos normativos que são relativamente indiferentes às formatações, localizações e aplicações factuais do seu exercício<sup>320</sup>.

Gilberto Bercovici afirma que as Constituições do século XX, especialmente após a Segunda Guerra Mundial, assumem um conteúdo político, já que englobam os princípios de legitimação do poder, e não apenas sua organização. Assim, o campo constitucional foi ampliado para abranger não somente o Estado, mas toda a sociedade<sup>321</sup>. Atienza aponta que as Constituições atuais se caracterizam pela utilização de enunciados semanticamente abertos que fazem referência a princípios e valores, o que faz com que o Direito se torne muito mais maleável e indeterminado do que no século XIX, o que supõe conceder mais poderes aos juízes, responsáveis por interpretar e aplicar suas normas. Com isso, a validade das normas jurídicas passa a depender não somente de critérios procedimentais e formais, mas também de uma adequação material à Constituição. Neste cenário, torna-se muito mais importante a fundamentação das decisões, principalmente as judiciais, e os espaços que antes eram privativos da política passam a ser controlados também pelo direito. Se, por um lado, este sistema tende a levar a sério os direitos fundamentais e os valores da democracia, por outro lado, ele põe em risco a autonomia pessoal, uma vez que a

---

<sup>319</sup> DALLARI, Op. Cit., 1985, p. 12.

<sup>320</sup> THORNHILL, Chris. “Niklas Luhmann and the sociology of the constitution” em **Journal of Classical Sociology**, n. 10(4), 2010, pp. 315-337, p. 316.

<sup>321</sup> BERCOVICI, Gilberto. “Constituição e Política: uma relação difícil” em **Lua Nova**, n. 61, pp. 5-24, 2004, p. 9.

indeterminação e a incerteza do direito impedem que se saiba, com precisão, quais podem ser as consequências jurídicas de uma conduta<sup>322</sup>.

Assim, nos itens a seguir, primeiramente, serão delineadas as principais abordagens clássicas sobre a Constituição e o direito constitucional, que continuam a prevalecer na prática da aplicação do direito, principalmente em Estados periféricos, como no caso da América Latina. Partindo da compreensão da doutrina clássica do poder constituinte, será analisada a crítica de Antonio Negri, que propõe o conceito de poder constituinte como crise da modernidade. Ao final, será feita uma breve abordagem sobre o poder constituinte reformador, que terá um propósito próprio na aplicação da tese proposta no Capítulo seguinte.

### 3.1.1 Constituição e Direito Constitucional

A teoria constitucionalista clássica considera a Constituição como norma jurídica que se pressupõe superior a todas as demais normas do ordenamento jurídico em uma relação lógica de conformação hierárquica. As diversas formas de explicar seus fundamentos não modificam o fato de que se considera existir uma relação de subordinação da sociedade como um todo ao sistema jurídico, onde a Constituição se encontra no ápice.

Karl Schmitt deu à Constituição um enfoque político, ao sustentar que, em sentido positivo, ela seria decorrente de “uma decisão de conjunto sobre modo e forma da unidade política”. Os aspectos jurídicos seriam técnicas normativas por meio das quais esse “absoluto” estaria organizado e o que conferiria a este conjunto de normas o caráter de Constituição seria uma “decisão política fundamental”<sup>323</sup>. A identificação entre ordenamento jurídico e Estado serviu de suporte ideológico para a consolidação do constitucionalismo no século XIX, em um contexto de complexidade socioeconômica decorrente da crescente diferenciação dos sistemas funcionais<sup>324</sup>.

De acordo com Ferraz Jr., na teoria de Schmitt, “a Constituição nada mais é que um Estado e um Estado é essa unidade política concreta, onde está tudo e para o que tudo converge”<sup>325</sup>. Marcelo Neves aponta que, ao subordinar o direito imediatamente à política, Schmitt sustenta que as leis constitucionais tem uma posição subalterna em relação à decisão

<sup>322</sup> ATIENZA, Manuel. “Constitucionalismo, Globalización y Derecho”, em Federación de Cajas de Ahorros Vasco-Navarras (ed.). **La globalización en el siglo XXI: retos y dilemas**, Vitoria-Gasteiz : Federación de Cajas de Ahorros Vasco-Navarras, 2008, p. 215-216.

<sup>323</sup> SCHMITT, Carl. **O Conceito do Político**. Trad. Alexandre Franco de Sá. Coimbra : Edições 70, 2015.

<sup>324</sup> FARIA, José Eduardo. “Introdução” em FARIA, José Eduardo (org.). **Direito e Globalização Econômica: implicações e perspectivas**. São Paulo : Malheiros, 2010, p. 6.

<sup>325</sup> FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Constituinte: assembleia processo poder**. 2ª ed. ampl. São Paulo : RT, 1986, p. 17.

política fundamental. Em razão disso, este conceito de Constituição só seria aplicável a Estados em que não houvesse a diferenciação funcional entre direito e política<sup>326</sup>. Nesta linha, Atienza ensina que, em sentido mais estrito, uma Constituição supõe, além do desenho e organização dos poderes de decisão de uma comunidade, que esta organização seja inspirada no princípio da separação dos poderes e uma declaração de direitos. Assim, só existiria Constituição nos Estados de Direito. Para o autor, a ideia de “constitucionalismo” hoje faz referência a um ordenamento jurídico constitucionalizado, caracterizado por uma Constituição densamente povoada de direitos e capaz de condicionar a legislação, a jurisprudência, a ação dos atores políticos e as relações sociais<sup>327</sup>.

Segundo Loewenstein, a decisão política fundamental é uma eleição entre várias possibilidades políticas fundamentais que se encontram presentes na comunidade; são resoluções decisivas e determinantes no presente e, frequentemente, para o futuro da comunidade em questão. Nesse sentido, o autor acrescenta que todas as constituições apresentam “una decisión política fundamental” sobre a adoção do modelo de organização política (*monarquía constitucional o la república, el parlamentarismo o el presidencialismo*), mas adverte que “estas oportunidades para el ejercicio del poder constituyente se suelen dar raramente”. Haverá necessidade de tomar outras decisões políticas fundamentais no enfrentamento de diferentes interesses e ideologias<sup>328</sup>.

Para Kelsen, considerando que o Estado seria uma ordem jurídica, “a constituição do Estado, geralmente caracterizada como sua ‘lei fundamental’, é a base da ordem jurídica nacional”<sup>329</sup>. A norma fundamental proposta por Kelsen não é criada em um procedimento jurídico por um órgão criador do direito, mas é válida por ser pressuposta como válida, porque “sem essa pressuposição nenhum ato humano poderia ser interpretado como um ato jurídico e, especialmente, como um ato criador do Direito”. Assim, o documento que corporifica a primeira Constituição de um Estado é uma norma de caráter obrigatório, tendo como condição apenas que seja uma norma fundamental seja pressuposta como válida<sup>330</sup>.

Em resposta ao positivismo de Kelsen, Rudolf Smend sustenta que o aspecto mais relevante da Constituição não é a sua normatividade, mas sua realidade integradora, permanente e contínua<sup>331</sup>, em razão de seus valores materiais próprios. Para Smend, a Constituição é a ordenação jurídica da dinâmica vital na qual se desenvolve a vida do Estado

---

<sup>326</sup> NEVES, Op. Cit., 2009, p. 56.

<sup>327</sup> ATIENZA, Op. Cit., 2008, p. 213-214.

<sup>328</sup> LOEWENSTEIN, Op. Cit., p. 63.

<sup>329</sup> KELSEN, Op. Cit., 2000, p. 369.

<sup>330</sup> KELSEN, Op. Cit., 2000, p. 169-170.

<sup>331</sup> BERCOVICI, Op. Cit., 2004, p. 9.

como um processo de integração. “A finalidade deste processo é a permanente reestruturação da realidade total do Estado: e a Constituição é o modelo legal ou normativo de determinados aspectos deste processo”<sup>332</sup>. Na mesma linha de entendimento, Müller afirma que “uma constituição é a normatização de aspectos individuais do processo no qual o Estado produz constantemente seu processo vital”. Assim, ela não deve visar particularidades, mas “a totalidade do Estado e a totalidade do seu processo de integração”<sup>333</sup>.

Percebe-se, aqui, três linhas discursivas que foram fundamentais para as doutrinas constitucionalistas no século XX no Brasil, especialmente no momento em que ocorreu a Assembleia Constituinte em 1987-88. Primeiro, a Constituição no sentido político de Schmitt, para quem a Constituição seria fruto de uma decisão da autoridade politicamente existente. Segundo, o positivismo formalista de Kelsen, que compreende a Constituição no sentido estritamente normativo, atrelado ao conceito de norma fundamental, como norma superior do ordenamento jurídico como um todo. Terceiro, o culturalismo de Smend, que propõe a junção dos aspectos econômicos, sociológicos, políticos, jurídicos, filosóficos e morais na composição de uma constituição total, determinada pela cultura, com uma função integradora.

De acordo com Bercocivi, a concepção de Constituição elaborada por autores como Schmitt e Smend deu origem à Teoria Material da Constituição, que permite compreender o Estado Democrático de Direito a partir do conjunto total de suas condições jurídicas, políticas e sociais. A Teoria propõe considerar o sentido, os fins, os princípios políticos e a ideologia da Constituição, em conexão com a realidade social, sua dimensão histórica e sua pretensão de transformação. Este viés foi explorado por Gomes Canotilho, que propôs a ideia de uma Constituição Dirigente, que tem como núcleo a sua legitimação material pelos fins e tarefas previstos no texto constitucional, visando racionalizar a

---

<sup>332</sup> SMEND, Rudolf. **Constitución y Derecho Constitucional**. Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 1985, p. 132. Na versão em espanhol, a tradução é “la Constitución es la *plasmación* legal o normativa”, grifo nosso. Kelsen rebate a teoria do Estado como integração de Smend, afirmando que “o grande esforço da teoria de Smend não conduz a outro resultado, coisa não colocada em dúvida até agora por ninguém, senão que com a realização do ordenamento chamado ‘Estado’ aparecem fatos reais-psíquicos que se apresentam como interações entre homens ou sincronização das suas vontades, sentimentos e representações, estados de coisas que podem, se quisermos, ser chamados de coletivizações ou integrações sociopsicológicas. A propósito, falta completamente em Smend uma análise daqueles processos que ‘conectam’, o que significa, na linguagem de Smend, ‘que integram’ os homens, e também qualquer exame daqueles estados de coisas – evidentemente sociopsicológicos – que no meu trabalho ‘o conceito sociológico e jurídico do Estado’ tentei ao menos tipificar, e que só uma concepção hipostasiante pode considerar como ‘estruturas’ sociais e ‘reais’” (KELSEN, Hans. **O Estado como Integração: um confronto de princípios**. São Paulo : Martins Fontes, 2003, p. 75-76).

<sup>333</sup> MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Rio de Janeiro : Renovar, 2005, p. 171.

política<sup>334</sup>. A Teoria da Constituição Dirigente destaca a interdependência entre Estado e sociedade, sendo o objetivo da Constituição, considerada como um programa de ação para a sociedade, fornecer um substrato jurídico para a mudança social. Com isso, a Constituição ocuparia uma posição central no direito público, minimizando o papel da política e do próprio Estado. Canotilho define que “Constituição é uma ordenação sistemática e racional da comunidade política, plasmada num documento escrito, mediante o qual se garantem os direitos fundamentais e se organiza, de acordo com o princípio da divisão de poderes, o poder político”<sup>335</sup>. Esta doutrina teve particular influência no processo constituinte brasileiro em 1987-88.

De um modo geral, as doutrinas normativistas sustentam o caráter fundamental e supremo da Constituição, pois, teoricamente, ela seria a última, não existindo nenhuma norma antes ou acima. Ferraz Jr. já admitia, contudo, antes de 1988, que algumas normas contidas nas constituições modernas estariam ali por “reconhecimento” do constituinte, posto que, na verdade, existiriam até acima da própria Constituição, como, por exemplo, os direitos humanos. Porém, a Constituição seria “a lei fundamental porque está enraizada na própria comunidade, dela emanando”<sup>336</sup>.

A Constituição seria a declaração de vontade política de um povo, “feita de modo solene por meio de uma lei que é superior a todas as outras”<sup>337</sup>. Assim, ao definir-la como lei superior, sustenta-se que as regras constitucionais não podem ser contrariadas por nenhuma lei, tratado, decisão judicial, acordo entre particulares nem por nenhum ato que pretenda produzir efeitos jurídicos no país<sup>338</sup>. No entanto, ao explicar a proteção e a promoção da dignidade humana, que considera como “valor supremo, que não pode ser prejudicado sob o pretexto de dar segurança, estabilidade ou maior riqueza ao conjunto da sociedade”, Dallari recorre ao direito internacional. Para ele, a Declaração Universal dos Direitos do Homem revela a preocupação com a dignidade por meio de inúmeros dos seus artigos que fazem referência aos benefícios e às condições a que todo ser humano deve ter acesso. Dallari conclui que seria indispensável que a Constituição estabelecesse regras e mecanismos para assegurar o progresso social e impedir a criação e manutenção de classes ou grupos sociais

---

<sup>334</sup> BERCOVICI, Op. Cit., 2004, p. 10. O próprio Canotilho viria, mais tarde, a decretar a “morte do constitucionalismo dirigente”, como se verá adiante.

<sup>335</sup> CANOTILHO, Op. Cit., 1992, p. 12.

<sup>336</sup> FERRAZ JR., Op. Cit., 1986, p. 16.

<sup>337</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. **Constituição e Constituinte**. 3ª ed. São Paulo : Saraiva, 1985, p. 21-22.

<sup>338</sup> DALLARI, Op. Cit., 1985, p. 24

inferiorizados. Para tanto, seria preciso conciliar, na Constituição, os objetivos de proteção e promoção dos direitos fundamentais dos indivíduos<sup>339</sup>.

Observe-se que, tanto na doutrina de Ferraz Jr. quanto na de Dallari, a noção de direitos subjetivos encontra-se subjacente às funções da Constituição. Os dois autores já indicavam, em obras que antecederam a Constituição Federal de 1988, que a questão dos direitos fundamentais a ser inserida na Constituição possuía um lastro internacional, pela força normativa do conteúdo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, e dos demais instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos, mesmo que o Brasil não tivesse, à época da Assembleia Constituinte, ratificado a maior parte dela.

Para Dallari, sobre a Constituição, em obra da década de 1980, era necessário “um instrumento político-jurídico superior”, que declarasse os direitos fundamentais de todos os indivíduos e que, ao mesmo tempo, estabelecesse “as regras de organização social e as limitações ao uso dos poderes político e econômico, impedindo que a sociedade se componha de dominantes e dominados”<sup>340</sup>. Ele aponta que

se o prestígio teórico da Constituição é fato inegável, pois sempre se considera que ela precisa existir, é também muito evidente que a existência de uma Constituição não dá qualquer garantia de que ela vai ser posta em prática. Um sinal muito sério da falta de prestígio das Constituições na prática é que não são muitos os países nos quais ninguém põe dúvida que as normas constitucionais serão aplicadas sempre que couber a sua aplicação.<sup>341</sup>

Dallari afirmou ainda, emblematicamente, que “não é raro que pessoas que exercem a profissão jurídica considerem ‘ingênuo’ alguém afirmar que fará certa coisa, mesmo contra a vontade do governo, porque tem garantia constitucional”<sup>342</sup>. Esta opinião, formulada no contexto que antecedeu a Constituinte de 1987-88, poderia ser transportada no tempo para se referir na atualidade aos direitos subjetivos provenientes de normas internacionais, quando alegados perante jurisdição nacional, principalmente em Estados latino-americanos<sup>343</sup>.

Em obras posteriores à entrada em vigor da Constituição de 1988, José Afonso da Silva reafirma a concepção normativista da Constituição do Estado como a organização de

<sup>339</sup> DALLARI, Op. Cit., 1985, p. 27.

<sup>340</sup> Idem, ibidem, p. 14.

<sup>341</sup> Idem, ibidem, p. 74.

<sup>342</sup> DALLARI, Op. Cit., 1985, p.74

<sup>343</sup> Vide, a este respeito, o recente caso em que o Tribunal Superior de Eleitoral recusou a candidatura de Luiz Ignácio Lula da Silva à Presidência da República nas eleições de 2018, contrariando decisão do Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas, órgão responsável pelo controle da aplicação pelos Estados do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e seu Protocolo Facultativo, ambos de 1966, que havia determinado a suspensão da inelegibilidade do ex-Presidente. Ver em <http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2018/Setembro/tse-indefere-pedido-de-registro-de-candidatura-de-lula-a-presidencia-da-republica>.



seus elementos essenciais, isto é, como um sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regula a forma do Estado e a forma de seu governo, bem como o modo de aquisição e o exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos e os limites de sua ação, os direitos fundamentais e suas respectivas garantias<sup>344</sup>. Em sentido positivo, a Constituição é considerada como decisão política fundamental, decisão concreta sobre o modo e forma de existência da unidade política. Só entram neste conceito os dispositivos constitucionais de grande relevância política que dizem respeito à própria existência política concreta da nação. A Constituição em sentido positivo surge através de um ato do poder constituinte, de modo que a constituição é dada por uma unidade e vontade política concreta e preexistente, da qual retira sua validade<sup>345</sup>. José Afonso da Silva afirma ainda que é falsa a ideia de que se trata de uma peça de legislação abstrata, onde não se refletem interesses do grupo e não se vislumbra antagonismo econômico. Ele afirma que, em sentido absoluto, Constituição é o próprio Estado, é a concreta situação de conjunto da unidade política e ordenação social do Estado, é forma de governo, modo concreto de supra e subordinação, forma especial de domínio. Já em sentido relativo, é uma pluralidade de leis particulares, sendo o conceito fixado segundo características formais ou acessórias, de modo que se chegará à constituição escrita enquanto série de leis constitucionais. Em sentido real, só é constituição quando houver identidade entre o documento escrito e o ideal de organização política<sup>346</sup>.

Nesta mesma linha de entendimento, Luiz Alberto David de Araújo e Vidal Serrano Nunes Jr. aduzem que, no sentido jurídico-formal, Constituição é o conjunto de normas que se situa em um plano hierárquico superior às demais normas, não importando seu conteúdo, mas sua formalização dentro desse conjunto de normas. É o documento básico do Estado, regulando seu território, governo, povo e finalidade, fixando limites ao seu âmbito de atuação e qual a esfera do domínio individual. Portanto, Constituição formal seria a organização sistemática dos elementos constitutivos do Estado, através da qual se definem a sua forma e estrutura, o sistema de governo, a divisão e o funcionamento dos poderes, o modelo econômico e os direitos, deveres e garantias fundamentais, sendo que qualquer outra matéria que a ela for agregada será considerada formalmente constitucional<sup>347</sup>. Assim, a

---

<sup>344</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 17ª ed. rev. e atual. São Paulo : Malheiros, 2000, p. 40.

<sup>345</sup> SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 7ª ed. São Paulo : Malheiros, 2009, p. 28.

<sup>346</sup> SILVA, Op. Cit., 2009, p. 25-27.

<sup>347</sup> ARAÚJO, Luiz Alberto David de, e NUNES JR., Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed., rev. e atual. São Paulo : Saraiva, 2003, p. 3.

norma constitucional seria autolegitimante, servindo de anteparo para as normas infraordenadas, não havendo nada sobre si<sup>348</sup>.

Celso Antônio Bandeira de Mello ensina que a Constituição é definida como um corpo de normas jurídicas, um plexo de regras de direito, de natureza impositiva, estabelecendo comportamentos obrigatórios para o Estado e para os indivíduos<sup>349</sup>. Como explica Bernardo Gonçalves Fernandes, na Constituição formal devem estar inseridas as matérias consideradas fundamentais para a constituição de um Estado<sup>350</sup>.

Também em obra posterior a 1988, Paulo Bonavides destaca que a Constituição material diz respeito ao conteúdo das únicas determinações merecedoras de serem designadas *constitucionais*. Assim, do ponto de vista material, a Constituição seria “o conjunto de normas pertinentes à organização do poder, à distribuição de competência, ao exercício da autoridade, à forma de governo, aos direitos da pessoa humana, tanto individuais como sociais”. Trata-se, portanto, do que o autor chama de “conteúdo básico referente à composição e ao funcionamento da ordem política”<sup>351</sup>. Ferrari complementa que a Constituição em sentido material é o conjunto de elementos organizacionais necessários para a subsistência do Estado, sendo aquele complexo de instituições jurídicas, positivamente válidas e operantes, que realizam um fim político como resultado dos diversos fins buscados pelas diferentes forças políticas ativas em luta entre si<sup>352</sup>. Assim, na visão destes autores, a Constituição material diz respeito ao conteúdo essencial da ordem constitucional, como enumerado no conceito de Paulo Bonavides, regulando seus elementos essenciais<sup>353</sup>.

Em um sentido positivo, a função da Constituição seria a de estruturar o exercício do poder no Estado, de estabelecer os limites de seu exercício e de determinar o âmbito das liberdades e direitos fundamentais, configurando as prestações que devem ser cumpridas em favor da comunidade, vinculando autoridades públicas e cidadãos<sup>354</sup>. Hesse conceitua a Constituição como “a ordem jurídica fundamental da comunidade”, no sentido de que é a constituição do Estado e da sociedade<sup>355</sup>, e atribui a ela os seguintes papéis: a) fixação dos princípios diretores que irão produzir a unidade política e determinar as tarefas do Estado;

<sup>348</sup> Idem, *ibidem*, p. 63.

<sup>349</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Eficácia das Normas Constitucionais e Direitos Sociais**. São Paulo : Malheiros, 2010, p. 11-12.

<sup>350</sup> FERNANDES, Op. Cit., 2014, p. 35.

<sup>351</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13<sup>a</sup>. ed. rev. atual., São Paulo : Malheiros, 2003, p. 80-81.

<sup>352</sup> FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Normas Constitucionais Programáticas: normatividade, operatividade e efetividade**. São Paulo : RT, 2001, p. 54

<sup>353</sup> SILVA, Op. Cit., 2000, p. 40, nota 1.

<sup>354</sup> FERRARI, Op. Cit., 2001, p. 59

<sup>355</sup> BERCOVICI, Op. Cit., p. 9.

b) estabelecimento de procedimentos para solução de conflitos na comunidade; c) regulação dos procedimentos e da organização da unidade política para a produção da atividade estatal; d) criação das bases e dos princípios da ordem jurídica em seu conjunto<sup>356</sup>.

Rothemburg ressalta a existência de limites extremos para o significado dos princípios jurídicos, que possuem conteúdos constitucionalmente adequados e impossíveis. A abertura da norma constitucional, a sua estrutura principiológica, não impede a existência de conteúdos impossíveis e conteúdos necessários, decorrendo da capacidade de se excluir os conteúdos incompatíveis com as normas constitucionais principiológicas e exigir-se outras tantas necessárias<sup>357</sup>. Este é um entendimento que motivou, já no regime da Constituição de 1988, a doutrina autointitulada de neoconstitucionalista, que tem em Luís Roberto Barroso um dos principais expoentes, segundo o qual, no sentido material, “a Constituição organiza o exercício do poder político, define os direitos fundamentais, consagra valores e indica fins públicos a serem realizados”<sup>358</sup>.

A inclusão da finalidade como elemento do Estado significa que seus objetivos integram o conceito de Constituição material, conforme visto. Desta forma, como participante da sociedade mundial, além das finalidades inerentes ao bem comum do seu povo, o Estado se vê exigido por considerar igualmente a realização do bem comum do ponto de vista global, o que aponta para os deveres jurídicos internacionais de cooperação. Assim, além dos elementos enumerados por Paulo Bonavides, na atualidade devem ser inseridos no âmbito material constitucional a proteção do meio ambiente, a proibição da produção de armas de destruição em massa, o desenvolvimento socioeconômico dos povos, a preservação do patrimônio cultural da humanidade, além de outros objetivos cujo alcance efetivo somente poderá ser alcançado por meio da cooperação internacional.

O professor italiano Gustavo Zagrebelsky procura resgatar a concepção normativa de Constituição ao concebê-la não como uma construção finalizada e acabada, mas em uma concepção aberta de texto constitucional a partir de seus próprios materiais normativos. A política constitucional estaria, assim, apta a realizar diversas combinações para solucionar os conflitos resultantes da diversidade de interesses das sociedades complexas, heterogêneas e plurais contemporâneas por meio da atualização do ordenamento jurídico<sup>359</sup>.

---

<sup>356</sup> HESSE, Konrad. “Conceito e Peculiaridade da Constituição”. Trad. Inocêncio Mártires Coelho, em HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais de Direito Constitucional**. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo : Saraiva, 2009, p. 86

<sup>357</sup> ROTHEMBURG, Walter Claudius. **Princípios Constitucionais**. Porto Alegre : Fabris, 1999, p. 22.

<sup>358</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo : Saraiva, 2009, p. 74.

<sup>359</sup> ZAGREBELSKY, Op. Cit., 2007, p. 13-15.

Sobre os fundamentos da normatividade constitucional, a imposição arbitrária de um conjunto de normas pelos detentores do poder político, sem levar em conta a realidade social e sem a preocupação de aplicar efetivamente estas regras, só produz uma Constituição aparente, uma “fachada autoritária”. Nestes casos, não existiria Constituição e tais sistemas não poderiam ser levados em conta para a verificação das características, da eficácia ou da utilidade das Constituições<sup>360</sup>. Tercio Sampaio Ferraz Jr., por outro lado, aduz que, do ponto de vista político, pode-se falar em diferentes tipos de Constituição (fascista, liberal, conservadora, revolucionária etc.), pois na base deste enfoque está o voluntarismo, já que Ferraz Jr. considera a Constituição um ato de vontade, não importando se corresponde ou não aos anseios sociais. Seria, então, uma questão de oportunidade política, que pode ou não corresponder aos fatores reais de poder da sociedade<sup>361</sup>. No caso do Brasil, ao final da ditadura militar, Antônio Sérgio Rocha aduz que o recurso a uma Assembleia Constituinte para a instauração de uma institucionalidade democrática no país tornou-se inevitável devido à “reiterada constitucionalização das normas antidemocráticas e das medidas de exceção por parte dos militares e dos seus aliados civis, conjugada ao déficit de legitimidade da ordem autoritária”<sup>362</sup>

É necessário distinguir o conceito de Constituição da noção de Estado de Direito, pois, se é admissível falar-se, de maneira mais abrangente, em Constituição de um Estado em um regime autoritário, cuja elaboração prescinde da legitimação da participação do povo, ainda que na forma representativa, a tal conclusão não se pode chegar em relação ao Estado de Direito. Com efeito, como se viu, a ideia de Estado de Direito tem pressupostos incompatíveis com regimes autocráticos e, neste sentido, a Constituição só se considera legítima quando decorrer de um processo democrático que reflete a soberania popular. É somente neste sentido, mais restrito, que se compreende aqui o conceito de Constituição, como resultado de uma manifestação do poder constituinte do povo.

Assim, Jorge Miranda afirma que somente em um regime democrático, onde a Constituição é aprovada pelo povo, “diretamente ou por assembleia representativa, tem o órgão da Constituição formal uma autoridade que entronca, só por si, na própria legitimidade da Constituição material ou que com ela se confunde”<sup>363</sup>. Grimm afirma que “qualquer outra legitimação que não seja a soberania popular coloca em perigo a supremacia da constituição”,

---

<sup>360</sup> DALLARI, Op. Cit., 1986, p. 77.

<sup>361</sup> FERRAZ JR., Op. Cit., 1985, p. 18

<sup>362</sup> ROCHA, Antônio Sérgio. “Genealogia da Constituinte: do autoritarismo à democratização” em **Lua Nova**, São Paulo, 88: 29-87, 2013, p. 29.

<sup>363</sup> MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro : Forense, 2003, p. 356.

pois ela se representa como uma forma ambiciosa, particular e especial de legalização do poder político<sup>364</sup>. Uma das características da Constituição está no fato de que o direito constitucional não emana do governo de um Estado, pois o antecede, e sua fonte é o povo<sup>365</sup>.

David Held, ao discorrer sobre a transformação da noção de soberania, considerando-a na atualidade como teoria do poder legítimo e da autoridade, contrapõe as noções de soberania do Estado e soberania popular. Para ele, se a soberania do Estado o coloca em uma posição de poder total em face da comunidade, a soberania popular colocaria a comunidade, ou a vontade de uma maioria, em posição de total predomínio sobre os cidadãos individuais. Neste sentido, tais concepções de soberania descuidariam da demarcação de limites e alcance legítimo da ação política. Seria, então, necessário encontrar um princípio da soberania centrado no ceticismo a respeito da soberania estatal, ao apostar na determinação pelo “povo” das condições que governam sua própria vida, mas insistir, contra a soberania popular, na especificação dos limites do poder público, ou seja, em uma estrutura reguladora que torna possível e, ao mesmo tempo, restringe o poder<sup>366</sup>.

Para Dallari, “a Constituição legítima e justa é um instrumento de promoção humana, contribuindo de modo decisivo para que os indivíduos consigam uma vida digna e a paz de consciência”<sup>367</sup>. A respeito desta última afirmação, é importante trazer a provocação de Dworkin, no sentido de indagar se o Estado assume, constitucionalmente, este compromisso apenas para com a sua população<sup>368</sup>. É claro que há uma série de direitos fundamentais que o Estado não dispõe recursos suficientes para implementar para a melhoria das condições de todas as sociedades. No entanto, há situações em que a legitimidade de agir do Estado estará vinculada à observância de obrigações de cooperar no sentido de salvaguardar os direitos de pessoas que não estejam sujeitas a sua jurisdição.

Bercovici critica as teorias que limitam a compreensão da Constituição como norma, apontando que não se pode renunciar aos seus componentes políticos. O chamado “positivismo jurisprudencial” reduziu a política ao poder constituinte, que acabou substituído

---

<sup>364</sup> GRIMM, Op. Cit., 2018, p. 3.

<sup>365</sup> GRIMM, Op. Cit., 2018, p. 3.

<sup>366</sup> HELD, Op. Cit., p. 185-186. Held propõe um princípio da autonomia, segundo o qual “os indivíduos devem usufruir de direitos iguais (bem como, por isso mesmo, assumir deveres iguais) no quadro social geral em que as oportunidades abertas a eles são geradas e limitadas; isto é, eles devem ser livres e iguais na determinação das condições da sua própria existência, desde que não mobilizem aquele quadro de modo a negar os direitos de outros”.

<sup>367</sup> DALLARI, Op. Cit., 1985, p. 87. Dallari reafirma essa posição, ao sustentar que a Constituição “só é autêntica se for o reflexo dos costumes consagrados por um povo, estabelecidos em função de seus valores, de suas necessidades fundamentais e de suas possibilidades, fixados num conjunto de princípios e normas livremente estabelecidos pelos integrantes de cada povo” (DALLARI, Op. Cit., 2010, p. 22).

<sup>368</sup> DWORKIN, Op. Cit., p. 13.

pelos tribunais constitucionais, cuja legitimidade extrapola a própria ordem constitucional, já que baseiam suas decisões em fundamentos constitucionais anteriores à própria Constituição<sup>369</sup>. No entanto, Bercovici sustenta que o direito constitucional e a interpretação constitucional são frutos da ação coordenada entre os poderes político e judiciário, nenhum dos dois tendo a prerrogativa da palavra final em questões constitucionais. Neste sentido, defende que a Teoria da Constituição deve ser construída levando em conta as situações concretas e históricas de cada Estado, integrando em um sistema unitário a realidade histórico-política e a realidade jurídica. Portanto, o autor afirma que “sem entender o Estado, não há como entender a Constituição” e conclui que o pensamento constitucional precisa ser reorientado para a reflexão sobre conteúdos políticos<sup>370</sup>.

Com efeito, no momento em que a ordem constitucional se rompe, abrindo espaço para a manifestação do poder constituinte originário, é importante perceber que o Estado, enquanto organização da sociedade, não cessa. Nesta medida, é preciso considerar as condições existentes para a refundação do Estado, com as operações do Estado, e do ambiente onde ele se encontra inserido, em pleno funcionamento. Porém, antes, é preciso compreender o conceito de poder constituinte.

### 3.1.2 Constituinte e Poder Constituinte.

A teoria clássica do poder constituinte se remete à obra *O que é o terceiro estado?*, de Emmanuel Joseph Sieyès, que atribui a sua titularidade à ideia abstrata de Nação, remetendo o seu exercício necessariamente a uma Assembleia Constituinte. O poder constituinte originário seria inicial, ilimitado e incondicional e promoveria uma ruptura total com o passado<sup>371</sup>. Na modernidade, a titularidade de poder constituinte é deslocada para o povo, com a ficção da soberania popular dando sentido para garantir a legitimidade das interações comunicativas. Neste cenário, o poder constituinte seria limitado apenas pela cultura, pelos valores compartilhados pelo povo e pelas tradições, negando uma ruptura com o passado<sup>372</sup>. A manifestação do poder constituinte pelo povo pode se dar de diversas maneiras, além da Assembleia Constituinte, como pode meio de referendos e plebiscitos, bem como por

---

<sup>369</sup> MAUS, Ingeborg. “Judiciário como Superego da Sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na ‘sociedade orfã’” em *Novos Estudos*, n. 58, São Paulo : Ceprap, 2000, pp. 190-192.

<sup>370</sup> BERCOVICI, Op. Cit., 2004, p. 20-24.

<sup>371</sup> SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A Constituinte Burguesa: Qu'est que le Tiers État?** 4ª ed. Trad. Norma Azevedo. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2001, p. 49-55.

<sup>372</sup> FREITAS, Hudson Couto Ferreira de. **Teoria(s) do Poder Constituinte: visão clássica, visão moderna e visão contemporânea.** Belo Horizonte : Arraes, 2010, p. 2.

meio da participação ativa da sociedade civil no gozo da cidadania. Tais manifestações do poder constituinte na constante atualização da Constituição formal em face das mutações na sociedade não se confundem com a noção de Constituinte como reflexo de um momento crucial de decisão de refundação do Estado em uma situação de ruptura estrutural da ordem constitucional.

Atualmente, denomina-se Constituinte um processo – jurídico-político-social – em que se estabelece uma série de escolhas o mais representativa possível das diversas opiniões existentes em uma comunidade organizada na forma de Estado. A partir de um complexo de programas e operações que se concretizam em reuniões, audiências públicas, discussões, onde se debatem temas fundamentais da comunidade, elabora-se um texto final que se promulga como Constituição. Teoricamente, é chamada de constituinte a assembleia que congrega poderes soberanos para fazer a Constituição. Do ponto de vista da legitimidade política, a Assembleia Constituinte deve ser convocada para funcionar paralelamente ao Parlamento, com a finalidade exclusiva de fazer a Constituição, desvinculada de qualquer função legislativa ordinária<sup>373</sup>. Do ponto de vista sociológico, a Assembleia Constituinte se constitui como um sistema de organização voltado para a tomada de decisões a partir de processos comunicativos de integração com os demais sistemas sociais parciais com o objetivo de reproduzir em um texto a Constituição do Estado.

Negri indica que, da perspectiva da ciência jurídica, o poder constituinte é fonte de produção de normas constitucionais ou, em outros termos, “o poder de instaurar um novo ordenamento jurídico e, com isso, regular as relações jurídicas no seio de uma nova comunidade”<sup>374</sup>. De acordo com Faoro, “as constituintes não são convocadas, (...) nascem no momento em que o Poder Constituinte renasce, muitas vezes à revelia do governo de fato que o sufoca”<sup>375</sup>.

Em obra que antecedeu ao processo constituinte de 1987-88, Ivo Dantas chamou atenção para a ocorrência de um “hiato constitucional” como causa imediata de manifestação do poder constituinte. Na elaboração de uma nova ordem jurídica, o poder constituinte deverá consagrar os ideais e valores que ensejaram a ruptura do processo constitucional normal. Dantas afirma que são estes valores, como opção final, é que

---

<sup>373</sup> BONAVIDES, Op. Cit., 2010, p. 67-72. José Afonso da Silva, no entanto, alerta que “poder constituinte não se confunde com o órgão que elabora a constituição”; este não é senão o órgão (assembleia, convenção etc.) pelo qual o poder constituinte é exercitado (SILVA, José Afonso da. **Teoria do Conhecimento Constitucional**. São Paulo : Malheiros, 2014, p. 240).

<sup>374</sup> NEGRI, Antonio. **O Poder Constituinte: ensaio sobre as alternativas da modernidade**. Trad. Adriano Pilatti. Rio de Janeiro : DP&A, 2002, p. 12.

<sup>375</sup> FAORO, Raymundo. **Assembleia Constituinte: a legitimidade recuperada**. São Paulo : Brasiliense, 1986, p. 89.

determinarão o conteúdo do texto constitucional a ser elaborado, já que, em última análise, a expressão positivada da Lei é uma opção frente a valores<sup>376</sup>. Antônio Sérgio Rocha afirma que, no Brasil, mesmo antes da convocação da Assembleia Nacional Constituinte, em no início de 1985, “o país vivia uma *situação constituinte*”<sup>377</sup>. Na mesma época, Ferraz Jr. aduziu que o exercício do poder constituinte significa que existe um novo fundamento para todas as normas, mas isso não quer dizer que tudo começaria “do zero”. A ideia de revolução que nasce com a constituinte é a ideia da instauração desde o início de uma nova organização do poder político<sup>378</sup>. Do ponto de vista do sistema jurídico, a Constituinte presume uma ruptura com ordens constitucionais anteriores. Pela doutrina clássica, no exercício do poder constituinte originário se pressupõe “que nada anterior seja levado em consideração como regra, como norma, como comando, apenas como dado histórico”. Ou seja, “tudo que vem antes não obriga, o Constituinte originário está totalmente desobrigado pelo que vinha antes”<sup>379</sup>.

Também em obra da década de 1980, Faoro ensina que “as constituições não perecem por obra de um trauma externo que, no máximo, revela a sua inoperância, no duplo aspecto da legitimidade e da eficiência”. A debilidade se manifesta no momento em que a ordem constitucional vigente não gera mais consenso, no sentido da ordem e coesão política, acerca das regras do jogo democrático. A ruptura do ordenamento supremo se dará com a incapacidade do texto fundamental de abrigar e equilibrar representativamente as bases da constituição social. Neste sentido, Faoro afirma que “o colapso prescinde de um ato de força – revolução, golpe etc. – como demonstram situações anômicas, que geram mal-estar geral e o sentimento de anarquia, sem que se arrede a constituição”<sup>380381</sup>.

Portanto, quando a Assembleia Nacional Constituinte de 1987-88 foi iniciada, a doutrina jurídica mais influente no Brasil era a teoria clássica, que concebe o poder constituinte originário com as seguintes características: inicial, pois inaugura nova ordem jurídica, revogando a anterior no que lhe for incompatível; autônomo, pois somente o seu exercente pode delimitar os termos da nova constituição; ilimitado, pois não se reporta à

<sup>376</sup> DANTAS, Ivo. **Poder Constituinte e Revolução**. Bauru :Jalovi, 1985, p. 34.

<sup>377</sup> ROCHA, Op. Cit., 2013, p. 54, grifo do original.

<sup>378</sup> FERRAZ JR., Op. Cit., 1986, p. 35-36. Contrário à tese que relaciona o poder constituinte à revolução, FARIAS, José Fernando de Castro. **Crítica à Noção Tradicional de Poder Constituinte**. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 1988, p. 103-104.

<sup>379</sup> FERRAZ JR., Op. Cit., 1986, p. 30.

<sup>380</sup> FAORO, Op. Cit., 1986, p. 89-90.

<sup>381</sup> No mesmo sentido, Jorge Miranda afirma que “a revolução não é o triunfo da violência”, pois não é sequer “antijurídica; é apenas anticonstitucional por oposição à anterior Constituição – não em face da Constituição *in fieri* que, com ela, vai irromper” (MIRANDA, Op. Cit., 2003, p. 362).



ordem jurídica anterior; incondicionado, pois não se submete a nenhum processo predeterminado para sua elaboração<sup>382</sup>.

Paulo Bonavides se refere à secularização do poder político nas origens do Estado de Direito. Para ele, o poder constituinte invoca a razão humana; substitui Deus pela Nação como titular da soberania. Assim, “a teoria do poder constituinte teve para a concepção revolucionária a mesma força que a doutrina da soberania para a implantação das realidades absolutas”. O poder constituinte seria a soberania que se institucionaliza em um princípio impessoal, adquirindo uma dinâmica a serviço do sistema representativo e da criação de instituições. Com isso o poder constituinte transcende a vontade governativa do monarca de poderes absolutos<sup>383</sup>. A teoria do poder constituinte legitima uma nova titularidade do poder soberano, conferindo expressão jurídica aos conceitos de soberania nacional e soberania popular<sup>384</sup>.

O processo constituinte totaliza o poder político da coletividade nacional em uma ocasião histórica em que se faz necessária a definição dos fundamentos institucionais da organização jurídica da sociedade. Neste sentido, Marcelo Neves reconhece a existência de uma tensão permanente entre a política democrática e o direito positivo no Estado constitucional e que o processo constituinte democrático é o caso-limite desta tensão como “impulso político para a reconstrução geral e refundamentação do sistema jurídico estatal”<sup>385</sup>.

Em um sentido normativo, Müller explica que o poder constituinte não constitui o Estado enquanto Estado Constitucional, “constitui-o enquanto tal, *constitui* um Estado não apenas no sentido do detalhamento institucional, mas inicialmente no sentido da sua fundamentação”<sup>386</sup>. Bonavides acrescenta que a teoria clássica do poder constituinte decorreu das reflexões do contrato social que levaram a uma profunda análise racional da legitimidade do poder<sup>387</sup>. Assim, a legitimidade do poder constituinte estaria assentada sobre a vontade dos governados e teria por base o princípio democrático da participação, apresenta-se em uma extensão tanto horizontal quanto vertical, que permite estabelecer a força e a intensidade com que ele escora e ampara o exercício da autoridade<sup>388</sup>.

Em síntese, do ponto de vista da Constituição no sentido sociológico, a ideia de Constituinte conduziria ao problema da realidade social e dos processos sociais que conduzem

<sup>382</sup> ARAÚJO e NUNES JR., Op. Cit., p. 10-11.

<sup>383</sup> BONAVIDES, Op. Cit., 2003, p. 142-143.

<sup>384</sup> BONAVIDES, Op. Cit., 2003, p. 141

<sup>385</sup> NEVES. Op. Cit., 2009, p. 58.

<sup>386</sup> MÜLLER, Friedrich. **Fragmento (sobre) o Poder Constituinte do Povo**. Trad. Peter Naumann. São Paulo : RT, 2004, p. 58-59.

<sup>387</sup> BONAVIDES, Op. Cit., 2003, p. 147.

<sup>388</sup> Idem, ibidem, p. 161.

à elaboração do texto da carta política. Pressupondo-se a Constituição no sentido político, a Constituinte seria um processo de formação da decisão fundamental, portanto, uma análise do poder e do processo político como um processo de encontro e desencontro das forças políticas. Já no sentido jurídico, a Constituinte conduziria a um problema de técnica jurídica: “como e a partir de que princípios” devem ser elaborados o sistema constitucional tributário e o econômico; que normas devem compor a competência do legislativo e do executivo, como estruturar o poder judiciário, o processo legislativo, quais os objetivos do Estado etc.<sup>389</sup> Bonavides afirma que “a teoria do poder constituinte empresta dimensão jurídica às instituições produzidas pela razão humana”<sup>390</sup>, reforçando a noção de subordinação da sociedade ao direito que caracteriza a teoria clássica.

Bonavides qualifica o poder constituinte como um poder de natureza política e filosófica, vinculado ao conceito de legitimidade imperante em uma dada época. É, assim, considerado poder primário, excepcional, exercido para criar a primeira constituição do Estado ou as constituições que posteriormente façam-se necessárias. Suas fontes de legitimidade seriam a nação e o povo; logo, o poder constituinte primário deve decorrer necessariamente da vontade nacional<sup>391</sup>. Por outro lado, Thornhill afirma que o caráter externo do poder constituinte em relação ao sistema político é uma das premissas fundamentais do constitucionalismo normativista clássico<sup>392</sup>. Seu sentido político não é negado, mas ele precisa ser considerado independente de qualquer norma para garantir sua legitimidade de exercício de poder. Ferraz Jr., por exemplo, afirma que o poder constituinte originário estaria sujeito apenas às circunstâncias, à conjuntura, mas não existiria nenhuma *norma* anterior, salvo aquelas elaboradas por ele próprio e pressupõe as chamadas normas preconstitucionais, que organizam a eleição e disciplinam os procedimentos de Assembleia<sup>393</sup>. Para Bonavides, o poder constituinte originário não se prende a limites formais: é essencialmente político ou extrajurídico<sup>394</sup>. De acordo com Ferrajoli, “o ato constituinte não é uma decisão formal, já que não está regulado por nenhuma norma sobre sua produção, nem

---

<sup>389</sup> FERRAZ JR., Op. Cit., 1986, p. 18-19.

<sup>390</sup> BONAVIDES, Op. Cit., 2003, p. 145.

<sup>391</sup> BONAVIDES, Op. Cit., 2010, p. 87.

<sup>392</sup> THORNHILL, Op. Cit., 2014, p. 359, onde afirma que a doutrina do poder constituinte defende que a ordem política legítima é fundada no exercício original de uma vontade popular singular, que é localizada anteriormente (“*prior to*”) à forma orgânica do sistema político, o que foi vital para a lógica normativa da autoregulação político-democrática que permeou as primeiras definições de legitimidade das instituições na sociedade moderna.

<sup>393</sup> FERRAZ JR., Op. Cit., 1986, p. 30.

<sup>394</sup> BONAVIDES, Op. Cit., 2003, p. 146.

formal, nem substancial. Não se pode cogitar a sua validade ou invalidade, já que não possui requisito de forma”<sup>395</sup>.

Mendes, Coelho e Branco ensinam que, pela característica da incondicionalidade do poder constituinte, a legitimidade formal da nova Constituição não exige que seja seguido um procedimento padrão predeterminado. Porém, o poder constituinte pode fixar algumas regras para si mesmo, de maneira a ordenar os trabalhos, mas destas regras não resultam sanções, pois elas podem ser superadas, ou até desrespeitadas, sem que, com isso, invalide-se o trabalho final, que é a Constituição<sup>396</sup>.

Do ponto de vista temporal, Bonavides aduz que “considerado apenas de modo instrumental, o poder constituinte sempre existiu e sempre existirá, sendo assim um instrumento ou meio como que estabelecer a Constituição, a forma de Estado, a organização e a estrutura da sociedade política”<sup>397</sup>. O poder constituinte material nunca deixa de atuar sobre a constituição, a fim de conservar o que foi instituído ou para alterar o que já não tem fundamento na realidade. Seu aspecto dinâmico é mais importante que seu aspecto estático, ao revés do poder constituinte formal, que, em regra, atua somente em momentos de crise<sup>398</sup>. A força constituinte não cessa de agir, pois “há um exercício cotidiano do poder constituinte que, por não ser registrado pelos mecanismos constitucionais, não é menos real”<sup>399</sup>. Müller afirma que é importante que o poder constituinte não represente um acontecimento temporalmente definido (como processo de preparação da constituição, de sua deliberação e de realização da votação sobre seu anteprojeto), mas que “ele atue como *norma para um critério de aferição*, perdurante no tempo, fundamentadora da legitimidade da Constituição segundo a sua pretensão: legitimação por meio da permanência da práxis constitucional no ‘cerne’ material”<sup>400</sup>.

Para Bercovici, o poder constituinte é “uma força política real que fundamenta a normatividade da constituição, legitimando-a”. Seria, assim, manifestação da soberania, um poder histórico, de fato, não limitado, nem reduzido, pelo direito, por ter caráter originário e

<sup>395</sup> FERRAJOLI, Op. Cit., 2007, p. 193.

<sup>396</sup> MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional** 2ª ed. rev. e atual. São Paulo : Saraiva, 2008, p. 201. No mesmo sentido, Bercovici afirma que “a única autolimitação do poder constituinte que é compatível com sua condição de soberano é uma autolimitação procedimental, não material. Ou seja, podem ser criadas regras sobre a formação da vontade soberana, mas não sobre o conteúdo dessa vontade” (Op. Cit., 2013, p. 308-309).

<sup>397</sup> BONAVIDES, Op. Cit., 2003, p. 143

<sup>398</sup> BONAVIDES, Op. Cit., 2010, p. 78.

<sup>399</sup> SILVA, Op. Cit., 2007, p. 286. Neste mesmo sentido, BERCOVICI, Op. Cit., 2004, p. 22.

<sup>400</sup> MÜLLER, Op. Cit., 2004, p. 53. Grifo do original. Müller, no entanto, adverte que “nessa forma temporalmente durável, o poder constituinte não pode ser exercido realmente, mas apenas simbólica ou mediamente “pelo povo” (pela não-revolução, pela não-resistência, pela participação nas eleições e votações)”.

imediatos. Não é, contudo, arbitrário, pois tem “vontade de constituição”. Como o poder constituinte contradiz as pretensões do ordenamento jurídico de estabilidade, continuidade e mudança dentro das regras previstas, o direito teria dificuldades em admitir a produção jurídica como proveniente de um poder “de fato”, extraordinário e livre na determinação de sua própria vontade<sup>401</sup>. Apesar de não limitado pelo direito, Bercovici aponta que “o poder constituinte do povo é um poder absoluto, mas exercido dentro das condicionantes culturais, históricas e materiais que encontra”<sup>402</sup>.

De acordo com Dantas, o fato de não existirem limitações ao poder constituinte de uma perspectiva jurídico-positiva, não impede que, em uma perspectiva sociológica estas existam, já que “os mesmos valores que inspiraram o hiato constitucional funcionam agora como limites-demarkações na elaboração do novo texto jurídico-positivo”<sup>403</sup>. Esta é uma observação relevante, que se remete até mesmo às primeiras manifestações constituintes na transição do absolutismo, que estiveram sempre vinculadas em um duplo sentido de legitimação e limite pelos direitos subjetivos estabelecidos por meio de convenções ou por revoluções<sup>404</sup>. Assim, os direitos permitiram a participação dos burgueses nos processos constituintes como resultado dos movimentos liberais do século XVIII, ampliando a legitimidade das primeiras Constituições, que naturalmente refletiram em seus textos tais direitos como resposta do sistema jurídico às demandas da sociedade em razão do em processo de diferenciação dos sistemas sociais parciais.

Mendes, Coelho e Branco, por sua vez, afirmam que “o caráter ilimitado [do poder constituinte], porém, deve ser entendido em termos”<sup>405</sup>. O poder constituinte originário tem liberdade com relação a imposições da ordem jurídica que existia anteriormente, porém haverá limitações políticas inerentes ao seu exercício que são as referências de valores éticos, religiosos e culturais que informam a nação e motivam suas ações<sup>406</sup>.

Portanto, a doutrina reconhece que as condições de possibilidade de manifestação do poder constituinte no processo de constitucionalização dos Estados contemporâneos são determinadas pelos influxos comunicativos da sociedade. Cattoni de

<sup>401</sup> BERCOVICI, Gilberto. “O Poder Constituinte do Povo no Brasil: um Roteiro de Pesquisa sobre a Crise Constituinte”, em **Lua Nova**, São Paulo, n. 88, pp. 305-325, 2013, p. 306-308.

<sup>402</sup> BERCOVICI, Op. Cit., 2013, p. 315-316. Sobre estas condicionantes, Bercovici indica que, no caso do Brasil, “como soberania de um Estado periférico, é uma *soberania bloqueada*, ou seja, enfrenta severas restrições externas e internas que a impedem de se manifestar em toda sua plenitude”.

<sup>403</sup> DANTAS, I., Op. Cit., 1985, p. 35.

<sup>404</sup> THORNHILL, Op. Cit., 2014.

<sup>405</sup> Para Luís Roberto Barroso, a ideia de soberania ilimitada do poder constituinte “não merece abrigo” (BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 5ª ed. rev., amp. e atual. São Paulo : Saraiva, 2003, p. 21).

<sup>406</sup> MENDES et al. Op. Cit, 2008, p. 198.

Oliveira, por exemplo, afirma que o ato fundador do Estado se configura como “um processo de aprendizado social capaz de corrigir a si mesmo”, que terá continuidade no transcurso de gerações<sup>407</sup>. Para Fernandes, ao reconhecer, como marco democrático, que a titularidade do poder constituinte está no povo, pode-se concluir que existem algumas limitações que lhe são inerentes, como a espacial, já que se exerce sobre uma base territorial determinada, a cultural, pois irão prevalecer em sua manifestação as tradições e os elementos culturais existentes na comunidade, e os direitos humanos, considerados pelo autor como direitos suprapositivos, que estão protegidos contra a deliberação majoritária<sup>408</sup>.

Sobre a existência de limites jurídicos materiais do poder constituinte originário em decorrência de direito internacional convencional, Barroso afirma que é preciso esclarecer se o tratado já se encontra em vigor no momento da promulgação da Constituição. Em sua opinião, contudo, as normas internacionais convencionais em vigor não irão vincular manifestação constituinte. Logo, se for incompatível com o novo texto constitucional, o tratado em vigor se tornará ineficaz. Por outro lado, quando o tratado for celebrado na vigência de uma Constituição, estará sujeito ao exame de constitucionalidade, podendo ser declarado *inválido*<sup>409</sup>. Barroso, no entanto, se restringe a analisar o direito internacional convencional, não discutindo os efeitos que os direitos e obrigações decorrentes das normas internacionais com eficácia *erga omnes*, dos *jus cogens* e dos valores fundamentais da Carta das Nações Unidas ou da Declaração Universal dos Direitos Humanos, por exemplo, teriam sobre a manifestação do poder constituinte.

Negri aponta para a necessidade de controlar a irredutibilidade do poder constituinte, dos seus efeitos e dos valores que exprime. Ele identifica na doutrina três propostas de soluções: i) o poder constituinte é transcendente face ao sistema do poder constituído e sua dinâmica é imposta ao sistema a partir do exterior; ii) o poder constituinte é imanente, sua presença é íntima ao sistema e sua ação é “aquela de um fundamento”; iii) o poder constituinte é fonte integrada, coextensiva e sincrônica do sistema constitucional positivo.

Para o primeiro grupo de doutrinadores (dentre eles Jellinek e Kelsen), o poder constituinte encontra definição no conjunto do sistema, i.e., sua realidade factual, sua onipotência e expansividade se fundamentam implicitamente na norma fundamental, que é o

---

<sup>407</sup> OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Poder Constituinte e Patriotismo Constitucional: o projeto constituinte do estado democrático de direito na teoria discursiva de Jürgen Habermas**. Belo Horizonte : Mandamentos, 2006, p. 35.

<sup>408</sup> FERNANDES, Op. Cit. 2014, p. 127.

<sup>409</sup> BARROSO, Op. Cit., 2003, p. 21-33.

ponto do sistema em que a potência formal do direito encerra, em si mesma, onipotência e expansividade.

No segundo grupo está John Rawls, para quem o poder constituinte estaria no interior de uma sequência em que o princípio constituinte viria logo após o acordo contratual sobre os princípios de justiça, mas antes de se estabelecer a máquina e a hierarquia legislativas e as regras de execução das leis. De acordo com Rawls, “idealmente, uma constituição justa seria um procedimento justo concebido para assegurar um resultado justo”. Assim o procedimento seria o processo político regido pela Constituição e o seu resultado seria o conjunto da legislação elaborada. Os princípios de justiça definiriam um critério de avaliação independente tanto para o procedimento quanto para o resultado<sup>410</sup>. Com isso, sua limitação estaria nos acordos contratuais que lhe dão expressão, o que acaba por servir como limite ético-político sobredeterminado. Em Hermann Heller e Rudolf Smend, o grau de imanência aumenta e o poder constituinte é absorvido e neutralizado pela Constituição. Para Heller, o poder constituinte real e com capacidade de agir surge a partir da criação do Estado moderno, ou seja, a partir do momento em que o “setor burguês do povo” adquiriu consciência política, conseguiu chegar a uma decisão consciente sobre a forma de existência do Estado e, com isso, surge o poder constituinte. Assim, “pode-se considerar como poder constituinte aquela vontade política cujo ‘poder e autoridade’ esteja em condições de determinar a existência da unidade política no todo”<sup>411</sup>.

Para o último grupo indicado por Negri, o elemento histórico-institucional deve ser considerado como um princípio vital. O poder constituinte não seria puramente factual, mas prefigurado e percebido, na sua originalidade, como implicitamente constituído pela legalidade, e concebido como uma atividade (política) de cujo desenvolvimento resulta a ordem jurídica.

Para Negri, entretanto, “a práxis do poder constituinte foi a porta pela qual a vontade democrática da multidão entrou no sistema político, destruindo o constitucionalismo, ou pelo menos debilitando-o intensamente”. O paradigma do poder constituinte seria o de “uma força que irrompe, quebra, interrompe, desfaz todo equilíbrio preexistente e toda continuidade possível”. Portanto, o constitucionalismo não poderia pretender regular juridicamente o poder constituinte, bloqueando a sua temporalidade constitutiva, pois, diante

---

<sup>410</sup> RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo : Martins Fontes, 2000, p. 213.

<sup>411</sup> HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. São Paulo : Mestre Jou, 1968, p.. 326-327.

dele, o constitucionalismo é uma doutrina jurídica que conhece somente o passado, é uma referência do tempo transcorrido<sup>412</sup>.

Neste ponto, Negri afirma que o viés constitucionalista não pode resolver o problema da crise do conceito de poder constituinte e o define como “ato de escolha, a determinação pontual que abre um horizonte, o dispositivo radical de algo que ainda não existe, e cujas condições de existência pressupõem que o ato criado não perca suas características na criação”. Quando o processo constituinte é desencadeado pelo poder constituinte, toda determinação é liberada e permanece livre.

No entanto, a *soberania* apresenta-se como fixação do poder constituinte, como termo deste, como esgotamento da liberdade de que ele é portador. Negri, então, vê uma contradição entre o conceito de soberania e o poder constituinte: ela precisa ser práxis de um ato constitutivo, ficando na base do próprio poder constituinte e se exercerá em sua plenitude por meio dele<sup>413</sup>. Neste sentido, “o Estado, o poder constituído, a concepção tradicional de soberania sempre reaparecem para concluir o processo constitutivo”<sup>414</sup>.

Negri conclui apresentando a ideia de um conceito de poder constituinte como crise, pois “a potência constitutiva é uma radical fundação subjetiva do ser, é a subjetividade da criação. Uma criação que nasce da crise e, assim, uma criação que nada tem a ver com a linearidade da racionalidade moderna, nem com a utopia”. O conceito de poder constituinte se conclui como “desutopia constitutiva”, pois

quando a linearidade progressiva da modernidade defronta-se com o nada dos seus efeitos, nasce a subjetividade constituinte – não como último produto da razão, mas como produto do seu insucesso. Esta subjetividade constitutiva nasce em meio ao nada das determinações do moderno, na totalidade contínua e incessante da ação da multidão<sup>415</sup>.

No entanto, Negri não explica como o poder constituinte, “libertado da racionalidade moderna”, readapta-se no retorno à modernidade pela entrega de uma Constituição de um Estado como resultado de sua atividade. Isto se dá justamente porque ele encontra sua fundamentação última nas bases profundas da própria modernidade, em que o Estado aparece como organização política predominante na sociedade. O que, de resto, é um

<sup>412</sup> NEGRI, Op. Cit., 2002, p. 12-22.

<sup>413</sup> NEGRI, Op. Cit., 2002, p. 36-37. Bercovici, em sentido contrário, afirma que “o problema essencial da concepção de poder constituinte de Negri é a sua tentativa de desvincular poder constituinte de soberania, que ele entende como contrapostos. O poder constituinte não é oposto à soberania, pelo contrário, é a sua manifestação máxima” (Op. Cit., 2013, p. 312).

<sup>414</sup> Idem, ibidem, p. 432.

<sup>415</sup> NEGRI, Op. Cit., 2002, p. 440-441.

problema de toda a teoria constitucionalista clássica, que não enxerga o fenômeno do poder constituinte no ambiente em que o Estado encontra-se inserido.

A contestação da legitimidade do poder e da ordem social seria, na visão de Bonavides, um reflexo não da crise de Constituição, mas da “crise constituinte”, que diz respeito à inadequação do sistema político e da ordem jurídica à observância das demandas básicas da sociedade. Haveria, assim, neste contexto, uma contradição entre a Constituição formal e a Constituição material que geraria uma crise permanente, pois o poder constituinte do povo, na crise constituinte, estaria condenado a se tornar um mero símbolo formal, a referendar os conteúdos constitucionais do poder constituinte das forças reais de poder<sup>416</sup>.

### 3.1.3 Poder Constituinte Reformador

Bonavides aponta que o poder constituinte derivado é órgão constitucional, com limitações tácitas e expressas, configurando-se como poder jurídico que deriva da necessidade de conciliar o sistema representativo com as manifestações diretas de vontade soberana emanadas do povo<sup>417</sup>. No mesmo sentido, Ferraz Jr. indica que o poder constituinte derivado é estabelecido conforme a nova Constituição, podendo reforma-la com base nas regras determinadas pelo poder constituinte originário, que impõe limites – formais (quórum especial de votação, por exemplo) e materiais (cláusulas pétreas) às alterações da própria Constituição<sup>418</sup>. Araújo e Nunes Jr., por sua vez, complementam que o poder constituinte derivado é limitado, não alcançando as cláusulas pétreas; condicionado, devendo observar o processo de emendas; limitado material, circunstancial e procedimentalmente<sup>419</sup>.

O poder constituinte reformador tem também o importante papel de atualizar a Constituição formal às transformações da sociedade que afetam o ambiente em que o Estado se insere, alterando a Constituição material. Sobre este assunto, Gilmar Mendes afirmou que esses modelos de Estado-nação e de Constituição serviram de referência para uma vastíssima obra de autodeterminações e, sobre essa mesma base, é construído o caminho para a micro e macrorregionalização e para a própria discussão sobre mundialização<sup>420</sup>.

---

<sup>416</sup> BONAVIDES, Paulo. **Constituinte e Constituição**. A Democracia. O Federalismo. A Crise Contemporânea. 3ª ed. São Paulo : Malheiros, 2010, p. 332-333.

<sup>417</sup> BONAVIDES, Op. Cit., 2003, p. 146.

<sup>418</sup> FERRAZ JR. Op. Cit., 1986, p. 35

<sup>419</sup> ARAÚJO e NUNES JR., Op. Cit., 2003, p. 10-11.

<sup>420</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. “A Justiça Constitucional nos Contextos Supranacionais” em NEVES (coord.), **Transconstitucionalidade do Direito**. São Paulo : Quartier Latin, 2010, pp. 243-286, 2010, p. 244.



Nelson de Sousa Sampaio indica, com base na doutrina de Horst Ehmke, que existem três espécies de limitações ao poder reformador: as transcendentais à constituição, as iminentes a esta e as que são parcialmente transcendentais, parcialmente iminentes. As da primeira espécie seriam derivadas das “condições técnicas, econômicas, e até pela situação geográfica da comunidade, bem como pelas normas gerais do Direito das Gentes”. Ou seja, além de limites do campo fático do mundo da vida, metajurídicos, ele também inclui o direito internacional, e acrescenta que são limites que seriam impostos não só ao reformador constitucional, mas até mesmo ao legislador constituinte. As limitações, que são, ao mesmo tempo, transcendentais e iminentes, seriam: “o fundamento de validade do poder constituinte; os fins da comunidade política; os direitos fundamentais ligados à dignidade do homem, reconhecida pela própria ordem internacional, os direitos da igreja e da família”. Já as limitações iminentes seriam as derivadas da noção de constituição material, que Ehmke define por dois aspectos: “o de ser instrumento de *limitação e racionalização do poder* e carta de garantias de uma vida política livre para as gerações presentes e futuras”. Neste sentido, para o autor alemão, haveria quatro pontos intocáveis pelo poder reformador constitucional: i) direitos fundamentais e políticos do indivíduo; ii) direitos fundamentais e políticos com função protetora dos grupos; iii) salvaguarda do sistema de partidos e do parlamento; e iv) manutenção da independência dos três poderes do Estado e do controle recíproco entre seus órgãos<sup>421</sup>. Sampaio, no entanto, ensina que as quatro categorias de normas que estão fora do alcance do poder revisor são: as relativas aos direitos fundamentais (o que seria redundante, na opinião do autor, em razão do “caráter supra estatal desses direitos, cujo respeito é obrigatório até para um poder de maior hierarquia do que o reformador – o poder constituinte”); as concernentes ao titular do poder constituinte (“o [poder] reformador não pode dispor do que não lhe pertence”); as referentes ao titular do poder reformador (“o titular do poder reformador (...) não pode renunciar a sua competência em favor de nenhum outro órgão. Não pode, igualmente, delegar suas atribuições, pois estas lhe foram conferidas para que ele próprio as exercite”); e as relativas ao processo da própria emenda ou revisão constitucional (“Não é possível conceber que a autoridade reformadora, como poder constituído que é, possa alterar as condições estabelecidas para o exercício de sua competência”)<sup>422</sup>.

---

<sup>421</sup> SAMPAIO, Nelson de Sousa. **O Poder de Reforma Constitucional**. 3ª ed. Rev. e atual. por Uadi Lamêgo Boulos. Belo Horizonte : Nova Alvorada, 1995, p. 91.

<sup>422</sup> SAMPAIO, Op. Cit., p. 95-108.

Para Gilmar Mendes e Rodrigo de Bittencourt Mudrovitsch, no caso da Constituição de 1988 foi a capacidade de modificação do texto constitucional por meio de um processo próprio e com limites claros e bem definidos que possibilitou o exercício democrático do poder desde a sua promulgação. Para eles, as alterações sofridas ao longo do tempo de sua vigência revelam uma capacidade de adaptação a situações que não foram previstas e de superação de crises. Eles enxergam as alterações ocorridas como uma adaptação da Constituição “às mudanças naturais ao ambiente cultural e histórico em que existe”<sup>423</sup>.

Com esta análise do poder constituinte reformador, conclui-se uma visão das teorias clássicas da Constituição e do poder constituinte que prevaleciam no Brasil à época da aprovação do texto constitucional em 1988 e que continuaram a se desenvolver após a sua entrada em vigor. Como se poderá perceber, a influência destas teorias na Assembleia Nacional Constituinte de 1987-88 foi determinante para a maneira como se observou e como se apreendeu a comunicação do sistema de direito internacional no processo constituinte e, conseqüentemente, como ele foi disciplinado na Constituição brasileira. Uma observação sociológica da Constituição permitirá compreender, de outro ponto de vista, o fenômeno constitucional e demonstrar como o direito internacional é considerado nos processos de constitucionalização.

### 3.2 SOCIOLOGIA DA CONSTITUIÇÃO

As análises normativas da Constituição geralmente estudam as normas constitucionais sem observar seus sentidos internos, submersos. De um modo geral, as normas são tratadas como simples fenômenos políticos filtrados da deliberação e da prática sociais objetivas. Como o direito constitucional é visto como um conjunto de normas derivado de alguns princípios racionais e direcionados à satisfação de determinados interesses públicos, a investigação normativa fixa sua análise das normas em torno de questões de moral institucional e de juízos justificáveis pela razão.

Essa abordagem não enfrenta o sentido submerso das normas constitucionais e não leva em conta a realidade funcional que estas normas adquirem nos ambientes sociais em

---

<sup>423</sup> MENDES, Gilmar e MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt. “Introdução: os primeiros 25 anos da Constituição Federal – A celebração do inesperado” em MENDES, Gilmar e MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt (coord.) **Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988: Análise crítica**. São Paulo : Saraiva, 2017, p. 13. No mesmo sentido, ver BARACHO, José Alfredo de Oliveira. “Teoria Geral da Revisão Constitucional e Teoria da Constituição originária” em **Revista de Direito Administrativo**, v. 198, 1994, pp. 47-63.

que são produzidas. Além disso, a abordagem normativa tem dificuldades de encontrar um sentido para as mudanças de vocabulário constitucional, pois, ao enxergar as normas constitucionais como categoriais distintas de outras normas, historicamente antecedentes, ela termina por ignorar os processos sociais contínuos que são refletidos na normatividade constitucional. Com isso, o normativismo tende a não ter atenção para o nexo entre a mudança normativa, a mudança das funções sociais e a mudanças nas demandas por direito, poder e legitimidade.

Uma nova semântica do constitucionalismo surge no momento em que se observa a Constituição e as operações recursivas do sistema jurídico em seu acoplamento estruturante com o sistema político. A diferenciação funcional dos diversos sistemas sociais situa a Constituição como mecanismo de interpenetração recíproca entre direito e política. Esta situação exige uma observação de segunda ordem<sup>424</sup>, apreender a resposta do sistema jurídico aos processos sociais de diferenciação.

De acordo com Neves, a Constituição torna o código binário do direito “lícito/ilícito” relevante para o sistema político, o que torna as premissas do Estado de Direito e a observância dos direitos fundamentais contornos estruturais dos processos políticos, tanto na busca pelo poder, quanto em seu exercício, nas tomadas de decisões. Isto implica, por exemplo, que decisões democraticamente majoritárias na esfera política sejam significadas no sistema jurídico pelo código da ilicitude, por inconstitucionalidade. Já o código binário da política “poder/não poder” se torna relevante para o direito na medida em que, nos regimes democráticos, as decisões da maioria passam a constituir variável estrutural da reprodução dos procedimentos jurídicos de solução e absorção de conflitos, principalmente pela produção de normas jurídicas<sup>425</sup>.

O acoplamento estrutural entre direito e política estabelecido pela Constituição não é de harmonia, mas de complementação e tensão. As premissas de um e outro sistema não se propõem a realizar a função societal do outro, o que significa que haverá inúmeras situações de colisão, que deverão ser mediados pelos procedimentos constitucionalmente estabelecidos. O caso-limite desta tensão é a ruptura do sistema constitucional pela emergência do poder constituinte democraticamente impulsionado pelo poder político com o propósito de refundação do Estado pela constituição de uma nova ordem jurídica<sup>426</sup>.

---

<sup>424</sup> De acordo com Simioni, “a observação de segunda ordem da teoria dos sistemas é uma observação das observações de primeira ordem” (SIMIONI, Op. Cit., 2006, p. 26).

<sup>425</sup> NEVES, Op. Cit., 2009, p. 56-57.

<sup>426</sup> NEVES, Op. Cit., 2009, p. 58.

Para Luhmann, a Constituição opera o fechamento do sistema jurídico como uma unidade de auto-referência, ao transformar, por si mesma, a inacessibilidade do sistema em problemas de atribuição solucionáveis, a unidade invisível do sistema em distinções e a simetria da interdependência interna em assimetria, e de hetero-referência, consistente na possibilidade de adaptação às transformações das estruturas temporais dos sistemas sociais, como uma abertura para o futuro, limitada juridicamente, sobretudo mediante procedimentos<sup>427</sup>.

A arquitetura do sistema resultante da complexidade crescente decorrente da eficácia das normas constitucionais no contexto de uma sociedade mundial deve adotar uma formatação heterárquica, que seja capaz de lidar com os sistemas sociais parciais e acoplados sem relações de hierarquia. O acoplamento estrutural permite que o sistema jurídico tolere um sistema político que tende para o Estado regulador e que tenta constantemente escapar das limitações impostas pelo direito. Da mesma maneira, o sistema político tolera um sistema jurídico que realiza continuamente processos próprios, blindados da interferência política sempre que as questões binárias “direito/não direito” ou “lícito/ilícito” se apresentem<sup>428</sup>. Os sistemas funcionam operativamente fechados, pois não estabelecem determinações recíprocas, mas que são sensíveis às perturbações do ambiente e são obrigados a reagir por meio das respectivas linguagens sistêmicas.

De acordo com Luhmann, “A Constituição constitui e, ao mesmo tempo, torna invisível o acoplamento estrutural entre direito e política”<sup>429</sup>. A referência a conceitos do sistema político como povo, eleições, partidos e voto no texto constitucional os torna conceitos jurídicos, na medida em que são passíveis de judicialização. O acoplamento estrutural entre o sistema jurídico e o político resultante das referências a estes conceitos atua como operador da autopoiesis do sistema jurídico na sua relação comunicativa com a sociedade. Esse acoplamento estrutural, entretanto, não é descrito expressamente no texto constitucional, figurando em um plano implícito, mas indispensável, de sua diferenciação.

Neves propõe a introdução do conceito de racionalidade transversal como complemento do conceito de acoplamento estrutural entre sistemas funcionais da sociedade moderna. Neste caso, a Constituição seria uma instituição de racionalidade transversal entre o direito e os sistemas sociais, implicando um aprendizado recíproco entre esferas da

---

<sup>427</sup> LUHMANN, Op. Cit., 1996, p. 14.

<sup>428</sup> LUHMANN, Op. Cit., 1996, p. 24-25.

<sup>429</sup> LUHMANN, Op. Cit., 1996, p. 16.

sociedade<sup>430</sup>. Cada sistema funcional como âmbito de comunicação é capaz de criar seus mecanismos de aprendizado e influência ao entrar em conexão com outros. Assim, existem racionalidades transversais parciais que servem à relação construtiva entre as racionalidades particulares dos sistemas em confronto. Assim, de acordo com Neves, “cada racionalidade transversal parcial encontra-se vinculada às correspondentes racionalidades particulares para atuar como “pontes de transição” específica entre elas”<sup>431</sup>. Carneiro aponta que a racionalidade transversal visa a suprir um déficit na observação da comunicação entre sistemas do modelo luhmanniano<sup>432</sup>.

Thornhill analisa as Constituições como componentes centrais na estrutura de legitimação da sociedade e as normas constitucionais como condutoras dos processos de formação, integração e autoregulação política societais. Os sistemas sociais tendem a estabelecer suas fundações jurídico-normativas na forma de normas constitucionais. Além disso, as constituições dos sistemas sociais são consideradas como respostas às expectativas de legitimidade que possuem múltiplos fundamentos sociais, que refletem múltiplas pressões sociais, e que não são simplesmente articuladas como demandas racionalmente judicializáveis (*rationally adjudicable claims*)<sup>433</sup>.

A integridade e a coesão da sociedade moderna dependem da construção normativa resultante das constituições, que estão inseridas em um profundo processo legitimador interno da sociedade. A função legitimadora de uma Constituição na sociedade mundial não está ligada a uma justificação política racional, à sua contribuição para padrões multinível de integração societal e, nesta perspectiva, as normas constitucionais não são meramente obrigações textuais para órgãos governamentais, mas estão profundamente articuladas com demandas e motivações sociais<sup>434</sup>.

Estas Constituições dos sistemas sociais têm caráter essencialmente privado, consolidando-se por meio de contratos, padrões de conduta, guias de princípios e outros modelos de *soft law*, que utilizam mecanismos jurídicos para instrumentalizar seus processos e operações. Desconectadas de uma dimensão legitimadora da política, essas Constituições deslocam o eixo de poder centrado na soberania dos Estados, que precisam se adequar às

---

<sup>430</sup> NEVES, Op. Cit., 2009, p. XXIII-XXIV.

<sup>431</sup> NEVES, Op. Cit., 2009, p. 42.

<sup>432</sup> CARNEIRO, Op. Cit., 2018, p. 55.

<sup>433</sup> THORNHILL, Chris. “The Sociology of Constitutions” em **Annual Review of Law and Social Science**. N. 13, 2017, pp. 493-513.

<sup>434</sup> THORNHILL, Op. Cit., 2017, p. 495.

ordens normativas dos sistemas sociais parciais funcionais, elevando a percepção de interdependência da sociedade mundial<sup>435</sup>.

Marcelo Neves, contudo, descarta o uso do conceito de Constituição em sentido que considera “metafórico”, para atender a contextos sociais diversos, aplicando-se a instituições e realidades políticas e jurídicas muito distintas. Mesmo reconhecendo que “a construção da sociedade moderna envolve contornos de sentidos que impedem uma absoluta desconexão entre a semântica constitucional e transformações estruturais”, Neves afirma que, em seu sentido moderno, a Constituição “depende, no plano estrutural, de amplos pressupostos e exige, no nível semântico, clareza conceitual”<sup>436</sup>.

Luhmann aponta que a Constituição escrita surge como solução para o um problema que lhe antecede, que é a distinção entre o que deve ser considerado “direito” e o que seria o “não direito”, considerando a diferenciação funcional do sistema jurídico. Assim, a tese do poder constituinte do povo se casa com os direitos fundamentais já conquistados e convencionados, conjuntamente com a garantia de que esse poder não poderá ser exercido a qualquer momento ou de qualquer modo como reflexo da “vontade geral”. Com isso, o código binário do sistema jurídico direito/não direito estabelece o seu texto que passa a estabelecer a diferença baseada neste mesmo código<sup>437</sup>.

Neste sentido, Fernandes afirma que a Constituição é “reflexo de uma época, espelho de um momento, contextual, fruto de um ‘pano de fundo intersubjetivamente compartilhado’ de Estado e de Sociedade que são sempre inafastáveis de nossa epocalidade e de nossa condição humana”<sup>438</sup>. Importante esta constatação de Fernandes, pois não ignora que a ordem constitucional, formal e materialmente, está sujeita às transformações sociais e de ambiente social, ou seja, tanto no que se refere às mudanças que ocorrem na sociedade humana que se sujeita a suas normas, quanto àquelas que ocorrem na comunidade internacional onde está inserido o Estado como sujeito de direito. Este “Estado Ecológico” é resultante de uma Constituição aberta às mudanças de ambiente social, inclusive no que se refere às suas próprias finalidades. Thornhill afirma que “por trás das diferentes *époques* de formação da concepção constitucional, é possível identificar uma continuidade profunda na adaptação funcional no sistema político da sociedade e na própria sociedade”<sup>439</sup>.

---

<sup>435</sup> Neste sentido, ver TEUBNER, Gunther. **Fragmentos Constitucionais: constitucionalismo social na globalização**. São Paulo : Saraiva, 2016.

<sup>436</sup> NEVES, Op. Cit., 2009, p. 3-4.

<sup>437</sup> LUHMANN, Op. Cit., 1996, p. 12-14.

<sup>438</sup> FERNANDES, Op. Cit., p. 36.

<sup>439</sup> THORNHILL, Op. Cit., 2014, p. 373.

Grimm acrescenta que as Constituições não podem emergir “a qualquer tempo”, pois depende de certas pré-condições que nem sempre estão presentes em determinado momento histórico. Assim, a ordem política deve estar em questão, como ocorreu nos processos revolucionários do século XVIII<sup>440</sup>; deve haver um objeto passível de regulação integral e sistêmica, como o Estado moderno; e deve existir uma demanda de submissão da política ao direito, o que só foi possível com a superação do absolutismo. Existentes estas condições, o momento histórico de surgimento de uma Constituição pode ocorrer.<sup>441</sup>

Afastando-se do normativismo tradicional, Loewenstein<sup>442</sup> indica que uma Constituição deve conter a diferenciação das diversas tarefas estatais e sua atribuição a diferentes órgãos estatais do poder; um mecanismo planejado para estabelecer a cooperação entre os diversos detentores do poder, através de um sistema de freios e contrapesos; um mecanismo para evitar os bloqueios respectivos entre os diferentes detentores autônomos do poder, evitando a adoção de medidas autocráticas; um método para a adaptação pacífica da ordem fundamental às variantes condições sociais e políticas, ou seja, um método de reforma constitucional racional que evite a ilegalidade e a revolução; e a lei fundamental deverá conter um reconhecimento exposto de certas esferas de autodeterminação individual.

A ideia de positivação do direito expressa a autodeterminação operativa do direito, o que significa que o direito só pode ser criado pelo próprio direito. Com isso, a validade de uma norma não se funda em um ato de arbítrio político, mas na observação do próprio direito, cumprindo a regra de hierarquia superior da Constituição este papel de garantir a circularidade e o fechamento operativo do sistema jurídico. A independência e a autodeterminação do sistema manifestam-se na positivação do direito. Considerado como um sistema que se encontra imune às arbitrariedades, toda imutabilidade, inviolabilidade, superioridade, diferença etc. deve ser construída no interior do próprio sistema jurídico.

Marcelo Neves diferencia as Constituições modernas dos chamados “pactos de poder” que lhe antecederam, pois estes acordos seriam atos pontuais por se restringirem a aspectos específicos da política e do direito e se constituíam como simples manifestação jurídica das relações reais de dominação. As Constituições em sentido moderno, por sua vez,

---

<sup>440</sup> Grimm ressalva que isso não quer dizer que as constituições só possam emergir em processos revolucionários.

<sup>441</sup> GRIMM, Op. Cit., 2018, p. 3. No mesmo sentido, Neves afirma que “sem um certo contexto de diferenciação funcional e inclusão social, não há lugar para a Constituição como um mecanismo cujo desenvolvimento depende de amplos pressupostos sociais (Op. Cit., 2009, p. 56).

<sup>442</sup> LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona : Ariel, 1965, p. 153.

são abrangentes no seu conteúdo, referindo-se aos vários campos do direito e aos diferentes processos de tomada de decisão política. Além disso, são normativas, não só porque são compostas de normas jurídicas, mas, principalmente, porque geram uma “diferenciação funcional entre o direito e a política, implicando a vinculação jurídica do poder, o que possibilita o seu limite e controle pelo direito”<sup>443</sup>. Neste sentido, as Constituições são “constituintes” de poder no âmbito de validade ou na dimensão temporal.

Neves ainda afirma que o vínculo estrutural estabelecido pela Constituição entre a política e o direito exclui as ingerências de um sistema no outro que não sejam conduzidas por mecanismos constitucionalmente definidos. No entanto, por meio do acoplamento estrutural estabelecido pela Constituição, a possibilidade de influência recíproca entre os sistemas aumenta. Além disso, a interpenetração e a interferência entre eles implicam relações de dependência e independência, que só se tornam possíveis com base na formação auto-referencial de cada um dos sistemas<sup>444</sup>.

O contexto de diferenciação funcional<sup>443</sup> que resulte em inclusão social é imprescindível para a Constituição como mecanismo de autonomia recíproca entre direito e política. Os direitos fundamentais estabelecidos em uma Constituição são respostas do sistema jurídico a esses processos sociais de diferenciação, já que resultam da diferenciação funcional das diversas esferas sociais refletidas no sistema jurídico e só podem existir com uma distinção, clara e radical, entre sociedade e indivíduo. Da mesma forma, a democracia como apoio generalizado que possibilita o fechamento operativo do sistema político só pode ser construída a partir da autonomia da política em relação aos valores particulares de grupos familiares, étnicos e religiosos e aos interesses econômicos concretos<sup>445</sup>.

Assim, Neves sustenta que a Constituição seria a instância reflexiva mais abrangente do sistema jurídico, permeando-lhe todos os âmbitos de validade, o material, o temporal, o pessoal e o territorial. Considerando-a como norma(s) de normas, ela perpassa transversalmente todo o sistema jurídico, dando-lhe consistência. Neste sentido, a Constituição permite a autofundamentação do direito e faz o fechamento do sistema jurídico

---

<sup>443</sup> NEVES, Op. Cit., 2009, p. 20-21.

<sup>444</sup> NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. Guarulhos : Editora Acadêmica, 1994, p. 63. Luhmann afirma que a permanente exposição do sistema jurídico aos impulsos políticos, no sentido de criação de novas leis, pode ser resolvida na forma da própria legislação, que não irá tolerar tudo o que seria desejável no plano político, e, vice-versa, a política pode tolerar as perturbações produzidas por decisões jurídicas, como a declaração de inconstitucionalidade de uma lei considerada importante, pelo fato de a decisão emergir no sistema jurídico, tornando difícil a atribuição ao governo ou à oposição da responsabilidade política pelos resultados da decisão tomada (LUHMANN, Op. Cit., 1996, p. 27).

<sup>445</sup> NEVES, Op. Cit., 2009, p. 56.



estatal ao estabelecer os procedimentos básicos pelos quais se pode ingressar no direito<sup>446</sup>. No entanto, esta visão só pode ser aplicada ao sistema jurídico nacional a que a Constituição diz respeito: o âmbito territorial de sua aplicação delimita sua eficácia, que não se estende ao sistema jurídico internacional, salvo quando este lhe der abertura, como o faz, por exemplo, no Artigo 46 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, de 1969.

Luhmann afirma que o questionamento sobre a validade da regra de superioridade da Constituição sobre todas as demais normas indica que o sistema jurídico continua a exigir, na modernidade, uma instância supra-regulativa. O modo pelo qual essa instância é definida é considerado de relevância secundária pelas teorias do direito, seja como política, como Estado, como povo ou como natureza<sup>447</sup>.

Em uma perspectiva que leva em consideração a sociedade mundial, Häberle aponta que a transformação do Estado Constitucional clássico em um Estado Constitucional Cooperativo é a resposta interna do modelo contemporâneo de Estado (livre, democrático e plural) à transformação das relações internacionais e do direito internacional e aos desafios que levam à cooperação, principalmente após a Segunda Guerra Mundial<sup>448</sup>. Já Pérez Luño, a propósito de obra de Karl-Peter Sommermann, afirma que o principal mérito do autor alemão é ter situado os problemas da qualidade de vida e o meio ambiente no compromisso central desse “Estado ecológico”, que representaria a última versão da evolução constitucionalizada. Ainda sobre a obra de Sommermann, Pérez Luño extrai os grandes fins dos Estados constitucionais atuais, que seriam a garantia e o impulso formal, material e institucional dos direitos e liberdades à política de desenvolvimento e promoção social; o fomento à cultura; a defesa da paz; e a tutela do meio ambiente.<sup>449</sup>

Luhmann afirma que a transição no sentido da positividade do direito que se autoqualifica como direito, embora, um primeiro momento, ainda sob tutela do direito natural ou da razão, se completa, em um segundo momento, da positivação da legislação para a unitarização da jurisdição, na construção da intangibilidade do sistema, que passa a ser decorrência da norma constitucional. A Constituição remove os fundamentos externos do jusnaturalismo e de uma ideia de direito racional baseado em uma razão transcendental que se julga a única capaz de julgar a si mesma. De certa maneira, a Constituição assume o reingresso da razão ao propor o fechamento do sistema jurídico, o que pode ser verificado nas

---

<sup>446</sup> NEVES, Op. Cit., 2009, p. 59-60.

<sup>447</sup> LUHMANN, Op. Cit., 1996, p. 13.

<sup>448</sup> HÄBERLE, Op. Cit., 2007, p. 10.

<sup>449</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Perspectivas e Tendências atuais do Estado Constitucional**. Trad. José Luis Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 212, p. 53.

regras de coalizão, que garantem o primado da Constituição; ou nas regras relativas às condições de possibilidade de sua alteração e de não-alteração do seu texto; ou ainda na previsão de um controle de constitucionalidade do direito; e, naturalmente, ao considerar absolutamente vinculante o poder constituinte<sup>450</sup>.

Para Neves, a vigência das normas constitucionais não é um resultado simplesmente do processo constituinte e de reforma constitucional, considerados como processos de filtragem especificamente orientados para este fim, mas decorre também da concretização constitucional como pluralidade dos processos de filtragem. Logo, a Constituição não pode ser compreendida apenas sob o aspecto estrutural, como fazem as teorias normativistas; deve-se considerar ainda o aspecto operativo das comunicações que servem de base e se fundamentam nas expectativas constitucionais vigentes. É a Constituição que determina como e até que ponto o sistema jurídico pode se reciclar sem perder a sua autonomia operacional<sup>451</sup>.

Os elementos primários da teoria e prática constitucionais clássicas devem ser examinados de uma posição funcionalmente interna à estrutura sistêmica da sociedade moderna. Assim, é necessário compreender como o surgimento de conceitos relacionados à legitimidade constitucional, como poder constituinte, direitos subjetivos, igualdade perante a lei e democracia, esteve reflexivamente ligado às transformações das funções sistêmicas na sociedade. Para Thornhill, “essas normas constitucionais evoluíram, não – ou não apenas – como significados ou realidades situadas fora da lei e da política, mas sim como fórmulas dentro das trocas jurídicas e políticas da sociedade”<sup>452</sup>.

Desta forma, as normas constitucionais permitiriam a adaptação do sistema político às transformações da estrutura da sociedade e autonomamente a executar suas funções – i.e., de produzir poder político e distribuir o poder por meio de atos de legislação – no contexto de sociedades cada vez mais diferenciadas funcionalmente. Assim, as normas constitucionais clássicas, inicialmente expressadas nas revoluções constitucionais iluministas, podem ser interpretadas como construções que as sociedades geraram para sustentar essas mudanças políticas e para concentrar essas transformações em um número definido de funções sociais diferenciadas.

Para tanto, é necessário deixar de considerar as normas constitucionais como simples princípios materializados, passando a adentrar nos sentidos reflexivos e nas

---

<sup>450</sup> LUHMANN, Op. Cit., 1996, p. 10-11.

<sup>451</sup> NEVES, Op. Cit., 1994, p. 64 e p. 67.

<sup>452</sup> THORNHILL, Op. Cit., 2014, p. 358.

possibilidades de adaptação contidos sob a literalidade dos conceitos constitucionais. Com isso, é possível observar as pressões articuladas através das normas constitucionais e compreender a correlação entre as normas constitucionais, as mudanças na estrutura da sociedade e a evolução das demandas sociais por poder político e jurídico. Esta abordagem permite a interpretação de novas expressões emergentes da normatividade constitucional como parte de padrões mais profundos de adaptação social no contexto de processos de formação sistêmica.

De uma ótica sociológica, a possibilidade de reforma da Constituição é uma premissa elementar da autopoiese dos sistemas jurídico e político no plano do acoplamento estrutural. Mesmo com as limitações de estabilização dos sistemas, a abertura cognitiva do sistema jurídico não poderia ficar limitada às normas infraconstitucionais, mormente em se considerando o grande número de elementos componentes dos modelos constitucionais da atualidade. Com isso, o poder constituinte reformador se manifestará sempre em resposta das demandas sociais no sentido de adequar o conteúdo do texto constitucional, permitindo sua evolução e garantindo a estabilidade do acoplamento estrutural entre os sistemas jurídico e político.

No mundo atual, nos sistemas políticos fundados na democracia, a soberania que define o que é requerido pelo bem comum é a soberania popular, que é a única capaz de se afirmar politicamente de maneira legítima. Mesmo que o texto constitucional não consinta, este poder irá se exercer *extra* e mesmo *contra legem* na forma de poder constituinte originário. Trata-se do limite da possibilidade do acoplamento estrutural entre a política e o direito, pois este é um encargo que ele não pode suportar, implicando no seu não funcionamento. Ao mesmo tempo em que não elimina a identidade e a autonomia dos sistemas acoplados, o acoplamento estrutural não os integra em uma ordem hierárquico-assimétrica. Portanto, a diferenciação funcional entre os dois sistemas não pode ser controlada nem por uma, nem por outra parte<sup>453</sup>.

Durante o hiato constitucional, quando irrompe o processo constituinte e o acoplamento estrutural deixa de funcionar, é que surge a necessidade de se buscar nos elementos dos sistemas sociais parciais aqueles que podem garantir a estabilidade na relação entre os sistemas jurídico e político. Por esta razão, é necessária a criação de um sistema de

---

<sup>453</sup> LUHMANN, Op. Cit., 1996, p. 22. A teoria procedimental de Luhmann tem dificuldades de enxergar a crise constituinte proposta por Bonavides, que indica que o poder constituinte efetivamente exercido no Brasil, em todas as constituições, não reflete o “poder constituinte do povo”. Assim, ele afirma que a crise não se exaure com a adoção de uma nova constituição, pois a crise diz respeito ao próprio Estado e à sociedade, manifestando-se na contraposição entre a constituição e a realidade social. A crise constituinte é uma crise do próprio poder constituinte, que não se resolveu desde as origens do Estado brasileiro (BONAVIDES, Op. Cit., 2010, p. 333).

organização, como uma Assembleia Constituinte, para que sejam tomadas as decisões que irão resultar no texto constitucional. A programação do sistema de organização poderá acelerar e orientar a comunicação intersistêmica com o objetivo de obter decisões estabilizadoras. Ao articular uma comunicação não-generalizada, mas passível de assimilação pelos sistemas parciais<sup>454</sup>, a Assembleia Constituinte possibilitará a continuidade da racionalidade transversal entre os sistemas com o objetivo de tomar decisões que irão formatar o acoplamento estrutural entre o direito e a política na nova Constituição.

A seguir, serão explicadas três formas diferentes de observar a relação do fenômeno constitucional no contexto da sociedade mundial. Todas estas teorias se desenvolveram a partir de matrizes sociológicas anteriores à Constituinte de 1987-88 no Brasil, mas que só passaram a ser compreendidas pela doutrina jurídica em um momento posterior, quando os efeitos da descentralização da sociedade sobre o sistema jurídico estatal se tornou evidente. Exemplificativamente, David Held, em um artigo publicado em 1990, afirmou que:

O mundo putativamente “fora” do Estado-nação – a dinâmica da economia mundial, o rápido crescimento das ligações transacionais e as grandes mudanças da natureza do direito internacional, por exemplo – é objeto de uma teorização mínima e suas implicações para a democracia não são pensadas<sup>455</sup>.

Como se pode perceber nesta passagem, os fenômenos que caracterizam a sociedade mundial e suas implicações sobre o Estado e sobre o sistema jurídico estatal já eram observadas por uma parte da doutrina, mas isso não se refletia nos processos e nas programações dos sistemas internos. Estes limites das teorias políticas e jurídicas da época da Constituinte brasileira contribuíram para que essa dinâmica da sociedade não fosse considerada.

Como consequência da observação destas mudanças, autores, como Gomes Canotilho, revisaram radicalmente seu entendimento em relação ao papel das Constituições, passando a observá-las de uma perspectiva integrada na dinâmica mundial. Da mesma forma, a percepção de que outros sistemas parciais elaboram suas próprias Constituições levou autores, como Gunther Teubner, a proporem uma ideia de constitucionalismo global, que reduz a centralidade do Estado na sociedade ao submetê-lo em condições de igualdade aos regimes particulares constituídos. Marcelo Neves, por sua vez, propôs o conceito de racionalidade transversal, que atuaria como complemento do acoplamento estrutural entre

---

<sup>454</sup> SIMIONI, Op. Cit., 2006, p. 115.

<sup>455</sup> HELD, Op. Cit., p. 151.

política e direito para explicar o fenômeno do transconstitucionalismo. Apesar de posteriores à Constituição de 1988, como estas teorias analisam fenômenos que já ocorriam à época da Constituinte, torna-se relevante o seu estudo.

### 3.2.1 Interconstitucionalidade e Direito Global

A teoria da interconstitucionalidade proposta por Gomes Canotilho estuda as relações interconstitucionais de concorrência, convergência, justaposição e conflito de várias Constituições e de vários poderes constituintes no mesmo espaço político. As constituições estatais “desceram do ‘castelo’ para a ‘rede’, mas não perderam as funções identificadoras pelo facto de, agora, estarem em ligação uma com as outras”. A rede é formada pelas normas constitucionais nacionais e normas internacionais (entre as normas internacionais, estão aquelas que Canotilho chama “normas constitucionais europeias”, que são os tratados constitutivos da União Europeia). Esta rede abre o sistema normativo nacional e relativa princípios estruturantes de estabilidade (soberania, independência, hierarquia das normas e competência das competências), mas não chega a dissolver as “linhas de marca das formações constitutivas” dos Estados<sup>456</sup>.

A existência da rede é garantida no momento em que os textos constitucionais mantêm, de um lado, a auto-referência dos sistemas nacionais, mas também fazem referência aos valores do sistema internacional. Fica, assim, assegurada a formação de uma rede interorganizativa no contexto dos textos constitucionais. Haveria, portanto, um estreitamento das fronteiras entre o direito constitucional e o direito internacional, tornando-se possível tratar, conjuntamente, do direito constitucional internacional e do direito internacional constitucional<sup>457</sup>.

Para Canotilho, o constitucionalismo global tem como problema a regulação das dinâmicas sociais relacionadas à digitalização, à privatização e à rede global<sup>458</sup>. Os sujeitos internacionais do processo de constitucionalização global seriam, desde logo, as organizações internacionais, as uniões internacionais de trabalhadores, as organizações não governamentais, as empresas transnacionais e os indivíduos.

Os subsistemas sociais-internacionais adotam esquemas reguladores semelhantes ao de uma Constituição, como a “constituição da Internet”, a “constituição dos

---

<sup>456</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **“Brançosos” e a Interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2ª ed. Coimbra : Almedina, 2017, p 269.

<sup>457</sup> CANOTILHO, Op. Cit, 2017, p. 285.

<sup>458</sup> CANOTILHO, Op. Cit, 2017, p. 286.

sistemas de saúde”, a “constituição da investigação genética”, que seriam propostas de um constitucionalismo societal<sup>459</sup>. Estas Constituições privadas irão se relacionar com o subsistema jurídico de matriz estatal formado pela rede composta pelo direito nacional dos Estados e o direito internacional.

As chamadas Constituições civis globais, no entanto, produzem um sério déficit democrático. Enquanto a decisões dos Estados nacionais produzem cada vez mais efeitos internacionais, em razão da crescente interdependência da comunidade internacional, a existência de regimes normativos privados dos subsistemas sociais se traduz na perda de poder dos Estados, entre os quais aqueles que têm seu poder legitimado por processos democráticos<sup>460</sup>.

O déficit democrático mais grave é a falta de controle e responsabilidade, como adverte Habermas<sup>461</sup>. Nenhum mimetismo estatal será capaz de garantir uma democracia cosmopolita a sistemas normativos que não estejam em conexão com a matriz estatal. Esta situação tem levado parte da doutrina a uma radicalização que promove a ruptura dos paradigmas constitucionais pela instalação de um Constitucionalismo Societal.

Maués destaca o embricamento das Constituições dos países ocidentais com as origens da democracia liberal-representativa e o capitalismo. Assim, o elemento central das teorias políticas liberais é a proteção do indivíduo contra o poder político, de modo que os princípios do liberalismo associados aos princípios democráticos levam à concepção protetora da democracia, entendida como instrumento para defesa da sociedade contra a opressão do Estado. Com efeito, diante do incremento dos conflitos sociais decorrentes da diversificação da sociedade e da crescente interferência do Estado na vida social, os críticos apontam que a democracia encontra-se limitada pela existência de áreas do poder público que não se sujeitam ao controle, ainda que indireto, dos cidadãos<sup>462</sup>.

As teorias dos sistemas sociais pós-luhmannianas de autores como Sciulli apontam na direção de uma superação do constitucionalismo como maneira de compreender a

<sup>459</sup> CANOTILHO, Op. Cit., 2017, p. 290.

<sup>460</sup> Rocha e Tonet alertam, contudo, que “A teoria da interconstitucionalidade não objetiva o fim dos Estados, mas sim, a intercomunicação normativa, onde as normas seriam (re)organizadas em suas formas de criação. A velha teoria do Estado não é apta a responder os problemas do presente, pois não aceita a comunicação sistêmica, trabalha de forma monologa em sua criação normativa. Assim, com a velha teoria o Estado é o problema, com as novas ele pode ser a possibilidade de evolução” (ROCHA, Leonel Severo; TONET, Fernando. “A interconstitucionalidade como produção jurídica descentralizada dentro das novas observações estatais” em **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 115, pp. 473-496, jul./dez. 2017, p. 488).

<sup>461</sup> HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional: ensaios políticos**. São Paulo: Littera Mundi, 2002.

<sup>462</sup> MAUÉS, Op. Cit., p. 118-120.

sociedade global<sup>463</sup>. A premissa aqui adotada, no entanto, é a da existência de uma comunidade internacional centrada na figura do Estado, que permanece com a exclusividade do uso da força na imposição do direito legitimada pela política. Tal comunidade internacional está inserida na noção mais ampla de sociedade mundial, que comporta todos os sistemas sociais funcionalmente diferenciados.

Os regimes normativos dos subsistemas sociais funcionais são parciais, ainda que se pretendam autônomos ao estabelecer dentro deles uma hierarquia normativa, procedimentos para criação de normas, sistemas de solução de conflitos, distribuição de competências e outras características constitucionais. São parciais, inicialmente, porque declaradamente limitadas a determinados sistemas sociais<sup>464</sup>, faltando-lhes, essencialmente, o fator político.

O republicanismo contextual da sociedade civil global não é suficiente para garantir a legitimidade da chamada *global governance*. Canotilho chama atenção para a necessidade de se “descobrir como se articula a auto-organização sistêmico-social com as regras políticas do espaço público”<sup>465</sup>. O acoplamento do subsistema político com o subsistema jurídico de matriz estatal que dá origem ao direito constitucional e ao direito internacional não existe entre a *global governance* e o direito global. Com isso, as pretensões de vinculatividade global dos subsistemas normativos funcionais carecem de legitimação política.

Não se pode desconsiderar a necessidade de observância das regras políticas do espaço público, já que muitas vezes as constituições civis dos sistemas sociais parciais pretendem regular matérias com alto grau de politização, como no caso da saúde (produção de medicamentos, patentes farmacêuticas e contenção de epidemias em países pobres e de populações pobres) e da educação (faculdades privadas, modelos profissionais e acesso à educação). O acoplamento com as políticas nacionais também é um problema para a legitimidade de um constitucionalismo global decorrente dos regimes normativos dos sistemas parciais, como a preservação de espécies de fauna e flora, ou de elementos culturais locais frente às demandas do subsistema normativo de base econômica.

---

<sup>463</sup> SCIULLI, David. **Theory of Societal Constitutionalism: foundations of a non-marxist critical theory**. Cambridge : CUP, 1992.

<sup>464</sup> CANOTILHO, Op. Cit., 2017, p. 296.

<sup>465</sup> CANOTILHO, Op. Cit., 2017, p. 298.

### 3.2.2 Constitucionalismo Global

Teubner afirma que “após o declínio do feudalismo, considerou-se que as instituições intermediárias careciam de legitimidade, sendo a constituição exclusivamente estabelecida na relação entre cidadãos e Estado”<sup>466</sup>. Nas origens do Estado de Direito, a esfera privada era vista como um espaço de atividades individuais, que seria regulada pela autonomia da vontade e cuja Constituição seriam as grandes codificações. Nas suas relações com o Estado, as relações entre particulares estariam protegidas pelo reconhecimento de direitos subjetivos estabelecidos nas bases do processo de constitucionalização do próprio Estado, estabelecidos como garantias, mas sem disciplina específica.

Somente no século XX, a incorporação nas constituições dos Estados de regulação de institutos de direito privado, como propriedade, família e contrato, deslocou para o constitucionalismo a centralidade da regulação das relações privadas, especialmente após o Estado de Weimar, em 1920. Este movimento, conhecido como “constitucionalização do direito privado”, começou a se manifestar no Brasil, na década de 1930, com a inclusão da função social da propriedade na Constituição de 1934<sup>467</sup>. Foi na Constituição de 1988, entretanto, que houve uma profusão de institutos de direito privado para o texto constitucional.

Teubner indica que este movimento de constitucionalização do direito privado representa uma tentativa de interpretar Constituições de outros sistemas sociais como expansões da Constituição do Estado. Com isso, as Constituições dos Estados estariam indo além da política, pretendendo funcionar como a Constituição da sociedade como um todo. Porém, o autor afirma que a constitucionalização da sociedade contemporânea deve ser analisada como um processo que ocorre para além do Estado<sup>468</sup>.

Com exceção da política e do direito, os sistemas parciais autônomos funcionalizados não limitaram seus longos processos históricos de autofundação constitutiva às fronteiras territoriais. Sua formação se deu a partir de interligações recursivas em um plano mundial que dependeu principalmente do desenvolvimento e da ampliação do alcance dos meios de comunicação. A constitucionalização jurídico-política da autofundação constitutiva dos sistemas parciais, no entanto, se deu vinculada à territorialidade estatal, criando uma

---

<sup>466</sup> TEUBNER, Gunther. “Constitucionalismo social: nove variações sobre o tema proposto por David Sculli” em FORTES, Pedro; CAMPOS, Ricardo; BARBOSA, Samuel (coord.). **Teorias Contemporâneas do Direito: o direito e as incertezas normativas**. Curitiba: Juruá, 2016a.

<sup>467</sup> BRASIL, Constituição Federal de 1934, art. 113, § 17: “É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar”.

<sup>468</sup> TEUBNER, Op. Cit., 2016a, p. 133



tensão entre as pretensões de mundialidade de suas operações funcionais e as prestações de suporte infraestruturais que são fornecidas pela política e pelo direito no âmbito dos Estados nacionais<sup>469</sup>.

A constitucionalização transnacional precisa ser vista como um fenômeno característico da sociedade contemporânea, pois as organizações e os regimes transnacionais se auto-estabeleceram enquanto instituições jurídico-políticas, desenvolvendo estruturas constitucionais próprias<sup>470</sup>, como é o caso da Organização Mundial do Comércio, os regimes híbridos transnacionais e a *lex mercatoria*. Estas constituições evoluem para fora da política internacional, em setores privados da sociedade global.

Assim, desta ótica, a tentativa de explicar a existência da constitucionalidade transnacional a partir da expansão das Constituições dos Estados para além das fronteiras nacionais, como é a proposta do “transconstitucionalismo” de Marcelo Neves e da “interconstitucionalidade” expressada por Gomes Canotilho, estaria subestimando a capacidade “autoconstitucionalizante” das instituições sociais. Para Teubner, “a autoconstitucionalização das instituições sociais pode ser explicada teoricamente pelo fato de que a diferenciação funcional da sociedade não pode ser atribuída a uma decisão política básica”<sup>471</sup>. Os sistemas funcionais constituem a si mesmos, determinando sua identidade própria através da complexa semântica de autoexplicação, reflexão e autonomia.

A tentativa de trazer a dimensão constitucional destes sistemas para dentro da Constituição dos Estados termina por configurar aquilo que Wálber Carneiro chama de colonização pelo direito de operações de outros sistemas<sup>472</sup>. Para Thornhill, as normas constitucionais que se referem à Constituição global são resultado da reação sociológica a pressões funcionais específicas da sociedade por inclusão legislativa, impactando no sistema político e jurídico, como produção social do poder<sup>473</sup>.

O constitucionalismo global, portanto, tem sua própria “fábrica” de normas constitucionais, que causam uma mudança profunda no sistema político e na produção e distribuição societal de poder. Teubner reconhece que as Constituições dos Estados são o

---

<sup>469</sup> TEUBNER, Gunther. **Fragmentos Constitucionais: constitucionalismo social na globalização**. São Paulo : Saraiva, 2016b, p. 92-94.

<sup>470</sup> Neste sentido, acerca da transformação do direito no século XX, José Eduardo Faria afirma que “enquanto a concepção de sistema jurídico forjada pelo Estado liberal faz da completude, da coerência formal e da logicidade interna os corolários básicos da ordem jurídico-positiva, esse emergente sistema normativo sob a forma de ‘rede’ se destaca pela multiplicidade de suas fontes e, principalmente, pela provisoriidade de suas estruturas normativas, que são quase sempre parciais, mutáveis e contingenciais” (FARIA, Op. Cit., 2010, p. 8).

<sup>471</sup> TEUBNER, Op. Cit., 2016a, p. 135.

<sup>472</sup> CARNEIRO, Op. Cit., p. 65.

<sup>473</sup> THORNHILL, Chris. “Rights and Constituent Power in the Global Constitution” em **International Journal of Law in Context**, n. 10, 2014, pp. 357-396, p. 372.

principal modelo histórico para os outros processos de constitucionalização, pois produziram diversas instituições essenciais, como a separação de poderes, o estado de direito, a democracia e os direitos fundamentais, que serão úteis para os outros sistemas sociais na construção de suas Constituições parciais<sup>474</sup>. É necessário observar, por outro lado, como os padrões formatados nas Constituições globais interferem na constituição dos Estados.

Muitas das características do Estado contemporâneo decorrem de padrões construídos na sociedade mundial e propagados por meio de uma comunicação cultural global. Padrões como cidadania, igualdade, progresso socioeconômico, desenvolvimento humano etc., altamente racionalizados, articulados e consensuais, definem e legitimam agendas de ação local, formatando estruturas e políticas dos Estados e de outros atores nacionais e locais em praticamente todos os campos da vida social – como política, negócios, educação, saúde, ciência, esportes, família e religião. Na globalização dos meios de comunicação, as fronteiras estatais não funcionam mais como fronteiras de sentido entre esferas sociais, econômicas e culturais<sup>475</sup>.

A institucionalização de padrões mundializados serve para compreender como sociedades com grandes diferenças de recursos e tradições se assemelham tanto em termos de estrutura, procedimentos e modelos de ação. Eles têm funcionado como formatadores de Estados e sociedades desde o início da modernidade, mas se tornaram mais relevantes após a Segunda Guerra Mundial, quando o desenvolvimento cultural e organizacional da sociedade mundial ganhou proporções sem precedentes<sup>476</sup>.

A noção de cidadania, por exemplo, que se construiu originariamente como a titularidade de direitos civis e políticos como resultado de um vínculo jurídico-político com um Estado que confere aos indivíduos direitos e deveres, precisa ser repensada, quando se constata que toda pessoa encontra-se submetida a um denso conjunto normativo mundial, proveniente de diversas organizações públicas e privadas, estas quase públicas de tão massificadas, como no caso das políticas de privacidade dos sites de Internet, por exemplo. Este fenômeno já vem sendo observado e descrito desde as primeiras décadas após a Segunda Guerra Mundial, inclusive por autores da área do direito, como Phillip C. Jessup, ao se referir ao direito transnacional<sup>477</sup>, o que significa dizer que muitas dessas noções clássicas ligadas ao

---

<sup>474</sup> TEUBNER, Op. Cit., 2016a, p. 135.

<sup>475</sup> TEUBNER, Op. Cit., 2016b, p. 94.

<sup>476</sup> MEYER, John W.; BOLI, John; THOMAS, George M.; RAMIREZ, Francisco O. "World Society and the Nation State" em *American Journal of Sociology*, Vol. 103, n. 01, (July 1997), pp. 144-181, p. 145.

<sup>477</sup> JESSUP, Op. Cit., 1966, acima citado.

conceito de Estado na modernidade encontram-se em constante revisão como resultado das transformações ocorridas na sociedade mundial.

Neste sentido, o constitucionalismo global aparece como um grande campo normativo *a priori* nos processos constituintes contemporâneos, bem como nas revisões constitucionais, operadas no âmbito de regimes constitucionais existentes, seja por meio de reformas normativas, seja por meio de mutações jurisprudenciais de normas constitucionais. Os direitos estabelecidos na ordem jurídica internacional se inserem neste contexto de mundialização da sociedade, projetando-se, juntamente com todo o conjunto de normas dos sistemas sociais funcionalmente diferenciados, sobre a manifestação do poder político localizado, refletindo no texto da Constituição dos Estados.

Atienza, contudo, aponta para os riscos da tendência de privatização do público gerada pela globalização, com o deslocamento do centro de gravidade do sistema jurídico da lei, como produto da vontade estatal, para os contratos entre particulares. A crescente (e relativa) perda da soberania por parte dos Estados como consequência do avanço de um direito transnacional de matriz privada reduz o protagonismo dos legisladores, passando para os *experts*, advogados, acadêmicos e árbitros, que não ocupam cargos públicos e estão a serviço dos interesses das grandes empresas que lhes pagam por seus serviços. O recurso aos mecanismos de *soft law* faz do direito da sociedade global menos dependente de mecanismos de coerção e mais voltado para o estabelecimento de pautas de comportamento que pretendem guiar a conduta dos particulares de maneira mais flexível. Com isso, a função do direito já não seria somente a de prescrever ou ordenar a conduta, mas a de facilitar as operações de outros sistemas sociais, adquirindo, assim, um papel instrumental<sup>478</sup>.

Esta nova forma de juridicidade proposta pelo “direito da globalização” reduz a missão do direito à de coadjuvar à manutenção de uma ordem social espontânea, o que resultaria em um direito não democrático, uma vez que a democracia se opera no âmbito dos Estados. O aumento da riqueza mundial resultante da globalização é notoriamente acompanhado pelo crescimento do abismo entre países ricos e pobres e da desigualdade social

---

<sup>478</sup> ATIENZA, Op. Cit., 2008, p. 222. Esta mesma crítica ao constitucionalismo global é lançada por Luigi Ferrajoli que, apesar das conhecidas divergências teóricas com Atienza (ver, ATIENZA, Manuel. “Dos versiones del constitucionalismo” em *Doxa*, n. 34, 2011, pp. 73-88), comunga com ele desta preocupação, afirmando que a relação entre esfera pública e esfera privada, entre Estado e mercado, entre política e economia, inverteu-se, pois “la política ya no gobierna a la economía sino al revés. Los Estados ya no pueden garantizar la concurrencia entre las empresas, sino que, por el contrario, son las empresas multinacionales las que ponen en competencia a los Estados, pretendiendo menos impuestos, menos garantías para los derechos de los trabajadores, menos gastos sociales, menos límites y vínculos a sus intereses, como condiciones para sus inversiones” (FERRAJOLI, Luigi. “¿Democracia sin Estado?”, publicado em 2011 na Internet em <http://www.rebellion.org/noticia.php?id=121400>, acesso em 19.11.2017).

entre os indivíduos na maior parte das sociedades, além da degradação ambiental que pode trazer efeitos irreversíveis para as gerações futuras. Julios-Campuzano defende que o constitucionalismo mercantil global tem uma essência desreguladora e é, por definição, anticonstitucional, pois trata “de evadirse de todo control y de blindarse contra toda intervención”<sup>479</sup>.

Neste mesmo sentido, Nagel afirma que é necessário reconhecer que o modelo tradicional de organizações internacionais baseadas em tratados entre os Estados soberanos já foi transcendido. Porém, aduz que as formas mais recentes de governança internacional têm em semelhança com as antigas uma relação marcadamente indireta com os cidadãos individuais e considera que isso é moralmente significativo, afinal, todas as redes reúnem representantes de funções e instituições estatais, e não de indivíduos. Com efeito, a rede global ou regional não têm uma responsabilidade similar de justiça social para com o conjunto dos cidadãos de todos os Estados envolvidos, uma responsabilidade que, se existisse, teria que ser exercida coletivamente pelos representantes dos Estados membros. Ao invés disso, o objetivo de tais instituições é encontrar maneiras pelas quais os Estados membros, ou partes do Estado, possam cooperar para melhor avançar seus objetivos separados, o que apenas presumivelmente incluirá a busca de justiça social doméstica de alguma forma. E Nagel conclui que a força obrigatória destas instituições depende dos Estados soberanos separados, e não de uma força supranacional responsável por todos<sup>480</sup>.

Atienza julga um equívoco interpretar a realidade social da globalização como se o direito tivesse um papel subordinado a outros sistemas sociais, principalmente o econômico. Ele aponta que ao subestimar o papel do direito, corre-se um risco teórico e um risco prático. O risco teórico é de não compreender a sociedade globalizada sem considerar os elementos jurídicos que lhe integram; o risco prático seria em relação à proteção dos valores mais essenciais da vida social que são protegidos pelo direito. Assim, sem desconsiderar os condicionamentos sociais do direito, Atienza indica que os elementos econômicos, jurídicos, culturais etc. integram uma unidade complexa na qual estão em constante interação. Neste sentido, o direito, ou certos instrumentos jurídicos, têm contribuído para o que se chama de globalização das sociedades e, ao mesmo tempo, a globalização está transformando os

---

<sup>479</sup> JULIOS-CAMPUZANO, Op. Cit., 2008, p. 17. No mesmo sentido, Dalmo de Abreu Dallari afirma que “fica evidente a impropriedade da enganosa teoria da regulação constitucional, que pretende impor como visão mais moderna e segundo a qual caberia a organizações privadas internacionais, de objetivos econômicos e financeiros, fixar as normas constitucionais, restando a cada povo, tão só, o estabelecimento de disposições regulamentares, de eficácia jurídica inferior” (DALLARI, Op. Cit., 2010, p. 21).

<sup>480</sup> NAGEL, Op. Cit., p. 140.

sistemas jurídicos e a concepção do direito<sup>481</sup>. Brunkhorst afirma que “a juridicização e a constitucionalização da sociedade mundial são irreversíveis” e, com isso, viabilizam algum avanço do Estado de Direito (notadamente após a queda do Muro de Berlim), mas um avanço ainda maior na estabilização das relações não democráticas de dominação vigentes<sup>482</sup>.

A globalização, no entanto, é uma realidade incontornável. A mundialidade dos sistemas sociais parciais resultante do progresso nas comunicações só tende a intensificar e suas operações continuarão a se dar independentemente, ou apesar, das fronteiras dos Estados. O desafio é compreender como é possível aproveitar das vantagens que ela proporciona, sem retroceder em relação aos direitos subjetivos garantidos nos sistemas jurídicos territorializados e quais seriam as condições de possibilidade de legitimação dos processos de normatização dos sistemas funcionais nas relações de integração e desintegração com o sistema jurídico moldado pelas Constituições.

### 3.2.3 Transconstitucionalismo

Por considerar que os modelos de constitucionalismo internacional, supranacional ou transnacional levam a perspectivas parciais, ou unilaterais, não oferecendo soluções adequadas para os problemas constitucionais que emergem em uma sociedade mundial dinamizada pelo crescente fluxo de relações transfronteiriças, Marcelo Neves propõe o transconstitucionalismo como um meio mais adequado para lidar com eles.

Neves explica, com base em Welsch e em Walzer, o conceito de racionalidade transversal, que seria decorrente de uma “razão que não é outorgada aos jogos de linguagem particulares, mas, ao contrário, está envolvida com entrelaçamentos que lhe servem como ‘pontes de transição’ entre heterogêneos”<sup>483</sup>. Neves, então, afirma que uma razão abrangente, e um respectivo metadiscurso, torna-se sem sentido em domínios diferenciados de comunicação. Neste sentido, as racionalidades particulares dos sistemas se valeriam de

---

<sup>481</sup> ATIENZA, Op. Cit., 2008, p. 226. Teubner defende que a legitimação do direito global terá um fator político diferenciado do modelo estadocêntrico, mas relacionado com um acoplamento estrutural do direito com discursos altamente especializados. No original: “we can expect global law to become politicized not via traditional political institutions but within the various processes under which law engages in ‘structural coupling’ with highly specialized discourses”. (TEUBNER, Gunther. “Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society” em TEUBNER, Gunther (ed.). **Global Law Without a State**. Brookfield : Dartmouth, 1997, pp. 3-28).

<sup>482</sup> BRUNKHORST, Op. Cit., 2011, p. 28. Para ele, o capitalismo sistêmico global se transformou “de confortável sistema de *mercados assentados no Estado* do capitalismo tardio, no profundamente desconfortável sistema de *Estados assentados no mercado* do turbo-capitalismo global”, o que significaria o triunfo do capitalismo sobre a democracia.

<sup>483</sup> NEVES, Op. Cit., 2009, p. 41.

racionalidades transversais parciais estruturais para fazer “pontes de transição” específicas com racionalidades transversais parciais de outros sistemas<sup>484</sup>. Com isso, a racionalidade transversal importa um grau de aprendizado e intercâmbio construtivo entre sistemas<sup>485</sup>.

A seguir, Neves aduz que a racionalidade transversal tem dois lados. O lado negativo encontra-se “no autismo e na expansão de um âmbito de racionalidade sem reconhecimento do outro”<sup>486</sup>. Neste momento, a alteridade é negada, causando a perda de capacidade de aprendizado ou a atuação contrária ao desenvolvimento da outra. E aponta dois perigos: a “atomização”, causada pela excessiva especialização que paralisa as relações com outras formas de racionalidade; e a “expansão imperialista”, quando o código forte de um sistema relega o outro à insignificância, em uma situação de hipertrofia/atrofia<sup>487</sup>.

Partindo da noção da Constituição como acoplamento estrutural entre política e direito, Neves chega à conclusão de que ela pode contribuir, ou não, para a construção de uma racionalidade transversal entre os sistemas<sup>488</sup>. Em “O direito da sociedade”, Luhmann explica que existem “acoplamentos estruturais quando um sistema supõe determinadas características de seu ambiente, nele confiando estruturalmente”, assim, “o que inclui (o que é acoplado) é tão importante quanto o que exclui”<sup>489</sup>. E continua:

o modo como os acoplamentos estruturais ao mesmo tempo separam e atrelam também pode ser entendido ao se expressar a distinção entre o processamento *análogo* e o processamento *digital*, que se refere às dimensões do tempo. Os sistemas envelhecem juntos em um tempo comum sem ter de mensurar o tempo, e nesse sentido envelhecem de maneira análoga. Ao mesmo tempo, contudo, processam suas próprias relações temporais digitalmente e, de modo correlativo, mais rápida ou mais lentamente, com referências mais longas ou mais breves ao passado ou ao futuro e com períodos mais longo ou mais breves do que é constituído no sistema como um evento individual. O tempo passa para todos da mesma forma, o que é uma garantia da manutenção operativa dos acoplamentos estruturais; porém, nesse tempo simultâneo podem se apresentar diferentes distinções, com a consequência de, por exemplo, os procedimentos legais para fins na economia (ou, também, na política) poderem se revelar, não raro, demasiadamente lentos e, por conseguinte, praticamente inutilizáveis como mecanismos para a tomada de decisão<sup>490</sup>.

Para Neves, a Constituição transversal seria, então, aquela que supõe não só o acoplamento estrutural mencionado, mas também o entrelaçamento como “pontes de

<sup>484</sup> NEVES, Op. Cit., 2009, p. 41-42.

<sup>485</sup> NEVES, Op. Cit., 2009, p. 50.

<sup>486</sup> NEVES, Op. Cit., 2009, p. 45.

<sup>487</sup> NEVES, Op. Cit., 2009, p. 45-47.

<sup>488</sup> Neves aponta ainda para os riscos de judicialização da política e de politização do direito, que seriam o lado negativo da racionalidade transversal neste acoplamento resultante da Constituição (Op. Cit., 2009, p. 50).

<sup>489</sup> LUHMANN, Op. Cit., 2016, p. 590.

<sup>490</sup> LUHMANN, Op. Cit., 2016, p. 591-592.

transição”. Para que haja este entrelaçamento, seria necessário estabelecer as racionalidades particulares dos sistemas acoplados para formar a Constituição. No caso do sistema jurídico, Neves define a racionalidade específica como “justiça”, entendida como

‘consistência jurídica’ no plano da autorreferência (fechamento normativo) e a ‘adequação’ ou ‘adequada complexidade’ à sociedade (abertura cognitiva), especialmente dos processos de decisão de casos jurídicos, sendo caracterizada como uma ‘fórmula de contingência’ porque motiva a ação e a comunicação no âmbito jurídico<sup>491</sup>.

A racionalidade particular do sistema político seria, para Neves, a “democracia”. A legitimação do poder político exige um *input* – “cadeia ou rede de procedimentos circularmente conectados, que vincula as decisões políticas ao apoio e ao controle do povo constitucional como instância procedimental que fecha o sistema político” – e um *output* – dimensão da adequação social da política democrática revelada no convívio de forças antagônicas em uma esfera pública abrangente<sup>492</sup>.

Povo constitucional surge quando “o público como pluralidade converte-se em povo como uma unidade procedimental construída constitucionalmente”<sup>493</sup>. Esfera pública política é formada pelo conjunto de valores, interesses, expectativas e discursos que emergem dos diversos sistemas funcionais e do chamado ‘mundo da vida’. Com isso, “os conflitos intersistêmicos de racionalidade transformam-se, na esfera pública, em dissenso estrutural *em torno* de procedimentos de tomada e execução de decisões coletivamente vinculantes no sistema político”<sup>494</sup>.

A Constituição estatal moderna surge, então, como uma “ponte de transição” institucional entre política e direito, impedindo os potenciais efeitos destrutivos de um sistema sobre o outro, bem como promovendo o aprendizado e o intercâmbio recíproco de experiências entre as racionalidades funcionais parciais. Assim, o paradoxo da transversalidade entre Estado de direito e democracia, mesmo não sendo solucionável definitivamente, é suscetível de ser controlado pelo enfrentamento dos conflitos emergentes nos casos concretos<sup>495</sup>.

O transconstitucionalismo decorre do incremento das relações transterritoriais com implicações normativas fundamentais que levaram à necessidade de abertura do

---

<sup>491</sup> NEVES, Op. Cit., 2009, p. 63.

<sup>492</sup> NEVES, Op. Cit., 2009, p. 71.

<sup>493</sup> NEVES, Op. Cit., 2009, p. 70.

<sup>494</sup> NEVES, Op. Cit., 2009, p. 72, grifo do original.

<sup>495</sup> Neves aponta que esta é a importante função dos tribunais constitucionais, pois “atuam como fiscalizadores da legitimidade das passagens nos dois sentidos dessa ‘ponte’, servindo à realização da racionalidade transversal nos casos constitucionais” (Op. Cit., 2009, p. 77).

constitucionalismo para além do Estado<sup>496</sup>. A proposta transconstitucional é direcionada para o desenvolvimento de entrelaçamentos que visam a solucionar problemas jurídicos constitucionais que perpassam os diversos tipos de ordens jurídicas, tanto em relações conflituosas quanto nas de cooperação<sup>497</sup>.

O transconstitucionalismo proposto por Neves presume que dentro do mesmo sistema funcional da sociedade mundial, o Direito, proliferam ordens jurídicas diferenciadas, o que impõe o delineamento de formas de relação entre estas diversas ordens. Todas estas ordens estão subordinadas ao mesmo código binário “lícito/ilícito”, mas diferenciadas pelos programas de decisão (procedimentos) e critérios de solução de problemas, o que se traduz em uma pluralidade de ordens jurídicas<sup>498</sup>.

No transconstitucionalismo, o entrelaçamento entre as ordens jurídicas se dá por uma “conversação constitucional” no “plano reflexivo de suas estruturas normativas que são autovinculantes e dispõem de primazia”, porém não havendo neste contato uma estrutura hierárquica entre ordens. Esta parece ser “a única forma eficaz de dar e estruturar respostas adequadas aos problemas constitucionais que emergem fragmentariamente no contexto da sociedade mundial hodierna”<sup>499</sup>

Como todas as ordens jurídicas pertencem ao mesmo sistema funcional da sociedade mundial, que pretende se reproduzir com base no mesmo código binário (diferença entre lícito e ilícito), há uma unidade nesta diferença, que é completamente distinta da unidade hierárquica com fundamento em uma norma fundamental única. Esta unidade possibilita que os programas e critérios jurídicos plurais se multipliquem nas ordens jurídicas que, no entanto, irão procurar manter a sua identidade no tratamento interno do código binário comum.

O vazio de conteúdo desse código possibilita que o fechamento *normativo* na determinação das normas conforme critérios imanentes à própria ordem combine-se com a abertura *normativa* no aprendizado recíproco que pode ocorrer em face da solução de casos jurídicos nos quais as duas (ou mais) ordens estejam envolvidas<sup>500</sup>. Neves entende que o transconstitucionalismo deve ser considerado como o meio de solução de problemas

---

<sup>496</sup> Neste sentido, Barroso afirma que das relações entre a Constituição e o direito internacional e estrangeiro há espaço para ampla discussão sobre a aplicação extraterritorial das normas constitucionais (Op. Cit., 2003, p. 49).

<sup>497</sup> NEVES, Op. Cit., 2009, p. 120-121.

<sup>498</sup> Neves ainda explica que a diferenciação não se limita às ordens jurídicas estatais, mas reconhece também a diferenciação de “níveis” entre ordem estatal, supranacional, interacional e transnacional. (Op. Cit., 2009, p. 115-116).

<sup>499</sup> NEVES, Op. Cit., 2009, p. 122.

<sup>500</sup> NEVES, Op. Cit., 2009, p. 124.



transconstitucionais por melhor se adequar às relações entre ordens jurídicas do sistema jurídico heterárquico da sociedade mundial.

### 3.2.4 O Estado de Direito na Sociedade Mundial

As reflexões normais sobre o Estado de Direito na sociedade global, em geral, são no sentido propor uma legitimação do direito produzido nos sistemas fragmentados desterritorializados desvinculada do aparato estatal, mas com exigências equivalentes à da *rule of law*. Francisco Laporta defende que somente processos como o da União Europeia são capazes de garantir o império da lei em um cenário de globalização, compreendido como um complexo fenômeno econômico, social, cultural, político e tecnológico<sup>501</sup>. Ferrajoli defende a ampliação do paradigma do estado constitucional de direito às relações internacionais, o que se configuraria como um constitucionalismo mundial<sup>502</sup>. Habermas propõe a transferência de determinadas funções classicamente ligadas aos Estados para uma organização supranacional, especializada em assegurar a paz e a implementação de direitos humanos mundialmente<sup>503</sup>. Otfried Höffe propõe a criação de uma República Mundial, mediante reformas estruturais nas Nações Unidas, que criassem uma Assembleia Mundial e uma Corte Mundial, limitassem os poderes do Conselho de Segurança, fortalecessem a Assembleia Geral e a Corte Internacional de Justiça, tornando sua jurisdição compulsória para os Estados e conferindo poderes supranacionais aos seus órgãos<sup>504</sup>. Bobbio, reconhecendo a inexistência de uma figura institucional que atue como um superpartes nas relações da sociedade mundial e que assegure a renúncia recíproca do uso da força por parte dos Estados, argumenta em favor uma paz que fosse institucionalizada em uma prevalência do direito sobre o poder<sup>505</sup>.

<sup>501</sup> LAPORTA, Francisco. “Globalización e Imperio de la Ley. Algunas dudas Westfalianas” em **Anales de la Cátedra Francisco Suárez**, 39 (2005), 243-265, p. 263

<sup>502</sup> FERRAJOLI, Luigi. “La Crisis de la Democracia en la Era de la Globalización” em **Anales de la Cátedra Francisco Suárez**, n. 39, 2005, pp. 37-51. Em texto posterior, Ferrajoli aponta um cenário mais cético, principalmente em relação ao sistema de direito internacional público, ao dizer que “o mejor repensar al Estado dentro del nuevo orden internacional y repensar el orden internacional sobre la base de la crisis del Estado. Repensar el orden internacional quiere decir darse cuenta de la ausencia de una esfera pública internacional a la altura de los nuevos poderes extra y supraestatales: entendiendo como ‘esfera pública’ el conjunto de las instituciones y de las funciones que están destinadas a la tutela de intereses generales, como la paz, la seguridad y los derechos fundamentales y que forman por tanto el espacio y el presupuesto tanto de la política como de la democracia”. Ferrajoli não deixa, contudo, de defender uma “democracia representativa planetária”, que desse mais legitimidade às “instituições internacionais de governo” (FERRAJOLI, Op. Cit., 2011, p. 225-226 e p. 231).

<sup>503</sup> HABERMAS, Op. Cit., 2005, e HABERMAS, Jürgen. “The Constitutionalization of International Law and the Legitimation Problems of a Constitution for World Society” em **Constellations**, vol.15, n. 4, 2008, pp. 444-455.

<sup>504</sup> HÖFFE, Otfried. **A Democracia no Mundo de hoje**. São Paulo : Martins Fontes, 2005, p. 389-392.

<sup>505</sup> BOBBIO, Norberto. **O Terceiro ausente: ensaios e discursos sobre a paz e a guerra**. Trad. Daniela Beccaccia. Org. Pietro Polito. Barueri : Manole, 2009.

Wálber Carneiro propõe outra forma de analisar a questão do Estado de Direito na sociedade global. Para ele, o problema da *rule of law* não estaria somente no seu direcionamento exclusivo para o aparato do Estado nacional. Assim, a solução não estaria em aproveitar as matrizes da *rule of law* estatal para legitimar outras fontes de produção de direito, pois estas não serão capazes de garantir que os problemas de legitimidade e de ausência de arbitrariedade do direito produzido a partir de uma comunicação política global. As variáveis ambientais globais, relevantes para a decisão, não são acessíveis a partir de uma política local, que considera apenas as condicionantes jurídicas institucionais de seu próprio sistema, que é, por natureza, territorializado.

Carneiro afirma que uma teoria fundamental do direito só se aplicará na sociedade global se for ecologicamente situada com o controle do fluxo de sentidos e capaz de avaliar as condições de abertura e fechamento dos diferentes sistemas conectados na rede da sociedade global, permitindo um acoplamento entre o direito e seu ambiente. Isso exige o abandono das pretensões de generalidade e universalidade das teorias do direito, permitindo a elaboração de “generalizações localizadas” capazes de medir como e em que medida as variáveis globais afetam a produção do direito em sistemas jurídicos que precisam funcionar em conformidade com a *rule of law*<sup>506</sup>.

O Estado de Direito exige o atendimento de condições estruturais que ele enumera em a) legitimidade das autoridades políticas que formulam o direito; b) separação de poderes e respeito mútuo de suas competências; c) observância dos limites de fundamentalidade no exercício do poder de produzir, administrar ou decidir/aplicar conforme o direito; e d) acessibilidade ao controle judicial da legalidade e da fundamentalidade. A partir destes *standards*, o autor propõe a verificação do *status* do direito a partir de três âmbitos da relação sistema-ambiente: um âmbito externo, heterônimo, que diz respeito ao “estado de legitimidade política”; um âmbito interno, autônomo, relativo ao “estado de autonomia do direito” e um terceiro âmbito, que estaria na observação do acoplamento entre os dois anteriores, que seria o “estado de integridade dos direitos fundamentais”<sup>507</sup>.

A legitimidade da política está diretamente ligada ao Estado de Direito no modelo norteamericano, pela fórmula “*we the people*”, que, no entanto, acaba reduzido à legitimação procedimental, refletida no sistema democrático (“*one man, one vote*”) que se expandiu na sociedade global, assim como na legitimidade do processo judicial (“*due process*”).

---

<sup>506</sup> CARNEIRO, Op. Cit., 2018, p. 50-51.

<sup>507</sup> CARNEIRO, Op. Cit., 2018, p. 52. No mesmo sentido, ver ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. 2ª ed. atualizada por Rosolea Miranda Folgosi. São Paulo : Malheiros, 2007, p. 120.

*of law*”). Wálber Carneiro aponta que o foco no procedimento impede a observação dos “vícios situados nas assimetrias estruturais da sociedade”<sup>508</sup>, como a interferência do poder econômico nas campanhas eleitorais ou as razões corporativas que influenciam nas decisões das autoridades judiciárias. Além disso, fica de fora do campo de observação em torno da legitimidade da política, o grau de submissão da política nacional a imperativos do ambiente social global e fragmentado, tais como os efeitos do *soft law* sobre os critérios de governança e a imposição dos *standards* normativos e dos padrões tecnológicos na conexão com a economia global.

A dinâmica da democracia representativa, em vigor nos países que se pretendem vinculados ao princípio do Estado de Direito, segue a lógica majoritária, o que, para Wálber Carneiro, não é capaz de dar conta das exigências contra majoritárias das sociedades plurais, o que acaba deslocando este problema para o *status* da “integridade dos direitos fundamentais”<sup>509</sup>. Ademais, como já apontava Held, a existência de fronteiras territoriais constituem limites de inclusão ou exclusão das pessoas nos processos de tomada de decisão em situações que afetam suas vidas<sup>510</sup>, como, por exemplo, quando as pessoas de um Estado são afetadas pela decisão de um governo de outro de não mais enviar ajudas humanitárias, ou de interromper relações comerciais, ou de elevar os tributos incidentes sobre a exportação de um bem de produção considerado essencial para o desenvolvimento do primeiro Estado.

Como o sistema funcional da política territorializada da sociedade sofre deformações causadas por outros sistemas, além de concorrer com os imperativos da tecnologia e dos *standards* globais, o estado de legitimidade da política depende de “observações que sejam capazes de avaliar a qualidade da comunicação entre sistemas, bem como contribuir para a aceleração heteroreflexiva no acoplamento do Direito com o seu ambiente”<sup>511</sup>.

No que tange à autonomia do direito, Wálber Carneiro sustenta que, nas teorias contemporâneas do direito, baseadas em uma “deontologia dos princípios”, a garantia de autonomia do direito é baseada na busca por uma argumentação considerada justa sobre a solução de um determinado caso a partir das normas integrantes do sistema. Elas, entretanto, ignoram que tanto o controle principiológico da administração pública quanto a

---

<sup>508</sup> CARNEIRO, Op. Cit., 2018, p. 53.

<sup>509</sup> CARNEIRO, Op. Cit, 2018, p. 53-54. Neste mesmo sentido, da insuficiência da democracia para atender às demandas contra majoritárias, ver CRUZ, Paulo Márcio. **Da Soberania à Transnacionalidade: Democracia, Direito e Estado no Século XXI**. Itajaí : Univale, 2014, p. 114-116.

<sup>510</sup> HELD, Op. Cit., p. 154.

<sup>511</sup> CARNEIRO, Op. Cit, 2018, p. 55.

fundamentação principiológica da jurisdição encontram sua “força simbólica de validade” como meios de comunicação do direito na sociedade global. Logo, o campo de discricionariedade aberto pela semântica dos princípios gera um descontrole do fluxo de poder no direito, o que acaba por afetar sua autonomia<sup>512</sup>.

Para o autor, o reconhecimento de uma decisão, judicial ou administrativa, conforme ao direito depende da avaliação do grau qualitativo tanto na abertura cognitiva do sistema, quanto em seu fechamento operativo. Na abertura cognitiva, seria necessário que o constitucionalismo adotasse formas transconstitucionais, concebendo a conexão em rede do sistema jurídico local com os outros sistemas da sociedade global. Isto permitiria revelar o ambiente real onde se insere o exercício do poder político nacional e proteger a soberania contra os riscos inerentes a uma sociedade desigual. No fechamento operativo, a autodeterminação de uma decisão em conformidade com o sistema “está relacionado à capacidade de entrelaçamento dos componentes sistêmicos autorreferenciados, de modo que o sistema possa definir e colocar em operação esse conjunto, reproduzindo-se a si mesmo”<sup>513</sup>. Considerando os princípios no limite da estrutura (periferia) do sistema, são eles que recebem as demandas advindas do ambiente, suscitando a identificação ou o estabelecimento de regras, condizentes com a dogmática e com a jurisprudência existentes, chegando à decisão judicial e retornando no mesmo fluxo, pois da decisão resulta a jurisprudência e interfere na doutrina, consolidando a regra que, decorre do princípio, leva para o ambiente as imposições, formando um “hiperciclo reflexivo”.

No que se refere à integridade dos direitos fundamentais, Wálber Carneiro propõe a consideração dos direitos fundamentais como “eclusas” que atuam no controle do fluxo de sentido entre o direito e o seu ambiente, refletindo, internamente, a diferença entre as expectativas práticas de possibilidades e impossibilidades dos sistemas sociais. Assim, os direitos fundamentais poderiam transformar as irritações do sistema jurídico vindas de fora dele em uma evolução de si mesmo, evitando se impor aos outros sistemas sociais. Do ponto de vista da autorreferência, o hiperciclo reflexivo permitiria a densificação dos direitos fundamentais e a revelação da diferença entre as possibilidades futuras do sistema jurídico e aquilo que o sistema estabelece como limites de fundamentalidade. Ainda que tais respostas sejam sempre provisórias e artificiais, sujeitas a variações de sentido percebidas pela

---

<sup>512</sup> CARNEIRO, Op. Cit, 2018, p. 58-59.

<sup>513</sup> CARNEIRO, Op. Cit, 2018, p. 61.

diferença temporal (antes/depois), servirão como equivalente funcional da moral convencional da sociedade global<sup>514</sup>.

A proposta de Wálber Carneiro para uma análise da situação do Direito no Estado de Direito tem, portanto, como elemento central, uma observação ambiental a partir da sociedade mundial, onde o Estado contemporâneo está inserido. A garantia da integridade dos direitos fundamentais é essencial para a legitimação de um constitucionalismo global, o que se tornará possível por meio dos instrumentos e estruturas internacionais, como os tratados de proteção dos direitos humanos, as organizações internacionais técnicas e modelos de integração regional, que possuem abertura cognitiva para receber e traduzir para os Estados as demandas advindas da sociedade.

### **3.2.5 Direitos Subjetivos e Poder Constituinte**

Do ponto de vista da teoria constitucional clássica, poder constituinte e direitos subjetivos estão contrapostos. O poder constituinte é exercido antes da concepção de todos os direitos, que somente surgem legitimamente enquanto elementos do poder constituído. Com isso, os direitos subjetivos são plenamente válidos na medida em que tenham sido estabelecidos pelo poder constituinte anteriormente exercido, ou estabelecidos posteriormente pelas autoridades legitimadas pelo poder constituinte. Uma vez constituídos, os direitos subjetivos, ou pelo menos uma parte deles, passam a funcionar como bloqueio para as novas manifestações de poder constituinte reformador e a estabilizar a autoridade constituída contra atos pretensamente constituintes sem limites.

O conceito de acoplamento estrutural, no entanto, permite compreender que os conteúdos do texto constitucional não podem ser arbitrariamente escolhidos, pois as normas devem facilitar a influência e a adaptação recíprocas dos sistemas<sup>515</sup>. O sistema de organização criado para manifestar o poder constituinte precisará ser programado de maneira a compreender o sentido do acoplamento estrutural para a diferenciação entre os sistemas jurídico e político, sem o que poderá não haver Constituição no sentido moderno. No caso do poder constituinte originário, normalmente é criada uma Assembleia Constituinte cuja estrutura organizacional terá a função de acelerar a comunicação de maneira a viabilizar um

---

<sup>514</sup> CARNEIRO, Op. Cit., 2018, p. 66-68. Bernardes afirma, neste sentido, que “o regime de direitos humanos também permitiu o surgimento de uma nova linguagem compartilhada, na qual foi possível a criação de novas identidades”. (BERNARDES, Op. Cit., 2014, p. 8).

<sup>515</sup> LUHMANN, Op. Cit., 1996, p. 28.

resultado que reflita da melhor maneira a constituição material da sociedade, o que pressupõe o respeito aos direitos e a assimilação de seus conteúdos na Constituição.

Assim, as normas constitucionais devem, por exemplo, reconhecer a legalidade de quase todas as formas de agir político, considerar as normas gerais internacionais de coexistência e de cooperação como pressupostos normativos da própria constituição, ou refundação, do Estado e incorporar os direitos humanos que, em sua complexidade, estarão sempre a serviço de uma abertura cognitiva para o ambiente, de forma a garantir a constante atualização das operações recursivas do sistema jurídico.

De um ponto de vista funcional, o poder constituinte, enquanto meio de comunicação, sempre foi viabilizado pelos direitos. São dois conceitos que evoluíram conjuntamente e de maneira interpenetrada. Durante a elaboração das primeiras constituições escritas, as instituições responsáveis pela aplicação dos direitos atuavam para predefinir e, às vezes, para preservar a vontade popular em sua forma constituinte, se necessário permitindo que essa vontade se sobrepusesse a expressões momentâneas de interesse popular e de inclinação legislativa<sup>516</sup>. Com isso, o poder constituinte e o poder constituído estavam sempre entrelaçados, com os direitos operando no epicentro do processo de transição social, legitimando e limitando o poder constituinte.

Os direitos subjetivos que surgiram no contexto do absolutismo atuaram no sentido de acentuar o potencial de inclusão do sistema político emergente na modernidade. A atribuição de poderes institucionalizados às pessoas como direitos subjetivos foi essencial para situar o Estado em uma relação de paridade com outras partes da sociedade, e também para que estas outras partes fossem receptivas ao poder que o Estado passou a concentrar. É preciso reconhecer também que o exercício do potencial inclusivo do sistema político pelo poder constituinte foi determinado pelos direitos subjetivos estabelecidos em favor, principalmente, da burguesia, que liderou os processos de negociações e de conquistas. Assim, ao passo que determinados direitos foram estabelecidos como limites positivos ao poder constituinte, também o foram em sentido negativo, excluindo os interesses de algumas partes da sociedade que poderiam colidir com os interesses burgueses.

No surgimento das primeiras constituições modernas, os direitos subjetivos estabilizaram a distinção entre o sistema político e as outras esferas da sociedade no exercício do poder constituinte. Isto significa que o sistema político poderia organizar normativamente os interesses concretos da sociedade em procedimentos internos medidos e controlados.

---

<sup>516</sup> THORNHILL, Op. Cit., 2014, p. 363.

Enquanto isso, os direitos atuam como limites de possibilidades entre o sistema político e os ambientes sociais, formando filtros entre o Estado e os outros domínios sociais.

Thornhill identifica uma “fórmula constitucional” que combina, dialeticamente, direitos e poder constituinte. No plano externo, a fórmula traça um desenho de um sistema político legitimado pela ampla inclusão social e pela garantia de igualdade jurídica. Internamente, a fórmula garante que o poder político possa funcionar com um alto grau de abstração no exercício das funções legislativas, preservando a sua posição diferenciada na sociedade ao restringir sua abertura às outras áreas de atividade da sociedade<sup>517</sup>. Para o autor, esta fórmula consolida a peculiar diferenciação das funções políticas na ordem social moderna ao revelar a centralização política e a inclusão da sociedade em torno de instituições políticas confiáveis e sustentavelmente diferenciadas.

Os direitos subjetivos, que foram convencionados ou conquistados no contexto do Estado absolutista, serviram como fundamento para o exercício do poder constituinte na formação dos diferentes modelos de Estado de Direito. No século XIX e no início do século XX, a consagração dos direitos sociais como reação aos excessos do liberalismo econômico resultou na construção do Estado do Bem-Estar Social, moldando as constituições do México, de 1917, e de *Weimar*, de 1919, que foram paradigmáticas na incorporação das demandas das societárias. A partir do pós-guerra, os direitos subjetivos migraram para o plano externo e se consolidaram em instrumentos internacionais, estabelecendo marcos civilizatórios representativos da evolução da racionalidade jurídica. A Carta das Nações Unidas, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, assim como todos os tratados universais e regionais de proteção aos direitos humanos e do meio ambiente, juntamente com todo o direito que emerge da atuação das organizações internacionais, representam um bloco de fundamentalidade baseada em direitos que precisam ser considerados em qualquer processo constituinte iniciado na segunda metade do Século XX, bem como na atualização das constituições em vigor.

Sobre o poder constituinte reformador, Neves aduz que “a Constituição estrutura a abertura cognitiva do sistema jurídico, delimitando-lhe a capacidade de aprendizado e reciclagem, sobretudo por meio do estabelecimento dos procedimentos de reforma constitucional”<sup>518</sup>. Neste sentido é que as Constituições se permitem atualizar frente às transformações da sociedade mundial em que se insere o Estado Constitucional.

---

<sup>517</sup> THORNHILL, Op. Cit., 2014, p. 364.

<sup>518</sup> NEVES, Op. Cit., 2009, p. 60.

Salem Hikmat Nasser explica que a transnacionalização do direito pode ser entendida como a progressiva transformação dos direitos internos sob a influência das mudanças no cenário internacional e, dentro desse cenário, dos movimentos transnacionais<sup>519</sup>. Este fluxo de troca de informações entre o interno e o externo conectando as entidades nacionais e internacionais com outros atores não estatais é o que caracteriza a sociedade mundial, que produz um direito transnacional de múltiplas fontes.

Considerando a inserção do processo de reforma constitucional na sociedade mundial, Wálber Carneiro chama atenção para o fato de que as variações sociais de sentido resultam da diferenciação social em uma sociedade plural e complexa, que não possui uma base consensual de valores e tradições capaz de garantir sua estabilidade e integração. Como os sistemas criam obstáculos (cláusulas pétreas, regras de não-retrocesso e procedimentos especiais de aprovação) para tentar impedir, ou dificultar, as variações temporais de fundamentalidade, a função integrativa do Direito fica ameaçada. Para que as alterações ambientais possam justificar alterações constitucionais, será necessário enfrentar o “peso sistêmico da movimentação hipercíclica” e pautar-se pela não sustentabilidade da manutenção da diferença e pelo respeito à distribuição de competências para a promoção da mudança. Assim, nem toda modificação conveniente aos sistemas funcionais será possível se operar na ordem jurídica seguindo a lógica contra majoritária da jurisdição constitucional<sup>520</sup>.

### 3.3 O ESTADO CONSTITUCIONAL E O DIREITO INTERNACIONAL NA SOCIEDADE MUNDIAL

O Estado constitucional moderno é resultado de séculos de evolução para se moldar a conjunção dos elementos estatal e democrático com os direitos fundamentais individuais e, posteriormente, sociais e culturais. A teoria constitucional estabelece suas características singulares, em uma aproximação dos conceitos com a realidade. Entretanto, este modelo não é imutável<sup>521</sup>. Tushnet aponta que o direito constitucional no pós-guerra adotou um novo paradigma que decorre dos compromissos nacionais com a proteção dos direitos humanos e com a manutenção de princípios do Estado de Direito, como a regularidade procedimental, a transparência e a segurança jurídica<sup>522</sup>. Este novo paradigma se

---

<sup>519</sup> NASSER, Salem Hikmat. “Comentário” [ao texto MENDES, Gilmar Ferreira. “A Justiça Constitucional nos Contextos Supranacionais”] em NEVES (coord.), Op. Cit., pp. 299-301, 2010, p. 300.

<sup>520</sup> CARNEIRO, Op. Cit., pp. 68-69.

<sup>521</sup> HÄBERLE, Op. Cit., 2007, p. 1.

<sup>522</sup> TUSHNET, Mark. **The Inevitable Globalization of Constitutional Law**, Public Law & Legal Theory Working Papers n. 09-06, p. 1-2, na Internet em <http://ssrn.com/abstract=1317766>, acessado em 12.06.2017.



insere no quadro da globalização do direito constitucional, que considera a realidade da aplicação das normas constitucionais a partir de uma observação do funcionamento do Estado inserido no ambiente da sociedade mundial.

Häberle propõe o conceito de Estado Constitucional Cooperativo a partir da percepção de que o “estado constitucional” do direito internacional entrou em uma nova fase decorrente da intensidade, extensão e profundidade do entrelaçamento das relações internacionais. Para tanto, é decisivo que a estrutura constituída, no sentido de juridicamente delimitada, seja considerada *aberta*, tanto para dentro quanto para fora<sup>523</sup>. Neste modelo de Estado, a cooperação é parte da sua identidade, não só na prática, mas também na formalização dos seus instrumentos jurídicos. Desta forma, o direito internacional tem também um papel fundamental na caracterização deste Estado, pelo entrelaçamento das relações internacionais, pela responsabilidade internacional e pela cooperação e solidariedade<sup>524</sup>. O Estado Constitucional Cooperativo corresponde à necessidade internacional de políticas de paz<sup>525</sup>. Trata-se da forma de legitimação da estatalidade compatível com as premissas fundamentais da ordem internacional.

O Estado Constitucional Cooperativo, proposto por Häberle, constituído nas bases do constitucionalismo contemporâneo, é aberto ao meio em que está inserido, tratando ativamente de questões de outros Estados, de instituições internacionais e das pessoas em geral, nacionais ou estrangeiras. Nele, a cooperação faz parte de sua configuração e se realiza política e juridicamente.<sup>526</sup> O estado constitucional cooperativo vive da cooperação com outros Estados, comunidades de Estados e organizações internacionais, sem perder com isso a sua identidade. Com efeito, o Estado é capaz de manter os seus contornos e, ao mesmo tempo, fazer parte ativamente das estruturas fundamentais do direito internacional<sup>527</sup>.

A inserção do Estado no paradigma da cooperação internacional tem, portanto, implicações diretas na reconsideração do modelo de Estado de Direito, que passa a ser observado da sociedade mundial, que é o ambiente onde ele se encontra inserido. A cooperação internacional não aparece nestes casos como uma mera opção de conduta do

---

Tushnet alerta que a globalização do direito constitucional pode trazer problemas em termos de separação de poderes, uma vez que a atuação, neste campo, de atores não estatais implicaria em uma transferência de poderes de alguns agentes internos, o que resultaria em um desequilíbrio das funções estatais (Op. Cit., p. 21).

<sup>523</sup> HÄBERLE. Op. Cit., 2007, p. 2. Maués indica a necessidade de olhar para além do Estado, pois as Constituições definem a possibilidade de apropriação de recursos de poder na sociedade, seja reservando-os, seja liberando-os (Op. Cit., p. 46).

<sup>524</sup> HÄBERLE. Op. Cit., 2007, p.4.

<sup>525</sup> HÄBERLE. Op. Cit., 2007, p.4.

<sup>526</sup> HÄBERLE, Op. Cit., 2007, p. 6.

<sup>527</sup> Idem, ibidem, p. 9.

Estado, mas se internaliza na sua estrutura normativa interna, passando a integrar os objetivos constitucionalmente estabelecidos, o que revela os aspectos internacionais dos seus próprios fundamentos.

### 3.3.1 A Abertura Constitucional ao Direito Internacional.

Konrad Hesse, no primeiro capítulo do seu Manual de Direito Constitucional, reconhece que a abertura do Estado contemporâneo aos acontecimentos exteriores provoca mudanças essenciais tanto para a vida interna quanto para a ação do Estado. Os assuntos externos e internos se tornam cada vez mais difíceis de separar, não só em razão da dependência da economia interna em relação à economia mundial, mas também em decorrência das múltiplas vinculações aos tratados internacionais, que criam obrigações para os Estados. Estas numerosas interdependências existentes resultam na perda de parte da vigência geral das Constituições – a Constituição perde parte de seu valor originário<sup>528</sup>. Pode-se acrescentar a esta visão de Hesse todos os influxos comunicativos advindos dos sistemas parciais na forma de demandas por regulação, que irão interferir, também, no momento de criação das Constituições, quando se manifesta o poder constituinte.

Hesse, referindo-se à relação entre o direito nacional e o direito europeu, afirma que a Constituição e o ordenamento jurídico interno formam uma “ordem fundamental e um ordenamento jurídico parciais”, já que o direito europeu se sobrepõe a eles. E arremata que a Constituição perdeu a sua primazia e parte do seu valor e sua importância, pois “é inegável uma profunda mudança: a evolução do Estado desde sua concepção tradicional como soberano, nacional, relativamente hermético, para o Estado atual, internacionalmente imbricado e supranacionalmente vinculado”<sup>529</sup>.

Julios-Campuzano aponta que, de um modo geral, a crise do modelo constitucional clássico está vinculada ao esgotamento do modelo jurídico-político instaurado em Vestefália, pois se percebeu que o Estado não se constitui como uma instância organizativa básica da sociedade mundial, o que corroborou para observação a insuficiência do modelo constitucional. Ele adverte que não se trata de negar o protagonismo da ordem constitucional no âmbito interno, mas de sustentar a necessidade de se desenvolver um

---

<sup>528</sup> HESSE, Konrad. “Constituição e Direito Constitucional”. Trad. Carlos dos Santos Almeida, em HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais de Direito Constitucional**. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo : Saraiva, 2009, p. 19-20.

<sup>529</sup> HESSE, Op. Cit., 2009, p. 21.

constitucionalismo pós-nacional, que “deve estar aberto a um discurso constitucional pleno e a novos processos à margem das próprias instâncias estatais”<sup>530</sup>.

Para as teorias clássicas, Estado constitucional, como a constituição jurídica do poder público, é limitado por princípios constitucionais formais e materiais, decorrentes dos direitos fundamentais, do estado social de direito, da divisão de poderes, a independência dos tribunais, sob o controle plural e legitimado democraticamente<sup>531</sup>. O Estado Constitucional cooperativo representa uma sociedade aberta, capaz de se adaptar às transformações conjunturais internas e externas. Esta abertura cria limites e possibilidades para o Estado, que se refletem desde a sua manifestação originária: o poder constituinte. Neste sentido, Häberle afirma que “a ‘sociedade aberta’ adquire esse predicado somente quando também for uma sociedade aberta *internacionalmente*”<sup>532</sup>.

Segundo Häberle, a medida que os Estados se engajam no processo de cooperação, o direito internacional passa a exercer uma pressão sobre o Estado Constitucional, de maneira que a abertura que lhe caracteriza só pode ser garantida, a longo prazo, como estado cooperativo. Este cenário produz uma transformação em conjunto, tanto do Estado constitucional quanto do direito internacional. “O Direito Constitucional não começa onde cessa o Direito Internacional”, e “o Direito Internacional não termina onde começa o Direito Constitucional”. Häberle chama de “direito comum de cooperação” a relação externa de complementariedade resultante dos intensos cruzamentos e ações recíprocas entre os sistemas jurídicos nacional e internacional<sup>533</sup>.

Para Dantas, a pós-modernidade repercute diretamente sobre o direito e sobre a Constituição dos Estados, principalmente os de capitalismo periférico, implicando na perda da capacidade de regulação do Estado e a apropriação da vontade política pelo poder econômico, culminando no enfraquecimento do dirigismo constitucional. Conclui que a pós-modernidade prejudica o dirigismo e opera a descentralização do poder para além do território<sup>534</sup>. No caso brasileiro, durante os debates da Assembleia Nacional Constituinte de 1987-88 muitas questões relativas às pressões econômicas vindas do exterior foram levadas em consideração, o que suscitou importantes discussões sobre a soberania nacional. No entanto, a descentralização do poder não se revelou apenas no sistema da economia, mas também em

---

<sup>530</sup> JULIOS-CAMPUZANO, Op. Cit., 2008, p. 25.

<sup>531</sup> HÄBERLE, Peter. **Estado Constitucional Cooperativo**. Trad. Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro : Renovar, 2007, p. 6.

<sup>532</sup> HÄBERLE, Op. Cit., 2007, p. 19, *grifo do original*.

<sup>533</sup> HÄBERLE, Op. Cit. p. 11-12.

<sup>534</sup> DANTAS, Miguel Calmon. **Constitucionalismo Dirigente e Pós-Modernidade**. São Paulo : Saraiva, 2009, p. 352.

outros, como da segurança militar, da ecologia, da tecnologia, da saúde e do esporte, onde, como se verá adiante, o direito internacional teve um importante papel de estabilização das demandas e, algumas deles, terminaram acolhidas no texto constitucional.

Häberle, apesar de identificar diferentes níveis e graus de estatalidade cooperativa em decorrência de razões históricas específicas, indica que há uma tendência, que se torna consciente, de desenvolvimento de formas intensivas e diferenciadas de cooperação. A dogmática constitucional precisa estar preparada por meio dos seus aparatos conceituais que podem controlar e até mesmo acelerar o processo cooperativo internacional<sup>535</sup>. Afinal, “as relações econômicas internacionais do Estado Constitucional tornaram-se uma parte de suas relações internas”<sup>536</sup>. Julios-Campuzano acrescenta que, com o fim do paradigma vestefaliano, também entra em crise do repertório teleológico da concepção de Estado, que envolve conceitos como “interesse nacional”, “razões de Estado”, “conquista territorial” etc. Assim, os fins do Estado estariam redefinidos por um novo horizonte valorativo, sendo, no âmbito interno, os conteúdos sociais, democráticos e ambientais e, no âmbito externo, a cooperação e a solidariedade<sup>537</sup>.

Neste cenário, a ideologia do monopólio estatal das fontes jurídicas se torna estranho, pois o imperativo de cooperação internacional impõe a abertura, ainda que de forma escalonada em certos casos, a procedimentos internacionais de legislação e a processos de interpretação do sistema normativo na jurisdição internacional. As normas de direito internacional devem estar aptas a produzir efeitos na jurisdição interna dos Estados, que, do ponto de vista da ordem internacional, não podem negar pretensões levadas a juízo com fundamento nelas. De outro lado, do ponto de vista da ordem jurídica internacional, as normas nacionais são consideradas como atos unilaterais dos Estados, no sentido de conduta. Nos Estados Unidos, o *Restatement (Third) of Foreign Relations Law of the United States*, de 1988, no seu parágrafo 111, dispõe que

Em seu caráter como lei dos Estados Unidos, as regras de direito internacional e as disposições de acordos internacionais dos Estados Unidos estão sujeitas ao *Bill of Rights* e outras proibições, restrições e requisitos da Constituição e não podem ter efeito em violação a essas normas. No entanto, o fracasso dos Estados Unidos em cumprir uma obrigação com base na sua inconstitucionalidade não livrará os Estados Unidos da responsabilidade nos termos do direito internacional<sup>538</sup>.

<sup>535</sup> Ver, neste sentido, CARNEIRO, Op. Cit., 2018, p. 51-52.

<sup>536</sup> HÄBERLE, Op. Cit., p. 16-17.

<sup>537</sup> JULIOS-CAMPUZANO, Op. Cit., 2008, p. 27.

<sup>538</sup> *Restatement (Third) of Foreign Relations Law of the United States, 1988, paragraph 111*. Tradução livre. No original: “In their character as law of the United States, rules of international law and provisions of international agreements of the United States are subject to the Bill of Rights and other prohibitions, restrictions and

Assim, quando um Estado adota um procedimento no sistema jurídico interno que pode levar ao descumprimento de uma norma internacional, ainda que seja considerado um ato lícito no plano interno, no plano externo este ato será considerado como uma conduta unilateral do Estado, cuja licitude será determinada pela ordem internacional. Isso pode se referir a uma lei, ou a um ato do executivo, ou mesmo em relação a uma decisão judicial.

Häberle considera que a formação de um “direito comum”, ou “direito de cooperação”, é a expressão, o pressuposto e a consequência da cooperação entre Estados. A comparação constitucional revela a existência de normas, processos, competências, objetivos e conteúdos típicos afeitos ao direito internacional já densificados, surgindo um direito cooperativo reconhecível entre os Estados constitucionais<sup>539</sup>.

Este reconhecimento pelos Estados de um sistema do direito internacional, que lhe atribui direitos e lhe impõe deveres, que se aplica no plano das relações de interdependência existentes na comunidade internacional dos Estados e que estabiliza demandas provenientes dos sistemas sociais parciais da sociedade mundial, torna inevitável a sua consideração no processo de constitucionalização. Com efeito, a integração comunicativa do sistema do direito internacional com a Assembleia Constituinte resulta na criação de um sistema jurídico de matriz estatal que conjuga o sistema jurídico de direito interno em uma relação heterárquica com o sistema do direito internacional. Assim, em diversos campos do sistema jurídico, a diferenciação entre os dois sistemas será mediada por acoplamento operativo, o que permitirá, por exemplo, que, perante os tribunais domésticos, sejam alegadas as normas internacionais como fundamento de demandas judiciais, ou mesmo que sentenças de tribunais internacionais sejam executadas perante a jurisdição interna.

### **3.3.2 A Formação do Sistema Jurídico de Matriz Estatal**

A (re)fundação do sistema jurídico de um Estado decorre da manifestação do poder constituinte por meio de uma organização da sociedade, a Assembleia Constituinte, orientada e estimulada pelas interações comunicativas com os diversos sistemas sociais parciais, quando são decididos os princípios fundamentais da sociedade que irão orientar os

---

requirements of the Constitution, and cannot be given effect in violation of them. However, failure of the United States to carry out an obligation on the ground of its unconstitutionality will not relieve the United States of responsibility under international law”.

<sup>539</sup> HÄBERLE, Peter. Op. Cit., 2007, p. 63-64. Häberle sugere que “elementos e institutos desse Direito de cooperação deveriam ser ‘comuns’: para reforçar um desenvolvimento geral paulatino de todos os Estados em direção ao Direito de cooperação que promova a ‘superestrutura’ e a ‘infraestrutura’ do Direito internacional e Direito estatal comuns, que se esquivem da alternativa ‘Direito Internacional ou Direito estatal’ e integre ambos”.

programas e as operações que constituirão o sistema jurídico. Dieter Grimm sustenta que, após a Segunda Guerra Mundial, os Estados transferiram poderes públicos para organizações internacionais, de maneira que as constituições não regulam mais o poder público na integralidade. Na contemporaneidade, existem atos de poder público efetivos nos Estados, cuja validade não está submetida à Constituição, nem a normas de direito interno, e, logo, produzirão efeitos no momento do processo de constitucionalização. Neste sentido, o panorama completo constitucional de um Estado somente poderá ser obtido se as normas nacionais e internacionais forem consideradas em conjunto<sup>540</sup>.

Além disso, como foi visto acima, além da transferência consensual de poderes pelos Estados para organismos internacionais, o pluralismo jurídico do sistema da sociedade mundial aparece como contingência. Assim, as relações hierárquicas que caracterizam o sistema jurídico formado a partir das Constituições são analisadas apenas como pano de fundo em uma observação de segunda ordem, que observa as relações heterárquicas que realmente ocorrem na sociedade mundial.

O sistema de direito internacional se formou motivado por ideais como a manutenção da paz nas relações entre os Estados, o desenvolvimento econômico e social da sociedade e a proteção do meio ambiente e dos direitos humanos. De acordo com Cançado Trindade, este sistema é movido por uma “consciência jurídica universal”, que seria a fonte material da qual emanam suas fontes formais, dando estrutura ao sistema jurídico internacional intrínseco. Cançado Trindade relaciona esta consciência jurídica com a ideia de *recta ratio* dos fundadores da disciplina (Francisco de Vitória) e com os imperativos categóricos kantianos, indicando uma universalidade inerente à ordem internacional. Esta fonte material seria mais adequada para compreender a ordem internacional do que as fontes formais, que refletem um viés positivista, ligado à ultrapassada premissa da vontade do Estado como base do direito internacional. Assim, o autor indica que a consciência jurídica universal pode ser percebida em tratados internacionais, nos procedimentos judiciais e nos casos julgados pelos tribunais internacionais e também na doutrina internacionalista<sup>541</sup>. De uma perspectiva sociológica, o que Cançado Trindade chama de “consciência jurídica universal” se refere às comunicações políticas e jurídicas dos sistemas da sociedade que podem ser compreendidas pelos indivíduos porque operam pelo mesmo médium linguístico de suas consciências.

---

<sup>540</sup> GRIMM, Op. Cit., 2018, p. 8.

<sup>541</sup> TRINDADE, Op. Cit., 2015, p. 26.

Do ponto de vista estrutural, na composição do sistema jurídico internacional, as fontes formais se organizam de maneira articulada, encontrando consensos capazes de estabelecer uma hierarquia entre elas. É o que se pode concluir a partir do reconhecimento da supremacia dos *jus cogens* sobre as demais fontes, como estabelecido no artigo 53 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, ou mesmo da previsão do artigo 103 da Carta das Nações Unidas, de 1945, que posiciona as obrigações previstas na Carta acima de todas as outras, ou ainda do reconhecimento da existência de obrigações *erga omnes* para os Estados nas relações internacionais.

Neste mesmo sentido, pode-se afirmar que as resoluções do Conselho de Segurança da ONU já gozaram do consenso geral dos Estados quanto a sua autoridade normativa, especialmente logo após o término da Segunda Guerra e até o final da Guerra Fria. A existência de membros permanentes e a criação do poder de veto para eles mostrou-se como uma necessidade no momento de criação da ONU, de maneira a garantir a progressiva recuperação da estabilidade e a superação das mazelas de ordem política, econômica e social deixadas pela Guerra. Com a bipolarização da Guerra Fria, operou-se o deslocamento do eixo de poder da Europa para os Estados Unidos e a União Soviética. A presença destas duas potências como membros permanentes no Conselho de Segurança, com a possibilidade de vetarem qualquer proposição a que fossem politicamente contrários, impôs a necessidade de negociação como meio para se chegar a consensos para a tomada de decisões que garantissem a manutenção da paz e da segurança na comunidade internacional.

Neste cenário, Peter Gourevitch afirmou que a ordem internacional seria, ao mesmo tempo, consequência e causa da política e das estruturas domésticas, pois as relações econômicas e as pressões militares impelem todo um conjunto de comportamentos dos Estados, tanto nas políticas públicas quanto nas formas políticas adotadas. Assim, as relações internacionais e a política doméstica estariam tão relacionadas que deveriam ser analisadas em conjunto, como um todo<sup>542</sup>.

Foi neste contexto que a Assembleia Nacional Constituinte funcionou no Brasil, entre 1987-88, quando, entretanto, o sistema socialista já dava fortes sinais de esgotamento. Mesmo assim, é possível perceber nos debates constituintes como as variáveis

---

<sup>542</sup> GOUREVITCH, Peter. "The Second Image Reversed: the International Sources of Domestic Politics" em **International Organization**, n. 32, 4, 1978, pp. 881-912, p. 911. No mesmo sentido, David Held afirma que "as políticas interna e internacional se entrelaçam ao longo da era moderna: a política interna sempre teve de ser compreendida sobre o pano de fundo da política internacional, e a primeira é com frequência a fonte da segunda" (HELD, Op. Cit., p. 154-155).

deste cenário mundial foram consideradas para as tomadas de decisão que resultaram na Constituição brasileira.

Desde o final da Guerra Fria, no entanto, muitos são os questionamentos acerca da legitimidade das resoluções do Conselho de Segurança, tendo em vista a defasagem de sua estrutura, de sua composição e de seus procedimentos, que só fizeram sentido nos anos logo após a Guerra ou, no máximo, até a queda do Muro de Berlim. Com isso, aumentaram as demandas pela criação de novas vagas permanentes, do crescimento do Conselho e da flexibilização ou supressão do poder de veto, o que, até o momento, não ocorreu.<sup>543</sup>

Do ponto de vista das teorias clássicas, a manifestação dos valores fundamentais da sociedade é assumida pelo poder constituinte, a partir da definição da Constituição material, a qual se concretizará nas normas da Constituição formal, que servirá como ponto de partida para a estrutura do sistema jurídico nacional intrínseco. A Constituição formal se apresenta como norma fundamental do sistema jurídico nacional, distribuindo as competências que irá conferir a legitimidade ao subsistema político exercer o poder para a elaboração das normas infraconstitucionais que irão estruturar todo o sistema jurídico interno.

Uma análise sociológica, no entanto, permite perceber que o sistema jurídico do Estado resulta da composição em rede dos sistemas jurídicos internacional e nacional. De um lado, o direito internacional estabelece as bases da existência do Estado como sujeito de direito, seus direitos e deveres na ordem internacional, bem como as normas gerais de convivência e cooperação na comunidade internacional e o resguardo dos direitos subjetivos elementares da modernidade. A partir deste ambiente normativo preestabelecido e condicionante de qualquer manifestação política é que se constrói o direito nacional a partir do poder constituinte.

Tanto o direito internacional de coexistência quanto o direito internacional de cooperação se apresentam como premissas essenciais para a manifestação do poder constituinte. O primeiro, porque garante a continuidade da existência do Estado enquanto sujeito da ordem jurídica internacional e a manutenção de suas relações na comunidade internacional; o segundo, porque conecta o Estado com o ambiente onde ele está inserido, estabilizando as demandas da sociedade mundial para o processo de refundação do Estado constitucional.

---

<sup>543</sup> É possível considerar que o esvaziamento do consenso em torno da legitimidade do Conselho de Segurança retira, ou reduz, a autoridade que antes era conferida aos seus atos, impondo-se uma revisão da sua composição e do seu funcionamento para que suas decisões voltem a ser consideradas como obrigatórias na ordem internacional.



Nesse sentido, os direitos subjetivos, relativos aos Estados, como sujeitos da ordem jurídica internacional, e relativos às pessoas, como destinatárias últimas de qualquer sistema jurídico, por meio dos direitos humanos, se apresentam como fatores de legitimação do exercício do poder constituinte nos Estados contemporâneos, na medida em que se encontram pré-constituídos. Thornhill afirma que o exercício do poder constituinte encontra-se inibido e, em certo grau, predefinido por normas internacionais, especialmente as relativas aos direitos humanos<sup>544</sup>.

Como explicam Bolzan de Moraes e Vieira, os direitos humanos estão ligados intrinsecamente à diversidade, compreendida a diferença entre os seres humanos uma condição própria da humanidade que, paradoxalmente, enfrenta o desafio de conviver pacificamente com a diferença<sup>545</sup>. Para Häberle, “o Estado Constitucional Cooperativo não conhece alternativas de uma ‘primazia’ do Direito Constitucional ou do Direito Internacional”. O efeito recíproco entre as relações externas e a ordem jurídica nacional produz um crescimento das partes do Direito Internacional e do Direito Constitucional, que crescem juntas como um *todo*. O autor afirma que, embora desejável, não é necessário que a Constituição incorpore em seu texto as normas internacionais gerais, pois o Estado se vincula a elas independentemente da sua formalização<sup>546</sup>. Assim, o poder constituinte, legitimamente instaurado, não resulta no “zero absoluto” em relação à ordem jurídica anterior. As normas internacionais em vigor à época do exercício do poder constituinte pela Assembleia Constituinte interferem na tomada de decisões, estabelecendo restrições materiais.

Assim, tanto a comunicação política da sociedade mundial flui pela organização, irritando a constitucionalização, como os meios de comunicação simbolicamente generalizados permitirão a manutenção desse fluxo de abertura cognitiva ao direito internacional. Por exemplo, a adoção da semântica dos direitos humanos na condição de direitos fundamentais representa e, ao mesmo tempo, garante uma abertura ao direito internacional, tanto no processo de constitucionalização quanto nas operações seguintes. Com efeito, Neves ensina que a institucionalização dos direitos fundamentais na Constituição permite que o direito positivo responda às exigências sociais advindas dos sistemas funcionais diferenciados. A normatização dos direitos subjetivos constitucionalizados representa o reconhecimento da hipercomplexidade da sociedade, da dissolução de critérios

---

<sup>544</sup> THORNHILL, Op. Cit., 2014, p. 366.

<sup>545</sup> MORAIS; VIEIRA, Op. Cit., p. 137.

<sup>546</sup> Häberle afirma, no entanto, que “os *textos* constitucionais somente oferecem primeiros pontos de referência: ainda que eles estejam, geralmente, aquém do desenvolvimento, e a *práxis* constitucional ou estatal e a cooperação prática internacional (não apenas Tratados) estão geralmente ‘mais adiante’, eles precisam se inserir na diagnose como ‘nível textual’” (HÄBERLE, Op. Cit., 2007, p. 12-14, *grifos do original*).

socialmente globalizantes de orientação das expectativas e da inexistência de um sistema social supremo. Para o autor, é por meio dos direitos fundamentais que a Constituição pretende responder às exigências advindas do seu meio ambiente<sup>547</sup>.

O Estado Constitucional Cooperativo se autoimpõe tarefas relacionadas com a cooperação internacional, desenvolvendo, para tanto, textualmente, processos, competências e estruturas, permitindo assim uma abertura às “forças externas”, de maneira que ficam em questão a distinção entre “interno” e “externo”, as ideologias da impermeabilidade e do monopólio das fontes do direito<sup>548</sup>. Não se trata, aqui, de recepção das normas internacionais pela nova ordem constitucional, já que a recepção sujeita as normas preexistentes ao exame de adequação ao novo regime jurídico. Trata-se, na realidade, de um reconhecimento da vigência destas normas e da sua legitimidade no âmbito de sua aplicação. Assim, o poder constituinte só pode ser considerado um poder “absoluto” pela lente de uma observação de primeira ordem que observa apenas o sistema jurídico centrado na noção de Constituição como norma superior, portanto, em uma estrutura hierárquica que não é capaz de perceber o ambiente. Em uma observação de segunda ordem, a soberania aparece como uma ficção necessária para encobrir o paradoxo da interpenetração entre direito e política, bem como garantir a estabilidade dessa relação, o que serve para justificar, entre outras coisas a legitimidade da jurisdição. O viés sociológico expõe as incoerências, sem se preocupar com elas, e exige o enfrentamento do paradoxo mediante outras formas de diferenciação.

Thornhill aponta para o fenômeno da substituição do poder constituinte por autoridades nacionais, especialmente as cortes judiciais que são legitimadas pelo direito internacional a aplicar normas constitucionais fundamentais que se baseiam, principalmente, em normas internacionais sobre direitos humanos. Isto ocorre principalmente em sociedades em processo de redemocratização e de transição pós-autoritária, em que os Estados admitem se sujeitar às jurisdições internacionais e tendem a ajustar seus direitos internos básicos às diretrizes internacionais, de maneira a angariar aceitação e perseguir legitimidade na comunidade internacional de Estados. É a situação dos processos de redemocratização ocorrido na América Latina na segunda metade do Século XX, quando foram superados os regimes ditatoriais militares ocorridos na região. Thornhill afirma que o mesmo ocorre em relação às cortes constitucionais, que fortalecem o seu conjunto jurisprudencial à luz da observância de obrigações internacionais sobre direitos humanos. O diálogo das cortes nacionais com a jurisdição internacionais também permite a utilização do direito internacional

---

<sup>547</sup> NEVES, Op. Cit., 1994, p. 70-71.

<sup>548</sup> HÄBERLE. Op. Cit., 2007, p. 10.

para a definição de prevalência na aplicação das normas fundamentais do direito interno, ou para suprir lacunas eventualmente existentes no ordenamento nacional<sup>549</sup>.

No caso do Brasil, essa situação somente começou a se desenvolver após a entrada em vigor da Constituição de 1988, quando o país ratificou a Convenção Americana de Direitos Humanos, o Pacto de San José da Costa Rica, em 1992. De qualquer forma, a jurisdição constitucional brasileira teve um papel importante na comunicação com o sistema do direito internacional em matéria de direitos humanos, embora tenha mantido o entendimento fixado, em 1977, no RE 80.004-SE, no sentido de que os tratados internacionais entram no ordenamento jurídico interno na mesma posição hierárquica das leis federais. O tema da posição hierárquica dos tratados no ordenamento interno foi objeto de discussões nos debates constituintes em 1987-88, como se verá adiante.

A formação em rede da composição entre o sistema jurídico internacional e o nacional ocorre necessariamente em todos os Estados. No plano internacional, as normas de caráter geral são as mesmas para todos os participantes da comunidade internacional, mas pode haver variações em razão da existência de normas regionais, costumeiras ou convencionais, relativas a assuntos internacionais que se aplicam aos Estados daquela região e que deverão ser igualmente considerados pelo poder constituinte no momento de elaboração da Constituição. Canotilho afirma que as ordens jurídicas nacionais se transformaram em ordens jurídicas parciais, nas quais as constituições são relegadas a uma posição mais modesta de “leis fundamentais regionais”<sup>550</sup>. O Estado que estabelecer uma disciplina constitucional incompatível com o direito internacional no seu âmbito de atribuição estará sujeito às colisões sistêmicas. Estas colisões implicarão em irritações nos sistemas, que necessariamente produzirão novas regras para garantir o restabelecimento de expectativas de estabilidade do ordenamento.

Assim como o sistema jurídico nacional, a ordem internacional encontra-se em constante modificação, tendo em vista a continuidade no processo de diferenciação funcional dos sistemas parciais e a ampliação da complexidade da sociedade mundial, acelerada com o desenvolvimento das comunicações e com o progresso tecnológico. Faria aponta que a década de 1990 foi um período histórico de transição. De acordo com ele, foi o intercruzamento entre duas eras econômicas:

---

<sup>549</sup> THORNHILL, Op. Cit., 2014, p. 366.

<sup>550</sup> CANOTILHO, Op. Cit., 2017, p. 110. Antonio Cassese afirma que a implementação do direito internacional depende dos Estados, a quem as normas do sistema de direito internacional são direcionadas. CASSESE, Antonio. **Modern Constitutions and International Law**. Recueil des Cours, n. 192, The Hague : International Law Academy, 1985, p. 340-341.

Uma é a do pós-guerra, caracterizada pelo planejamento estatal, pela intervenção governamental, pelas inovações conceituais e pragmáticas em matéria de regulação dos mercados, pela utilização do direito como instrumento de controle, gestão e direção, pela participação direta do setor público como agente financiador, produtor e distribuidor e por políticas sociais formuladas com o objetivo de assegurar patamares mínimos de igualdade, a partir dos quais haveria espaço para uma livre competição. A outra era é a da economia globalizada, que se afirma a partir da retomada dos fluxos privados de acumulação de capital e é progressivamente marcada pela desregulação dos mercados, pela “financeirização” do capital, pela extinção dos monopólios estatais, pela privatização de empresas públicas, pela desterritorialização da produção e por uma nova divisão do trabalho.<sup>551</sup>

O direito internacional passou por grandes mudanças a partir desta primeira “era econômica”, avançando em direção a novos campos de regulação e aumentando o grau de especialidade das normas. Estas transformações decorrem, principalmente, da aceleração na comunicação provocada pela criação de organizações internacionais formais em interação com os demais sistemas funcionais da sociedade mundial, onde se formaram espaços públicos para o conhecimento das demandas ambientais. No âmbito das organizações internacionais são discutidas as possibilidades de assimilação e de incorporação destas demandas em face das fundamentalidades do sistema normativo de matriz estatal. Na segunda “era econômica”, os efeitos destas mudanças nos sistemas jurídicos internos se tornaram mais evidentes, o que fomentou novas descrições do fenômeno da constitucionalização nos Estados e permitiu novas análises das relações sistema do direito internacional com os processos constituintes.

Deve-se observar, contudo, que as mudanças na ordem internacional nem sempre trazem impactos para o funcionamento do direito interno dos Estados, não exigindo modificações no ordenamento jurídico. Nestes casos, a norma internacional produzirá sempre efeitos imediatos para o Estado em suas relações internacionais, independentemente do sistema interno de acoplamento adotado pelo ordenamento interno, monista ou dualista. Por outro lado, quando a norma internacional tem implicações na ordem jurídica nacional, há diferenças a depender do modelo de acoplamento adotado no sistema jurídico interno do ordenamento nacional. Nos Estados monistas, uma vez em vigor a norma no plano internacional, ela se aplica direta e imediatamente na jurisdição interna, ficando suspensa a eficácia de qualquer norma de direito nacional que lhe seja contrária ou que lhe impeça de

---

<sup>551</sup> FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo : Malheiros, 2004, p. 111. A divisão em “eras” não significa que elas tenham acontecido ao mesmo tempo em todos os Estados. Os processos de globalização da economia atingem de maneira diferentes estados desenvolvidos, em desenvolvimento e subdesenvolvidos.

produzir efeitos<sup>552</sup>. Nos Estados dualistas, ainda que haja um procedimento de internalização da norma internacional, ela deverá ser aplicada em detrimento da eficácia de qualquer norma jurídica nacional que lhe seja contrária ou lhe impeça a produção de efeitos. Triepel admite a superioridade do direito internacional sobre o direito interno, na medida em que as fontes internacionais criam direitos e deveres para os Estados, que podem se referir à obrigação de criação de direito a partir das fontes internas<sup>553</sup>.

Por outro lado, como afirma Friedmann, o direito internacional precisa assumir seus limites e possibilidades. Não há viabilidade estrutural, nem é seu objetivo, regular os processos de mudanças internas nos Estados<sup>554</sup>. O âmbito de regulação da forma de governo, da política econômica e das questões sociais deve permanecer sob o poder da soberania local. As intervenções e interferência internacionais só devem ocorrer quando a questão tiver um viés relacionado com a sociedade mundial.

Loewenstein chama a atenção para o ritmo acelerado das mudanças de valores na sociedade, o que impõe que sejam tomadas com mais frequência decisões políticas fundamentais, tanto em assuntos internos, quanto em assuntos internacionais. Para ele, na prática, nem sempre é fácil distinguir as autênticas decisões conformadoras daquelas que não o são. Em uma sociedade pluralista, que se encontra sob a influência da opinião pública, a verdadeira decisão conformadora pode ser identificada pelo interesse que determinada medida desperte na comunidade<sup>555</sup>.

Desta forma, não pode considerar que o Estado contemporâneo irá tomar decisões sem levar em conta a sociedade mundial. É evidente que as medidas adotadas por um Estado podem despertar interesses em pessoas de fora de sua jurisdição, notadamente em razão da tomada de consciência da humanidade a respeito de si mesma. Assim, em temas como a segurança cibernética, a preservação do meio ambiente ou a proteção dos direitos humanos podem resultar em fatores de pressão política externos à comunidade inserida no

---

<sup>552</sup> De acordo com Barroso, a doutrina monística do primado do direito internacional somente aceita a hipótese de inconstitucionalidade decorrente de manifesta violação de norma fundamental sobre competência (Op. Cit., 2003, p. 22). Não é esta a solução aqui proposta, pois, não estando no mesmo sistema normativo, a norma nacional não terá sua validade aferida a partir da norma internacional, salvo quando a própria ordem jurídica nacional assim o estabelecer pelas suas próprias premissas soberanas, atribuindo a uma norma interna correspondente a uma norma internacional uma posição hierárquica superior no sistema jurídico interno.

<sup>553</sup> TRIEPEL, Karl Heinrich. **Les rapports entre le droit interne et le droit international**. Recueil des Cours. The Hague : ILA, 1923, p. 44.

<sup>554</sup> FRIEDMANN, Op. Cit., 1965, p. 166

<sup>555</sup> LOEWENSTEIN, Op. Cit., p. 64, ainda traz como exemplos “la entrada en una alianza o retirarse de ella; la neutralidad frente a las asociaciones internacionales; una actitud ofensiva ante el comunismo o la resolución de coexistir con él; la ayuda para los países subdesarrollados; el reconocimiento de un gobierno extranjero; problemas de la seguridad nacional; el desarme; la actitud frente al llamado colonialismo e imperialismo.”

Estado, interferindo nas tomadas de decisão e, conseqüentemente, na composição do ordenamento jurídico.

Considerando esta observação da conexão entre os sistemas jurídicos de direito interno e direito internacional, é preciso compreender o papel do direito internacional na constitucionalização dos Estados. No último capítulo, fica demonstrado como o sistema de direito internacional aparece entre os fundamentos do poder constituinte originário e como se dá sua interação comunicativa na Assembleia Constituinte. Ao final, são examinadas algumas das operações do processo constituinte, notadamente as audiências públicas e os debates delas decorrentes, como forma de demonstração empírica da tese proposta.

#### **4 A INTERFERÊNCIA DO DIREITO INTERNACIONAL NA ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE DE 1987-1988 NO BRASIL**

A interferência do sistema de direito internacional no processo de constitucionalização tem fundamento nos diversos aspectos da complexidade da sociedade mundial nos dias atuais. O (re)surgimento do poder constituinte decorre de um desnível de complexidade entre o sistema jurídico estatal e relação ao ambiente. Os movimentos advindos da sociedade por uma nova Constituição são reações internas de compensação, que podem resultar em mudanças estruturais no sistema jurídico com a adoção de um novo texto constitucional.

A sociedade opera sua comunicação por meio dos sistemas sociais que se valem de organizações dotadas da capacidade de decidir conforme a programação dos sistemas. No caso do processo constituinte brasileiro, foi criada a Assembleia Nacional Constituinte para funcionar como organização competente para manifestar o poder constituinte originário, entregar uma nova Constituição e restabelecer o Estado Democrático de Direito no Brasil. Naturalmente, a abertura cognitiva decorrente dos procedimentos de audiência pública das subcomissões foi essencial para que as decisões fossem tomadas a partir da comunicação com as demandas vindas da sociedade. Esta relação é totalmente heterárquica, uma vez que todos os sistemas parciais têm a oportunidade de convencer os membros da Assembleia do valor intrínseco de suas operações e como eles devem refletir no acoplamento estrutural entre o sistema político e o direito. É importante ressaltar que, na composição da Assembleia Nacional Constituinte encontravam observadores capazes de compreender e descrever os mais distintos sistemas sociais, o que aumenta o grau de assimilação e apreensão das demandas societais.

Todos estes sistemas sociais em processo de integração e desintegração com a Assembleia Nacional Constituinte irão contribuir para a formatação da estrutura do sistema jurídico ao apresentar suas operações como limites das possibilidades de entrelaçamento entre os elementos do sistema jurídico, mas também se submetendo aos limites que o próprio sistema jurídico estabelece. É justamente neste ponto que reside o argumento central da presente pesquisa. O sistema jurídico, mesmo no quadro do hiato constitucional, quando a sociedade já reagiu disruptivamente aos processos da antiga ordem constitucional, (re)encontra nos alicerces da modernidade suas próprias restrições à sua complexidade, restrições estas que também irão se aplicar na integração com os demais sistemas sociais

parciais. Como sistema funcional diferenciado, o direito mantém a determinação de sua própria identidade, dando sentido a si mesmo.

#### 4.1 DIREITO INTERNACIONAL E O FUNDAMENTO DO PODER CONSTITUINTE

No plano normativo, a cooperação em matéria de direitos humanos é bem explicada por José Afonso da Silva, ao tratar da função de uma Constituição escrita e rígida. Comparando às origens do Estado de Direito constitucionalizado, ele afirma que, na atualidade, “não se trata mais de simplesmente conter o poder num abstencionismo estático, deixando aos indivíduos livre determinação para que, sob sua responsabilidade e alvedrio, afixem os direitos declarados”<sup>556</sup>. Para ele, a institucionalização do poder é necessária para a realização de ações afirmativas que promovam o efetivo gozo dos direitos humanos. Além disso, no plano organizacional, o poder pode atuar de forma positiva, sempre que necessário, para criar condições reais para a efetividade dos direitos, especialmente dos direitos econômicos, sociais e culturais.

Neste sentido, José Afonso da Silva afirma que “o sentido universalizante das declarações de direitos, de caráter estatal, passou a ser objeto de reconhecimento supraestatal em documentos declaratórios de feição multinacional ou mesmo universal”. Assim, as primeiras manifestações nesse sentido teriam sido propostas visando estender a defesa dos direitos humanos a todos os países e a todos os indivíduos de todas as nacionalidades<sup>557</sup>. À vista disso é que se tem procurado firmar diversos pactos e convenções internacionais, sob patrocínio da ONU, visando assegurar a proteção dos direitos humanos, pelos quais as partes pactuantes reconhecem que a Carta das Nações Unidas impõe aos Estados a obrigação de promover o respeito universal e efetivo aos direitos fundamentais, respeitando no seu território esses direitos reconhecidos em instrumentos internacionais.

Com efeito, essas declarações e pactos internacionais tiveram grande influência no processo de elaboração da Constituição brasileira, com a reprodução fiel de muitos dispositivos dos referidos documentos internacionais. Essa incorporação automática tem amplas consequências, i) alargando o campo constitucional dos direitos fundamentais, ii) impondo a adoção da concepção monista no que tange ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, pela qual se define a unidade, neste campo, entre o Direito Interno e o

---

<sup>556</sup> SILVA, Op. Cit., 2007, p. 190.

<sup>557</sup> SILVA, Op. Cit., 2007, p. 191-193.



Internacional, iii) significando que uma violação a uma norma de Direito Humano Internacional implica em violação ao Direito Constitucional, autorizando o conhecimento pela via judicial. Esta última conclusão não discrepa do quanto preceituado no artigo 5º, §1º, da Constituição, que afirma que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais tem aplicação imediata, abarcando também as normas internacionais que versam sobre tal espécie de direitos<sup>558</sup>.

A Constituição, enquanto acoplamento estrutural entre direito e ambiente social, estará, mediante princípios que assumem a função de meios de comunicação simbolicamente generalizados, aberta às mudanças, possibilitando variações de sentido, novas seleções, restrições e formas de estabilização. José Afonso da Silva aduz que a possibilidade de modificação da Constituição constitui uma garantia de sua permanência e durabilidade, e, ao mesmo tempo, “é um mecanismo de articulação da continuidade do Estado e um instrumento de adequação entre a realidade jurídica e a realidade política, realizando, assim, a síntese dialética entre a tensão contraditória dessas realidades”<sup>559</sup>.

Jorge Miranda ensina que “a *transição constitucional* é a passagem de uma Constituição material a outra com observância das formas constitucionais, sem ruptura, portanto”<sup>560</sup>. Com isso, a Constituição material mudaria, mas permanecem a Constituição instrumental e, eventualmente, até a Constituição formal. O exercício do poder constituinte é atividade do sistema de organização, logo, lida com o direito de uma perspectiva pragmática. Desta forma, o fato de uma norma internacional regular uma situação não necessariamente limitará o poder constituinte se a questão não se referir a um princípio fundamental do sistema jurídico.

Assim, tomemos como exemplo o “Acordo para liberação e expansão do comércio intra-regional de sementes”, que foi assinado em 22 de novembro de 1991, por Argentina, Bolívia, Brasil, Colômbia, Chile, Paraguai, Peru e Uruguai, e posteriormente, mediante protocolos de adesão, por Equador, Cuba e Venezuela. O Acordo tem por objetivo liberar o comércio intra-regional de sementes e estabelecer condições para o desenvolvimento harmônico dos sistemas nacionais de sementes. Desta forma, as importações das sementes da lista comum, constante do Acordo, de espécies provenientes de multiplicações realizadas nos países membros, estarão livres de gravames aplicados à importação, assim como dos direitos

---

<sup>558</sup> SILVA, Op. Cit., 2007, p. 195-196.

<sup>559</sup> SILVA, Op. Cit., 2007, p. 262-263.

<sup>560</sup> MIRANDA, Op. Cit., 2003, p. 395. Faoro afirma que os os fundamentos de uma Constituinte soberana não dependem de uma revolução, pois “Assembleias Constituintes podem ser o meio de enfrentar uma crise em perspectiva e lançar bases da transição, como sucedeu no Brasil, em que a Constituinte de 1823 foi convocada antes da Independência, pelo Decreto de 3 de junho de 1822” (FAORO, Op. Cit., 1986, p. 95).

aduaneiros e quaisquer outros encargos de efeitos equivalentes, sejam de caráter fiscal, monetário, cambial ou de outra natureza<sup>561</sup>.

Esta norma internacional visa potencializar o comércio de sementes entre os Estados envolvidos. A liberação dos gravames impostos ao comércio internacional de sementes se insere comunicativamente na integração dos sistemas econômico, político e jurídico, e reflete o valor do desenvolvimento econômico da sociedade por meio do comércio. Trata-se de uma demanda transitada na sociedade mundial, do sistema social da economia, que se integra comunicativamente com o direito interno dos Estados pela abertura cognitiva do objetivo constitucional de desenvolvimento econômico se um âmbito territorializado da sociedade. Não se trata, entretanto, de uma fundamentalidade do sistema jurídico. O viés internacional da norma visa apenas potencializar o resultado da proposição normativa, acelerando as operações internas para promover o desenvolvimento econômico nacional. A participação, ou não, neste acordo não se constitui como uma premissa da participação do Estado como sujeito na comunidade internacional, nem uma premissa de sua própria existência enquanto organização da sociedade mundial.

Loewenstein exemplifica algumas questões ideológicas que considera objeto de decisões políticas fundamentais a serem tomadas pelo poder constituinte:

la elección entre el libre cambio y el proteccionismo; la actitud del Estado frente a las cuestiones religiosas, como por ejemplo la separación del Estado y de la Iglesia y las escuelas confesionales; la dirección que se deberá dar a la educación, humanista o técnica, o si cabe encontrar un equilibrio; la alternativa entre un sistema económico con empresa privada libre del control estatal o un sistema de economía dirigida; el paso al Estado de bienestar; las relaciones entre los empresarios y los empleados y trabajadores en el proceso de producción; la disposición de las riquezas naturales; la socialización y nacionalización de partes o de la totalidad de la economía nacional; la subvención a la economía agraria; el paso de una economía agraria a una economía industrial; la política fiscal y monetaria; el sistema impositivo y su influencia en la distribución de la riqueza<sup>562</sup>.

O poder constituinte, como força de revolução, põe em causa os valores locais que sustentam a construção do sistema anterior, mas ele se fundamenta em pilares estabelecidos nas bases da modernidade e que fundamentam a existência do Estado como organização da sociedade, como a soberania, a exclusividade na imposição do direito, a não intervenção externa e a autodeterminação. Além disso, ele se limita diante do patamar civilizatório alcançado pelo Estado no sistema anterior, fixado nas normas internacionais que

---

<sup>561</sup> Fonte: <http://www.mdic.gov.br/index.php/comercio-exterior/negociacoes-internacionais/132-acordos-dos-quais-o-brasil-e-parte/1815-acordos-acordo-de-sementes-entre-paises-da-aladi-ag-02>

<sup>562</sup> LOEWENSTEIN, Op. Cit., p. 64

garantem a não proliferação de armas de destruição em massa, a proteção dos direitos humanos e a preservação do meio ambiente, por exemplo, devendo considerar todo este contexto normativo no momento da sua manifestação na criação da Constituição.

Müller levanta a seguinte questão sobre a legitimidade da Constituição que empreende sua legitimação do poder constituinte: “Será que é possível exercer um poder constituinte do povo, apenas da ocupação que incluiu o sequestro de todos os direitos de soberania (complexo de perguntas da esfera do Direito Internacional Público/Direito Público interno)?”<sup>563</sup> Müller indica que as noções de “legitimidade”, de “poder constituinte do povo” e de revolução “legítima” foram construídas em um contexto e em um espaço histórico e, portanto, não são absolutas. Neste sentido, estas noções seriam eficazes somente no seu âmbito e não seriam *jurídicas* as exigências desta espécie a outras culturas jurídicas. Mas conclui que “elas são *legítimas* somente enquanto consequência de obrigações que foram contraídas pelos respectivos países no quadro do Direito Internacional (Convenções, Tratados, filiação à ONU)”<sup>564</sup>.

Em contraposição a uma visão normativista, Habermas propôs o conceito de patriotismo constitucional para reconstruir a legitimidade do poder constituinte ao incorporar as noções de pluralismo, solidariedade, tolerância e direito à diferença. Com isso, a titularidade do poder constituinte seria ampliada para alcançar todos aqueles que podem ser considerados interessados, afetados ou não, pelo processo constituinte e pela Constituição<sup>565</sup>.

Para Ferrajoli, o poder constituinte “pode ser considerado como extrajurídico, ou mesmo ilícito, se considerado a partir de outro sistema normativo, como o ordenamento que o precedeu ou o ordenamento internacional”<sup>566</sup>. O poder constituinte, no entanto, encontra sua licitude justamente nos direitos subjetivos sedimentados na ordem jurídica internacional, que lhe garantirá as possibilidades de manifestação pela preservação da soberania do Estado na comunidade internacional e acolherá o seu resultado com o reconhecimento internacional da nova ordem interna instalada.

Jorge Miranda inclui o direito internacional entre os *limites heterônomos* do poder constituinte, como limites provenientes da conjugação com outros ordenamentos jurídicos. Assim, os *jus cogens* são limites heterônomos de direito internacional de caráter geral, pois são estruturantes da comunidade internacional, sobrepondo-se à Constituição de

<sup>563</sup> MÜLLER, Op. Cit., 2004, p. 41-42

<sup>564</sup> MÜLLER, Op. Cit., 2004, p. 118

<sup>565</sup> HABERMAS, Op. Cit., 2002, p. 50. Ver também FREITAS, Op. Cit., 2010, p. 50, e CATTONI, Marcelo. **Poder Constituinte e Patriotismo Constitucional**. Belo Horizonte : Mandamentos, 2006, p. 69-71.

<sup>566</sup> FERRAJOLI, Luigi. **A Soberania no Mundo Moderno**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 198.

qualquer Estado enquanto membro dessa comunidade. Já entre os limites heterônomos de caráter especial estariam os deveres assumidos por um Estado para com outro ou outros Estados ou para com a comunidade internacional no seu conjunto<sup>567</sup>.

Na estrutura atual da comunidade internacional, as organizações internacionais são locais para negociação e deliberação e, simultaneamente, atores centrais na esfera internacional, dotados de personalidade jurídica reconhecida pelo direito internacional e relativamente autônomas em relação aos Estados-Membros. Essas instituições fornecem a base para fóruns deliberativos onde interesses e pontos de vista são expressos e podem ser alterados no curso de negociação<sup>568</sup>. Elas contribuem para compreender como novas regras são criadas e difundidas no sistema internacional e, posteriormente, internalizadas por diferentes atores<sup>569</sup>. Os Estados podem não saber o que querem quando começam a negociar questões complexas dentro de complexos quadros institucionais ou podem mudar suas ideias durante o processo, o que possibilita entendimentos revisados sobre interesse nacional<sup>570</sup>.

O fato de que as organizações internacionais podem ser mobilizadas por redes transnacionais dá origem a um "poder de constrangimento": o poder de envergonhar determinados países ante seus pares em organizações internacionais por violarem os padrões internacionais de direitos humanos que formalmente se comprometeram a assegurar. No entanto, é importante observar o elemento normativo de tal "poder de constrangimento". A "vergonha" de um país só é possível porque existem padrões normativos que são aceitos como válidos e universais<sup>571</sup>. Habermas afirma que o crescimento acelerado das organizações internacionais pode ser compreendido como uma resposta às necessidades de regulação geradas pela crescente interdependência da sociedade mundial, cujos subsistemas funcionais cruzam as fronteiras nacionais<sup>572</sup>.

Aqui retornamos a Negri e seu excuro sobre o conceito de poder constituinte como "desutopia constitutiva" que estaria desamarrada dos liames da modernidade, nascendo "em meio ao nada das determinações do moderno"<sup>573</sup>. Como já foi dito, Negri deixa considerar as condições determinantes do sistema jurídico para que a soberania possa se

<sup>567</sup> MIRANDA, Op. Cit., 2003, p. 377.

<sup>568</sup> BERNARDES, Op. Cit., p. 9.

<sup>569</sup> SLAUGHTER, Anne-Marie. **The New World Order**. Princeton : Princeton University Press, 2004, p. 43 e SLAUGHTER, Anne-Marie. "International Law and International Relations Theory: a Dual Agenda" em **American journal of international law**, vol. 87, n. 205, 1993.

<sup>570</sup> HURREL, Andrew. "Global inequality and international institutions". **Metaphilosophy**, v. 32, n. 1-2, Oxford, January 2001, p. 37.

<sup>571</sup> BERNARDES, Op. Cit., p. 11.

<sup>572</sup> HABERMAS, Jürgen. "The Constitutionalization of International Law and the Legitimation Problems of a Constitution for World Society" em **Constellations**, vol. 15, n. 4, 2008, p. 444-455, p. 444.

<sup>573</sup> NEGRI, Op. Cit., 2002, p. 441.

exercer na forma de poder constituinte. O próprio Negri admite que a soberania serve como base do poder constituinte e se exerce, por meio dele, em sua plenitude.

Ao romper com a Constituição vigente para se exercer, o (re)surgimento do poder constituinte faz o acoplamento estrutural entre os sistemas jurídico e político parar de funcionar, alcançando o seu limite<sup>574</sup>. Neste contexto, o poder já não é mais controlado pela Constituição, cuja base normativa perdeu a sua força com a instauração do processo de refundação do Estado. Sem esta amarração, entretanto, o poder político não se manifesta como um poder absoluto, capaz de determinar um novo estado de coisas a partir do nada. É preciso garantir que o direito não sofra uma desdiferenciação e volte a se subordinar ao poder político.

Esta variação estrutural, causada pelo esgotamento do acoplamento estrutural estabelecido na Constituição, provoca uma redução da capacidade de ressonância entre sistema e ambiente. Uma Constituição principiológica, que é auto-observada pela política e pelo direito como válida, tem a capacidade de manter a carga simbólica dos meios de comunicação generalizados, capaz de promover o consenso estrutural. Mas a suspensão da vigência da Constituição atinge a condição simbólica/institucional, o que representa uma perda de estrutura comunicacional. Contudo, isso não significa que outros programas não passem a cumprir essa função, pois a semântica da sociedade complexa é “multiplex”<sup>575</sup>. Por exemplo, o direito internacional, os direitos humanos, os direitos naturais defendidos pelo sistema científico vão operar, irritar e promover variações internas no sistema. Para evitar qualquer colapso, a sociedade cria um sistema de organização, como a Assembleia Constituinte, que irá permitir a continuidade da racionalidade transversal e promover, por meio de sua programação, a interação comunicativa de forma não generalizada, mas com possibilidades de compreensão pelos sistemas sociais parciais.

No Brasil, antes mesmo da criação da Assembleia Nacional Constituinte já era possível observar nos movimentos da sociedade a existência de uma “situação constituinte”, como indicado por Antônio Sérgio Rocha, no cenário estrutural de um “hiato constitucional”, como identificou Ivo Dantas<sup>576</sup>. Uma evidência da continuidade da racionalidade transversal nesta “transição constitucional”<sup>577</sup> está no que Rocha descreve como o despontar de uma

---

<sup>574</sup> LUHMANN, Op. Cit., 1996, p. 22, acima.

<sup>575</sup> TEUBNER, Op. Cit., 2005, p. 84.

<sup>576</sup> DANTAS, I., Op. Cit., 1985, p. 34, citado acima.

<sup>577</sup> MIRANDA, Op. Cit., 2003, p. 395, citado acima.

“ordem poliárquica”, com o restabelecimento dos direitos políticos a partir de 1985, com as reformas da Lei Orgânica dos Partidos Políticos e do Código Eleitoral<sup>578</sup>.

Neste estado de coisas, o poder político encontrará amarras, primeiramente, na realidade, a partir dos influxos comunicativos dos sistemas parciais da sociedade. Isto, por si só, já será suficiente para recordar seus limites de possibilidade no contexto de uma sociedade mundial complexa. No entanto, em uma segunda análise, será possível encontrar nas profundezas da racionalidade moderna elementos estruturais do sistema jurídico que permanecem operativos no fluxo de relações do Estado durante o hiato constitucional. Ora, se o Estado não deixa de existir, apesar da ruptura constitucional, e sua soberania terá um papel central na manifestação do poder constituinte, seus elementos mínimos existenciais também incidirão na determinação das condições de possibilidades do processo de refundação constitucional em andamento.

A base estrutural de diferenciação funcional do sistema jurídico remonta ao contexto de origem do Estado moderno, com a concretização dos direitos subjetivos, com a formação do direito internacional e, posteriormente, com o surgimento do Estado de Direito, que culmina com a elaboração das Constituições dos Estados, como uma aquisição evolutiva da sociedade. Quando a ordem constitucional se rompe, o Estado permanece como uma organização lastreada apenas nesta base estrutural, que antecede a noção de Constituição<sup>579</sup> e que não se perde. É a esta base estrutural que o poder constituinte retorna para encontrar sua fundamentação para elaboração de uma nova Constituição.

A formação da Assembleia Constituinte produz imediatamente um acoplamento estrutural da organização com o sistema jurídico, que irá orientar o contexto de produção das decisões a partir das assimilações das interações comunicativas com o entorno. O poder constituinte, então, passa a se manifestar na legitimação da Assembleia Constituinte para a tomada de decisões. Como sistema de organização, ela irá funcionar como meio de comunicação compartilhado por diversos sistemas sociais<sup>580</sup>, mas sempre acoplada estruturalmente com sistema jurídico que, no entanto, não poderá a ela se impor, pois a relação não é de subordinação. O acoplamento estrutural com o sistema jurídico é que fundamenta a manifestação do poder constituinte por meio da Assembleia Constituinte para produzir a Constituição como acoplamento estrutural do direito com a política.

---

<sup>578</sup> ROCHA, Op. Cit., 2013, p. 54-56.

<sup>579</sup> O artigo 16 da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, aprovada pela Assembleia Nacional francesa, em 1789, dispõe que *toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution*, em tradução livre: “toda sociedade em que não seja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação de poderes, não tem Constituição”.

<sup>580</sup> SIMIONI, Op. Cit., 2006, p. 115.

O poder constituinte se fundamenta a partir de uma descrição da sociedade que comporte a presença inafastável de direitos. A ruptura da ordem constitucional, que já não oferece respostas satisfatórias para as demandas sociais, o que exige uma refundação da ordem jurídica, faz com que o poder político reencontre sua legitimação nos direitos subjetivos como elementos essenciais do sistema jurídico. Isso é ainda mais evidente quando se trata do poder constituinte do povo, que se presume necessário para a manifestação da soberania popular por meio da democracia. O povo só pode exercer este poder por existirem os direitos que foram conquistados no limiar da modernidade, e por meio deles<sup>581</sup>. No Brasil, a própria criação da Assembleia Nacional Constituinte, que funcionou entre 1987-1988, foi antecedida por movimentos, declarações e atos por parte da oposição institucional ao regime militar, promovidos pelo Movimento Democrático Brasileiro (MDB), que pressionavam pelo exercício de direitos civis e políticos fundamentais, que se encontravam restritos, e pela abertura democrática caracterizada na forma de eleições diretas. Outras organizações da sociedade também de mobilizaram pela criação da Assembleia Nacional Constituinte como concretização de e meio para o exercício de direitos, como a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), as universidades, a Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência (SBPC), a União Nacional dos Estudantes (UNE), os sindicatos e a Confederação Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), por exemplo<sup>582</sup>. Os direitos subjetivos, como resultado da diferenciação entre indivíduo e sociedade, antecedem e foram essenciais para própria formação do Estado moderno.

Neste sentido, os direitos subjetivos aparecem ainda como estruturas reguladoras do poder público, como alertado por David Held, que protegem os cidadãos individuais dos riscos de uma imposição dos interesses da maioria com base no princípio da soberania popular. Held afirma que “os direitos são titularidades no âmbito das limitações da comunidade”, o que torna possível a ação independente, em razão da criação de espaços para a ação, e o seu constrangimento, ao especificar os limites da ação independente, de tal maneira que essa ação não reduza ou infrinja a liberdade de outros<sup>583</sup>. Do ponto de vista normativo, Gregorio Peces-Barba ensina que “los derechos subjetivos en cuanto posibilidad individual de apropiación de lo establecido en una norma, para proteger un interés o para dar

---

<sup>581</sup> Gustavo Zagrebelsky afirma, no mesmo sentido, que “si el principio fundamental sobre el que la Constitución se asienta es la preexistencia de los derechos, su enunciación pierde significado, significado este que sería, en cambio, importante allí donde operase el principio fundamental opuesto: la preexistencia del poder con el que se haya de pactar para arrancarle concesiones e o ‘derechos’ en le sentido antiguo” (ZAGREBELSKY, Op. Cit., 2011, p. 56).

<sup>582</sup> ROCHA, Op. Cit., 2013, p. 37-40. A criação da Assembleia Nacional Constituinte era compreendida por todas essas organizações da sociedade como um retorno da institucionalidade democrática no Brasil.

<sup>583</sup> HELD, Op. Cit., p. 187.

fuerza jurídica a la voluntad individual, son, pues, la forma jurídica de los derechos fundamentales”<sup>584</sup>.

De uma perspectiva sociológica, direitos são produtos de uma sociedade que não se confunde com os indivíduos que se colocam no seu entorno/ambiente. A sociedade só é observada porque se diferencia dos indivíduos, obedecendo a forma de observação sistema/ambiente. A sociedade, então, opera por generalizações e, assim, cria “sujeitos” para regular. Quando essas regulações, enquanto generalizações de expectativas congruentes, colocam em risco a sustentabilidade da comunicação de sistemas que operam mediante esses “sujeitos”, os direitos fundamentais são chamados para protegê-los<sup>585</sup>.

Seguindo a mesma linha de pensamento, as normas gerais internacionais também aparecem como amarras da modernidade, pois o sistema jurídico internacional ignora o hiato constitucional e mantém o reconhecimento da personalidade jurídica do Estado. Isto significa que as operações recursivas do sistema jurídico internacional não cessam seu funcionamento com a ruptura constitucional. Pelo contrário, os enlaçamentos que garantem a manutenção da soberania do Estado, contra invasões, interferências e intervenções externas, e o seu exercício por meio da Assembleia Constituinte permanecem em pleno vigor, o que implica, necessariamente, na continuidade da observância dos deveres decorrentes da sua condição de sujeito de direito internacional. Se, como afirma Negri, o constitucionalismo superado pelo poder constituinte irrompido só conhece o passado, a juridicidade operacional do sistema do direito internacional permanece no presente.

Também as premissas do Estado de Direito devem se manter garantidas, notadamente aquelas apontadas por Wálber Carneiro<sup>586</sup>, considerando a inserção do Estado na sociedade mundial. Portanto, é exigido que os membros da Assembleia Constituinte sejam dotados de legitimidade, enquanto autoridades políticas que formulam o direito; no decorrer do processo constituinte deve ser mantida a separação de poderes e respeito mútuo de suas competências; as decisões da Assembleia Constituinte deverão observar os limites de fundamentalidade na produção do direito; e deve ser garantido o controle judicial da legalidade e da fundamentalidade dos atos da Assembleia Constituinte.

---

<sup>584</sup> PECES-BARBA, Gregorio. **Derechos Fundamentales**. 4ª ed. Madrid: Universidad Complutense – Sección de Publicaciones, 1986, p. 59. Na concepção dualista de Peces-Barba, o conceito de direito subjetivo fundamental é uma “facultad que la norma atribuye de protección a la persona en los referente a su vida, a su libertad, a la igualdad, a su participación política o social, o a cualquier otro aspecto fundamental que afecte a su desarrollo integral como persona, en una comunidad de hombres libres, exigiendo el respecto de los demás hombres, de los grupos sociales y del Estado, t con posibilidad de poder en marcha el aparato coactivo del Estado en caso de infracción” (PECES-BARBA, Op. Cit., p. 66).

<sup>585</sup> TEUBNER, Op. Cit., 2016b

<sup>586</sup> CARNEIRO, Op. Cit., 2018a, citado acima.



A observância dos direitos fundamentais<sup>587</sup> apresenta-se como uma contingência tanto da realidade quanto do próprio sistema jurídico, pois a sua negação seria a negação das premissas que sedimentam formação da Assembleia Constituinte como organização e do próprio poder constituinte como representação da soberania popular. Neste aspecto, tem particular relevância a noção de cidadania, pelo seu sentido integrativo entre política e direito, tanto no sentido de pertencimento quanto no de participação, e, indo além, na abertura cognitiva que todos os direitos que dela derivam proporcionam para uma integração com as demandas dos outros sistemas sociais parciais.

Deste modo, o poder constituinte, considerado como crise de ruptura com as amarras da modernidade, cuja subjetividade constitutiva brota no vazio, imediatamente se readapta na volta aos contornos da modernidade ao perceber a sociedade mundial como entorno, tendo que responder às demandas dos sistemas sociais parciais, e ao se ver aprisionado na concepção de Estado, que condiciona o agir do seu titular aos limites mais elementares do sistema jurídico: os direitos subjetivos, o direito internacional e o estado de direito. Esta é a restrição que o sistema jurídico se autoimpõe para prevenir sua desdiferenciação.

O resultado do processo constituinte, no entanto, é determinado por uma variedade numerosa de fatores, contingência que pode levar, e frequentemente leva, a decisões que, mesmo assimilando as interações comunicativas ocorridas no processo, não referendam essas restrições do sistema jurídico. A Constituição, como produto final de todas as operações da Assembleia Constituinte, sempre irá carregar as expectativas produzidas pelas decisões tomadas a partir das interações comunicativas entre os sistemas sociais e o direito. O que significa que, entre elas, estarão aquelas que são frutos da corrupção<sup>588</sup> nos entrelaçamentos que determinaram a predominância de códigos e programas de um sistema sobre os demais. Esta, contudo, é uma situação natural, já que a complexidade da sociedade mundial não permite uma observação integral da realidade, nem das partes do todo, nem do todo das partes, e tampouco permite uma observação capaz de prever o que poderá ocorrer

---

<sup>587</sup> Willis Santiago Guerra Filho indica que, do ponto de vista histórico, “direitos fundamentais” são “direitos humanos”; epistemologicamente, costuma-se diferenciar os conceitos, sendo os direitos fundamentais frutos de manifestações positivas do direito, com aptidão para produzir efeitos no plano jurídico, enquanto os direitos humanos seriam pautas ético-políticas, situadas em uma dimensão suprapositiva, deonticamente diversa daquela em que se situam as normas jurídicas, especialmente as de direito interno (GUERRA FILHO, Willis Santiago. “A dimensão processual dos direitos fundamentais e na Constituição” em **Revista de Informação Legislativa**, a. 35, n. 137, jan/mar, 1998, pp. 13-21, p. 14).

<sup>588</sup> De acordo como Simioni, “ocorre corrupção de códigos quando uma instância de decisão competente para produzir operações de um sistema efetua essas operações com base no código operacional de outro sistema” (SIMIONI, Op. Cit., 2006, p. 177).

com o todo ou com as partes. Nestes casos, o perigo da “expansão imperialista” como lado negativo da racionalidade transversal se concretiza, com um código forte relegando o outro à insignificância<sup>589</sup>.

Por esta razão, a abertura cognitiva programada pelas possibilidades de reforma constitucional tem sempre um olhar para o futuro, ao admitir que as operações podem ser de outro modo, já que o passado é irreversível. Como toda expectativa é sediada em um ambiente de incerteza, ela estará sujeita a frustrações. Neste caso, o sistema pode aprender e modificar sua estrutura por meio de novas seleções decorrentes da variação de um, ou mais de um, dos elementos do sistema na tentativa de criar novas expectativas possíveis<sup>590</sup> ou insistir na expectativa anterior<sup>591</sup>.

As contingências que levarão às mudanças no sistema podem se revelar somente no futuro, em face das transformações da sociedade, mas podem decorrer de uma contingência já observada no passado, pois é possível fazer mudanças constitucionais para refletir a demandas que já existiam e eram conhecidas, mas não foram devidamente observadas, ao tempo da manifestação originária do poder constituinte, em razão das contingências existentes no momento. Neste sentido, sempre estará aberta a possibilidade do retorno do poder constituinte, agora exercido por meio de organizações pré-constituídas, para atender às restrições elementares que caracterizam o sistema jurídico como um sistema social que se diferencia a partir da concepção de Estado na modernidade.

Nos próximos itens serão abordados, primeiro, a Assembleia Nacional Constituinte ocorrida no Brasil entre 1º de fevereiro de 1987 e 5 de outubro de 1988, considerando-a como uma organização da sociedade para tomada de decisões no exercício do poder constituinte e, segundo, as comunicações, durante os debates constituintes, que consideraram o sistema de direito internacional relevante para a elaboração do texto constitucional. Pretende-se, assim, demonstrar como a interação do sistema de direito internacional e a Assembleia Nacional Constituinte promoveu, e, eventualmente, não promoveu, a incorporação no texto da Constituição de elementos considerados relevantes para as demandas dos sistemas sociais parciais.

---

<sup>589</sup> NEVES, Op. Cit., 2009, p. 47.

<sup>590</sup> Esta variação em busca da estabilização pelo atendimento das expectativas é o que Luhmann chama de evolução do sistema jurídico: “a *variação* diz respeito aos elementos do sistema; a *seleção* diz respeito às *estruturas*; e a *estabilização* diz respeito à unidade do sistema, que se reproduz autopoieticamente” (LUHMANN, Op. Cit., 2016, p. 323, grifos do original).

<sup>591</sup> SIMIONI, Op. Cit., 2006, p. 47.

## 4.2 A ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE DE 1987-1988 COMO SISTEMA DE ORGANIZAÇÃO DA SOCIEDADE

A história da Constituinte de 1987-1988 no Brasil foi antecedida por uma variedade de episódios relacionados com o desgaste do regime militar que foi instaurado no país em 1964 e que terminou com a convocação de eleição indireta para a Presidência da República no Congresso Nacional. No contexto latino-americano, o fim da ditadura brasileira integrou um movimento de redemocratização na região, que foi assolada por regimes autoritários em países como Chile, Argentina, Uruguai, Peru, El Salvador, Nicarágua, Guatemala e Panamá. No panorama mundial, a Constituinte brasileira situou-se na quadra histórica de derrocada do regime socialista soviético, que culminou no fim da Guerra Fria. É, portanto, um momento de transição de sentidos em diversas perspectivas. Por isso, Raúl Gustavo Ferreyra afirma que “o Direito Constitucional na América do Sul pode dividir-se, terminantemente, antes e depois da Constituição brasileira e seu desenvolvimento dogmático”<sup>592</sup>.

Frustradas as tentativas de se realizar eleições diretas para restabelecer imediatamente o regime democrático, Tancredo Neves, do Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB), foi eleito de forma indireta no Colégio Eleitoral do Congresso Nacional para a Presidência da República, em 1985, derrotando Paulo Maluf, do Partido Democrático Social (PDS), que substituíra a Arena, que era o partido de apoio ao regime militar<sup>593</sup>. No entanto, com a morte prematura de Tancredo Neves, assumiu o Vice-Presidente, José Sarney, que havia sido dos quadros de apoio parlamentar da ditadura, mas, na última hora, migrou para o PMDB para integrar a chapa que terminou vencedora.

Os reclames por uma nova Constituição no Brasil foram lançados em 1971, na Carta Política pela Constituinte, que veio a público no Encontro Nacional do então MDB. Em 1977, um novo manifesto do partido de oposição ao governo militar pediu a convocação da Constituinte. Em 1980, a Ordem dos Advogados do Brasil aderiu ao movimento em sua VIII Conferência Nacional. Já durante o governo José Sarney, a Aliança Democrática promove a convocação da Constituinte no manifesto “Compromisso com a Nação”. Finalmente, em 28 de junho de 1985, o presidente encaminhou ao Congresso Nacional a Mensagem nº 330 propondo a convocação da Assembleia Nacional Constituinte.

---

<sup>592</sup> FERREYRA, Raúl Gustavo. **Manifesto do Estado Constitucional**: Regras fundamentais sobre os Antecedentes e Justificação da Associação Estatal. Trad. Bem Hur Rava. São Paulo : Malheiros, 2018, p. 23.

<sup>593</sup> Para uma síntese detalhada do cenário político da transição do regime ditatorial para a abertura democrática no Brasil, ver ROCHA, Op. Cit., 2013.

A Emenda Constitucional nº 26, de 27 de novembro de 1985, determinou que os membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal reunir-se-iam, unicameralmente, em Assembleia Nacional Constituinte (ANC), livre e soberana, a partir do dia 1º de fevereiro de 1987, na sede do Congresso Nacional. A solução normativa deu margem a críticas de defensores do regime militar, pois, como emenda constitucional, a convocação da ANC não romperia, efetivamente, com a ordem constitucional vigente, que tinha sido estabelecida de forma não democrática nas Constituições de 1967 e 1969<sup>594</sup>. No entanto, a par dos aspectos formais, procedimentalmente a EC nº 26/1985 também foi bastante criticada por estabelecer uma ANC congressual, e não como uma organização com membros próprios, desvinculados da função legislativa<sup>595</sup>.

Com efeito, esta decisão teve grandes implicações sobre a composição e no funcionamento da ANC. Mesmo com o conhecimento prévio de que os deputados e senadores eleitos nas eleições de 15 de novembro de 1986 seriam também membros da ANC, alguns fatores devem ser considerados. O primeiro é que esta solução limitou as candidaturas à filiação dos candidatos a algum partido político que fosse concorrer nas eleições; segundo, consequência desta primeira, os eleitos não seriam escolhidos pelo número absoluto de votos, mas seguindo as regras vigentes da eleição proporcional; terceiro, com o exercício simultâneo das funções legislativa e constituinte, os membros da ANC estariam sujeitos à negociação em duas frentes, o que poderia distorcer o resultado das deliberações constituintes, o que de fato ocorreu; e, quarto, foram incluídos como membros da ANC vinte e três Senadores da República, eleitos indiretamente em 1982, durante o regime militar, os chamados “biônicos”, que não foram eleitos formalmente para atuarem como constituintes.

Um exemplo dos problemas proporcionados pela confusão das funções foi a questão do tempo de mandato do Presidente José Sarney. Pelas regras da Constituição em vigor no momento da eleição, em 1985, o mandato seria de seis anos. Contudo, como a eleição foi indireta, Tancredo Neves havia assumido o compromisso de governar por apenas

---

<sup>594</sup> Esta posição foi sustentada por defensores de uma constituinte controlada pelo regime constitucional vigente, como, por exemplo, FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O poder constituinte**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 168-170. Rocha afirma que esta era uma posição dos que estavam “alarmados pelos riscos do ‘todo poder à Constituinte’ (ROCHA, Op. Cit., 2013, p. 74). Ferreira Filho afirma que “inexistiu a ruptura revolucionária que normalmente condiciona as manifestações do Poder Constituinte originário”, o que tornaria a Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988 poder constituinte derivado (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 34ª ed. São Paulo : Saraiva, 2008, p. 31-32).

<sup>595</sup> Neste mesmo sentido, PEREIRA, Moacir. **O Poder Constituinte**. Florianópolis : Lunardele, 1986; SARMENTO, Daniel. “21 Anos da Constituição de 1988: a Assembleia Constituinte de 1987/1988 e a Experiência Constitucional Brasileira sob a Carta de 1988” em **DPU**, nº 30, Nov-Dez/2009, pp. 7-41, p. 11, e BARROSO, Luís Roberto. “Vinte Anos da Constituição Brasileira De 1988: o Estado a que chegamos”, publicado na Internet em [https://www.migalhas.com.br/arquivo\\_artigo/art20081127-03.pdf](https://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20081127-03.pdf), acessado em 02.12.2018.

quatro anos e convocar eleições diretas, compromisso que foi reafirmado por José Sarney em seu discurso posse. Pressionado pela oposição a cumprir sua palavra, por um lado, mas amparado pela norma vigente, por outro, o Presidente optou por seguir o caminho do meio e, em novo pronunciamento à nação, pela televisão, propôs que o seu mandato durasse cinco anos<sup>596</sup>. Esta decisão, logicamente, deveria ser tomada pelo Congresso Nacional, eleito em 1986, levando em consideração tanto a Constituição então vigente, como as circunstâncias do “hiato constitucional”, uma vez que o poder constituinte originário havia sido convocado. Porém, o fato de serem os mesmos membros atuando nas duas situações influenciou diretamente nos trabalhos da ANC e o tempo de mandato em vigor do Presidente da República foi objeto de discussões, negociações e ajustes políticos durante todo o processo constituinte<sup>597</sup>.

Outro exemplo de como a confusão entre o Congresso Nacional e a ANC se operava pode ser encontrado na observação de Adriano Pilatti, no sentido de que o processo decisório se caracterizou pelo “uso intensivo de instrumentos formais do processo legislativo, tanto em sua atuação propositiva (formação de coalizões para aprovação de propostas), como em sua atuação reativa (formação de coalizões de veto)”<sup>598</sup>. Assim, foi percebida uma migração das estratégias e métodos da política convencional realizada no Congresso Nacional para os procedimentos de tomada de decisão na ANC.

Mesmo com essas críticas, a ANC começou seus trabalhos em 1º de fevereiro de 1987, em sessão presidida pelo Ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal José Carlos Moreira Alves. A conjuntura socioeconômica do Brasil influenciou na composição da organização, pois as eleições do ano anterior ocorreram sob os primeiros efeitos do Plano Cruzado adotado pelo governo José Sarney em 1986, que declarou a moratória da dívida externa e controlou, temporariamente, a hiperinflação<sup>599</sup>. A inconsistência das medidas macroeconômicas, no entanto, evidenciou-se no decorrer dos vinte meses de funcionamento

---

<sup>596</sup> José Sarney contou, em entrevista a Luiz Maklouf Carvalho, que se baseou no general Eurico Gaspar Dutra, que assumiu a presidência do país em janeiro de 1946 e teria seis anos de mandato pela Constituição do Estado novo, de 1937, mas, na Constituinte de 1946, abriu mão de um ano, o que foi bem recebido à época. O próprio José Sarney se disse arrependido de ter feito o pronunciamento. (CARVALHO, Luiz Maklouf. **1988: segredos da constituinte**: os vinte meses de agitaram e mudaram o Brasil. Rio de Janeiro : Record, 2017, p. 45-46). Rocha afirma que a “longa sombra” da Presidência da República também atuou sobre os trabalhos da ANC na defesa do presidencialismo como forma de governo contra as propostas de parlamentarismo (ROCHA, Op. Cit., p. 71).

<sup>597</sup> De acordo com Luiz Maklouf Carvalho, a discussão sobre se o mandato em vigor do Presidente deveria ser de quatro ou de cinco anos dominou a Constituinte do começo ao fim. O constituinte Jorge Bornhausen chegou a afirmar, em sua entrevista, que a Constituinte “foi muito aviltada pela disputa dos quatro ou cinco anos de mandato, que era menos importante”, o que teria tirado o foco da sociedade para a votação de temas mais relevantes (CARVALHO, Op. Cit., p. 17 e p. 373).

<sup>598</sup> PILIATTI, Adriano. Op. Cit., 2016, p. 4. Ver, também Rocha, Op. Cit., 2013, p. 71-72.

<sup>599</sup> Neste sentido, CARVALHO, Op. Cit., p. 18, ROCHA, Op. Cit., 2013, p. 68 e PILIATTI, Op. Cit., 2016, p. 3

da ANC, o que representou um desgaste tanto para a Presidência, quanto para os quadros políticos mais conservadores que a apoiavam. A ANC foi composta por quinhentos e cinquenta e nove constituintes, sendo quatrocentos e oitenta e sete deputados e setenta e dois senadores, entre eles os vinte e três “biônicos”. O PMDB tinha uma bancada de duzentos e noventa e oito deputados, o que representa 53,3% do total. No entanto, uma debandada de membros do partido, em junho de 1988, criou o Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB), o que serve para medir a inconsistência do alinhamento ideológico do maior partido da ANC<sup>600</sup>. O perfil ideológico foi medido pelo jornal Folha de São Paulo, que indicou que 32% eram de centro; 24%, centro-direita; 23%, centro-esquerda; 12%, direita; 9% esquerda<sup>601</sup>.

É importante ressaltar que, antes da instalação da ANC, o Presidente José Sarney havia criado a Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, em julho de 1985, para elaborar o anteprojeto de Constituição. O resultado dos trabalhos da Comissão, presidida pelo professor Afonso Arinos, foi publicado em setembro de 1986. O Presidente da ANC, Ulysses Guimarães, no entanto, não o utilizou, preferindo que a elaboração do texto ficasse integralmente ao encargo dos constituintes.

A primeira questão a ser discutida na ANC foi o seu regimento interno. Venceu a proposta que estruturou a ANC para funcionar como uma organização para a tomada de decisões acerca de temas de relativos aos diversos sistemas sociais parciais da sociedade em oito comissões temáticas, cada qual com três subcomissões. As comissões temáticas foram as seguintes:

I – Comissão de Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher; II – Comissão da Organização do Estado; III – Comissão da Organização dos Poderes e Sistema de Governo; IV – Comissão da Organização Eleitoral, Partidária e Garantia das Instituições; V – Comissão do Sistema Tributário, Orçamento e Finanças; VI – Comissão da Ordem Econômica; VII – Comissão da Ordem Social; e VIII – Comissão da Família, da Educação, Cultura e Esportes, da Ciência e Tecnologia e da Comunicação.<sup>602</sup>

<sup>600</sup> Além do Presidente da República, o PMDB elegeu, em 1986, 26 dos 27 governadores de Estado, e Ulysses Guimarães, Presidente do Partido, era também Presidente do Congresso e da ANC.

<sup>601</sup> Caderno “Quem é quem na Constituinte”, publicado pelo jornal **Folha de São Paulo**, em 19 de janeiro de 1987. Outros partidos com representação na ANC foram o Partido da Frente Liberal (PFL), com 133 constituintes, o Partido Democrático Social (PDS), com 38, o Partido Democrático Trabalhista (PDT), com 26, o Partido Trabalhista Brasileiro (PTB), com 19, o Partido dos Trabalhadores, com 16, o Partido Liberal (PL), com 7, o Partido Comunista Brasileiro (PCB), com 7, o Partido Comunista do Brasil (PCdoB), com 7, o Partido Democrata Cristão (PDC), com 6, e o Partido Socialista Brasileiro (PSB), com 2. Ressalte-se que foram apenas 26 mulheres constituintes.

<sup>602</sup> A composição das comissões e subcomissões (presidentes e relatores) pode ser vista no Anexo I.

O procedimento definido conforme o Regimento Interno previa uma primeira etapa em que cada uma das subcomissões temáticas deveria encaminhar uma proposta de texto. Na segunda etapa, as vinte e quatro propostas decididas nas subcomissões seguiriam para a Comissão de Sistematização, composta por noventa e três constituintes, que foi presidida pelo Senador Afonso Arinos (PFL-RJ) e relatada pelo Deputado Federal Bernardo Cabral (PMDB-AM). Utilizando a medida de perfil ideológico proposta pela Folha de São Paulo, a composição da Comissão de Sistematização a localizava mais à esquerda da média da ANC, e a sua forma de trabalho caracterizava-se pela atribuição de um amplo poder ao relator<sup>603</sup>. O projeto aprovado pela Comissão de Sistematização iria ao plenário para ser votado em dois turnos. Essa última fase causou a rebelião do chamado Centro Democrático, vulgo “Centrão”, que reuniu a parte mais conservadora da ANC, pois o Regimento Interno previa que era necessária maioria absoluta (isto é, duzentos e oitenta votos) para rejeitar o texto proposto pela Comissão de Sistematização. No dia 10 de novembro, a articulação conservadores apresentou trezentas e quatorze assinaturas para reivindicar uma mudança no Regimento, invertendo o ônus do quórum, o que foi aprovado em 3 de dezembro de 1987. Em 27 de janeiro começaram as votações no plenário, encerrando em 2 de setembro de 1988, passando, a seguir, à Comissão de Revisão. Considerando todas as votações nas subcomissões, comissões e no plenário, o procedimento da ANC contou com um total de um mil e vinte votações até se chegar à aprovação final do texto, promulgado em 5 de outubro de 1988. Foram, no total, trinta e quatro foros de decisão, o que reflete a enorme complexidade resultante de todas as operações ocorridas até se chegar ao resultado final.

A ANC, como um sistema de organização, teve suas operações orientadas pela sua função. Mesmo possuindo uma estrutura hierárquica, indo dos constituintes sem cargo até o presidente, as atividades não são realizadas com foco no cumprimento de ordens superiores, mas sim voltadas para o cumprimento de uma orientação funcional. Isso significa que a função se mantém como orientação apesar das mudanças e flutuações ocorridas no ambiente. A orientação funcional serve como orientação para a decisão a ser tomada, considerando a programação existente e o ambiente em que se insere.<sup>604</sup>

De acordo com Teubner, a organização representa um sistema de ação autônomo e independente, que se reproduz a si próprio através da ligação circular de decisões organizacionais. Essa “rede decisional” toma por ponto de referência a estrutura racional finalística da organização, o que significa, primeiramente, a reprodução autopoiética e,

---

<sup>603</sup> SARMENTO, Op. Cit., p. 21.

<sup>604</sup> SIMIONI, Op. Cit., 2006, p. 170.

depois, as estratégias de racionalização adotadas, isto é, fins da organização, relação meios-fins, instruções hierárquicas, expectativas informais, etc.<sup>605</sup>

Como a complexidade não pode ser compreendida em seu todo, faz-se necessária uma cisão por meio da delimitação de um campo de observação que permita estabelecer uma diferenciação suficiente para a compreensão da relação entre o sistema do direito internacional e a ANC. Para fins desta pesquisa, serão analisados no próximo item apenas os debates ocorridos nas subcomissões que, por sua temática, possuem uma conexão maior com a sociedade mundial, notadamente a Comissão de Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher (Comissão I), composta da Subcomissão da Nacionalidade, da Soberania e das Relações Internacionais; da Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais; e da Subcomissão dos Direitos Políticos, dos Direitos Coletivos e Garantias. A abordagem direcionada exclusivamente para as audiências públicas não ignora a variedade de fatores que interferiram nas decisões que foram tomadas<sup>606</sup>, muitos deles até hoje desconhecidos, porque não revelados. Já outros, como as estratégias de ação política intra e extrapartidária, muito bem trabalhados em obras recentes, como a de Adriano Pilatti<sup>607</sup> e de Luiz Maklouf Carvalho<sup>608</sup>, não contribuíram para as conclusões desta tese.

O ingresso de determinados assuntos na Constituição, e o não ingresso de outros, decorre do mecanismo de seleção utilizado pelo sistema jurídico com o objetivo de reduzir a complexidade das relações comunicativas da sociedade mundial. A juridicização por meio da constitucionalização dos elementos dos sistemas sociais parciais serve para filtrar os diversos sentidos contingencialmente incompatíveis entre si que, no sistema jurídico, estabilizam-se em uma semântica rígida. A partir daí, na comunicação jurídica, eles estarão sujeitos a um discurso que faz sempre referência a si mesmo, isto é, que tem como pressupostos seus próprios discursos precedentes<sup>609</sup>. Por outro lado, como se viu acima, as

---

<sup>605</sup> TEUBNER, Günter. “‘Unitas Multiplex’: A Organização do Grupo de Empresas como exemplo”, em **Revista Direito GV**, v. 1, n. 2, 2005, pp. 77-110, p. 86.

<sup>606</sup> Rocha aponta que, nos trabalhos das subcomissões, “vivia-se, de início, a fase da ‘Constituinte popular’, resultante de um arcabouço de funcionamento altamente descentralizado, consagrado pelo regimento interno da ANC, ensejando e trazendo para o interior do Congresso a participação de vasto rol de atores extraparlamentares: movimentos sociais os mais diversos, frenética atividade de *lobbies* e acutilante pressão dos interesses organizados sobre os legisladores”. Com a criação do “Centrão”, Rocha aduz que “o novo bloco levaria o Congresso à fase da ‘Constituinte Partidária’. Aí, perderiam nitidez os alinhamentos ideológicos e as demandas corporativas da fase anterior, e os acordos demandariam laboriosas e exaustivas negociações entre os principais líderes de partidos”. (ROCHA, Op. Cit., 2013, p. 70-71). No mesmo sentido, Carvalho aponta que “em sua primeira fase, a Constituinte foi uma festa cívica. As comissões ouviram, em audiências públicas, perto de mil depoentes: de ministros a índios (muitos índios); de governadores a representantes de minorias organizadas (dezenas deles); de sindicalistas a intelectuais da academia” (CARVALHO, Op. Cit., 2017, p. 22).

<sup>607</sup> PILIATTI, Op. Cit., 2016.

<sup>608</sup> CARVALHO, Op. Cit., 2017.

<sup>609</sup> SIMIONI, Op. Cit., 2006, p. 11.



decisões de não ingresso no sistema jurídico de demandas operacionais dos outros sistemas sociais parciais criam situações de perigo para quem está sujeito aos seus efeitos concretos, o que só poderá ser resolvido por meio da abertura cognitiva existente na programação do próprio sistema jurídico constitucional. Enquanto isso não ocorre, as irritações provenientes do entorno continuaram a ser observadas no sistema jurídico, provocando novas decisões no sentido de manter suas operações ou de modifica-las<sup>610</sup>.

Portanto, partindo dos temas que foram levantados nos debates constituintes por professores, profissionais, cientistas, diplomatas, agente do Estado e outros, a ANC funcionou como um complexo sistema de organização voltado para mediar comunicativamente a integração dos sistemas sociais parciais com o sistema jurídico. A ampla participação da sociedade civil, com a apresentação de centenas de propostas de emendas visou garantir a máxima inclusão social no processo, o que é essencial para a legitimidade política do resultado, conforme propõe a “formula constitucional” de Chris Thornhill<sup>611</sup>. Ademais, a presença das pessoas no Congresso Nacional<sup>612</sup> abriu canais de comunicação simbolicamente generalizada que amplificaram os ruídos da sociedade, permitindo até mesmo a manifestação dos “excluídos” do sistema na luta pela inclusão valendo-se do discurso dos direitos humanos como medium. As audiências públicas realizadas pelas vinte e quatro subcomissões na primeira fase dos trabalhos da ANC estruturaram a comunicação de maneira a permitir que decisões jurídicas fossem tomadas com melhor conexão com a policontextualidade do ambiente sociológico<sup>613</sup>.

Assim, a relação entre o sistema de direito internacional e a ANC se dá por meio de conceitos elementares de comuns a ambos os sistemas que irão orientar as decisões que darão forma ao texto constitucional. Por meio de conceitos do paradigma da coexistência como “soberania”, “independência”, “autodeterminação dos povos” e “não intervenção”, o sistema de direito internacional relembra o sistema jurídico estatal de seus direitos e deveres decorrentes da condição de sujeito de uma ordem normativa que estrutura o entorno interno do sistema de direito internacional e que se encontra funcionalmente operante. Como o Estado segue participando da comunidade internacional durante a transição constitucional, o binômio

---

<sup>610</sup> Neste sentido, Alberto Febbrajo afirma que “being itself a social system, every procedure has a normative structure that selects what is relevant and what is not relevant, what is inside and what is outside the legal system, allowing for stabilized innovations also at the level of material constitutions” (FEBBRAJO, Alberto. “Constitutional Orders?” em **Revista Direito Mackenzie**, v. 11, n. 1, 2017, pp. 11-51, p. 33).

<sup>611</sup> THORNHILL, Op. Cit., 2014, p. 364, já referido acima.

<sup>612</sup> Carvalho aponta que foram quase mil depoimentos nas audiências públicas das comissões temáticas, inclusive muitos índios, representantes de minorias organizadas. Algumas subcomissões chegaram a mandar comitivas para diversas regiões do país (CARVALHO, Op. Cit., 2017, p. 22).

<sup>613</sup> SIMIONI, Op. Cit., 2006, p. 19.

sujeito/não sujeito aparecerá como uma restrição para o exercício do poder constituinte, já que estes conceitos são estruturantes da própria manifestação do poder constituinte e inclusão deles no texto implica, correlatamente, a autoimplicação do Estado com os deveres internacionais resultantes de sua participação como sujeito na comunidade internacional.

O sistema de direito internacional interage ainda com a ANC por meio de conceitos ligados ao binômio cooperação/não cooperação como estímulos à elevação do grau de adesão do sistema constitucional em construção às demandas mundializadas surgidas no ambiente social. Muitas das manifestações ocorridas nas audiências públicas das subcomissões da ANC se referiram a estes conceitos e levantaram questões relacionadas à oportunidade de se adotar no texto constitucional um maior, ou menor, grau de cooperação do Estado nas operações recursivas do sistema de direito internacional. Por um lado, a partir de conceitos como direitos humanos, patrimônio da humanidade, direito ambiental, comércio internacional e segurança internacional, os Estados foram estimulados a aumentar o seu envolvimento com o sistema de direito internacional. Por outro lado, na contramão de um maior envolvimento nos processos cooperativos, conceitos relacionados à economia e ao sistema financeiro internacional foram utilizados para restringir, ou limitar, a participação do Estado em situações que poderiam trazer implicações com riscos de comprometer sua independência e autodeterminação.

Em qualquer dos casos, a relação entre o sistema de direito internacional e a ANC é sempre heterárquica, na medida em que um não subordina o outro, mas se valem de conceitos reconhecidos em ambos como meios de comunicação para produzir as decisões que irão estruturar o acoplamento entre direito e política na forma de Constituição. As decisões tomadas na ANC implicaram em novas programações no sistema jurídico constitucional, que ampliaram as expectativas em relação à atuação do Brasil na cooperação internacional em temas relevantes, como a proteção dos direitos humanos. Por outro lado, por vezes, a tomada de decisão foi no sentido contrário, seja porque fatores observáveis de dentro do sistema jurídico levaram ele a se proteger de riscos, como, por exemplo, no caso da necessidade de aprovação pelo Congresso Nacional de tratados que representem compromissos gravosos para o patrimônio nacional, seja porque fatores que não podem ser observados em uma observação de primeira ordem interferiram no processo constituinte, criando situações de risco para o sistema jurídico. Estas questões serão tratadas no item a seguir, quando são analisados os debates constituintes nas audiências públicas das subcomissões da Comissão I, bem como o reflexo dessas comunicações no texto constitucional e em sua interpretação posterior.

### 4.3 O DIREITO INTERNACIONAL NA ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE NO BRASIL ENTRE 1987-88: RUÍDOS DA SOCIEDADE MUNDIAL

Durante a primeira fase da Constituinte, que vai de sua instalação, em 1º de fevereiro, até a conclusão dos trabalhos das comissões temáticas, em 12 de junho de 1987, o Diário Oficial da União publicou no suplemento Diário da Assembleia Nacional Constituinte todas as manifestações realizadas nas audiências das comissões e subcomissões, o que permite conhecer a opinião de especialistas, professores, cientistas, pessoal do governo e dos próprios constituintes acerca dos temas de cada subcomissão. É neste material que se pretende buscar demonstrações empíricas dos influxos dos sistemas sociais parciais no processo de refundação constitucional brasileiro por meio de debates em torno do direito internacional.

Como se pode concluir das discussões levadas a cabo nas audiências, as questões da mundialidade dos sistemas sociais funcionalmente diferenciados repercutem nos debates constituintes mediados por temas relacionados à ordem internacional. É interessante perceber que, em alguns assuntos atinentes à relação entre o direito internacional e o direito interno, o resultado dos debates refletido no texto constitucional terminou por criar situações de colisão intra e interssistêmica, como em relação à denúncia de tratados e à eficácia dos tratados sobre direitos humanos. Nestes casos, as irritações emanadas da sociedade exigiram inovações nas operações jurídicas, por meio de emendas constitucionais ou de decisões judiciais, que promoveram a evolução do sistema jurídico interno.

Em outras situações, as demandas dos sistemas sociais parciais foram debatidas em uma perspectiva de promover a inserção do Brasil na sociedade mundial em matéria de cultura, tecnologia, ciência, meio ambiente, defesa militar, meios de comunicação e, principalmente, economia, quando as questões relativas à soberania se mostraram mais sensíveis. É importante recordar que, ao final do regime militar, a dívida externa brasileira era motivo de grandes preocupações e afetava diretamente a política econômica interna. Neste sentido, havia na ANC um sentimento generalizado de que a vinculação às entidades financeiras internacionais representava um déficit de independência, logo, manifestava-se a intenção de criar na Constituição mecanismos que garantissem a soberania nacional e a liberdade de autodeterminação.

Para fins desta pesquisa, serão considerados apenas os debates ocorridos nas audiências públicas das subcomissões da Comissão I, sobre Soberania e Direitos e Garantias do Homem e da Mulher. O recorte se justifica por se tratar de uma comissão que trata de diversos assuntos em conexão com a sociedade mundial e, mais especificamente, com o

sistema de direito internacional, tanto no paradigma da coexistência, quanto no modelo de cooperação. A dinâmica das subcomissões é organizada de maneira que um convidado apresenta uma fala inicial e, depois, são abertas as perguntas a serem formuladas pelos constituintes, que são respondidas pelo convidado.

#### **4.3.1 Subcomissão da Nacionalidade, da Soberania e das Relações Internacionais**

Em um ponto dos debates, Paes Landim, advogado, professor e político brasileiro, defendeu a construção de órgãos extrajudiciais, também chamados de intersindicais, para a resolução de conflitos no âmbito dos direitos trabalhistas. Ele orientou-se pela recomendação da Organização Internacional do Trabalho (OIT), no sentido de que deveria haver sindicatos compostos por empregados e empregadores para que possam ser resolvidos os conflitos trabalhistas, deixando a Justiça do Trabalho como *ultima ratio*. Nesse sentido afirmou o Constituinte:

Refiro-me à resposta de V. Ex.<sup>a</sup> sobre os órgãos extrajudiciários e ao que o colega Michel Temer falou sobre o órgão intersindical, o que possibilitaria uma composição - no meu entender, bipartite - entre empregados e empregadores, que tentariam a conciliação, quer dizer, desbloquearia a Justiça do Trabalho desse impressionante acúmulo de processos e reclamações que recebe diariamente.

Acho que mesmo essa representação extrajudicial ou intersindical é recomendação, aliás, antiga. Desde 1961, a Organização Internacional do Trabalho já recomendava essas composições entre sindicatos de empregados e empregadores para resolverem seus conflitos, enviando processo à Justiça do Trabalho somente em última instância.

Concordo com o ilustre colega Michel Temer em que essas decisões intersindicais bipartites entre empregados e empregadores têm de ser uma instância definitiva- senão perdem a razão de ser. Mas parece-me que tudo isso se desenvolve no contexto geral da tutela que o Estado exerce sobre os sindicatos em nosso País. Quer dizer, toda a legislação trabalhista é corporativista. [...]

Então, essencialmente, para oxigenar a Justiça do Trabalho é preciso, primeiro, liberar o sindicalismo das amarras do corporativismo que o envolvem. A liberdade sindical tem de ser uma condição *sine qua non*. Temos de libertar o sindicato da tutela do Estado.

Acho que um dispositivo constitucional pelo qual teríamos que lutar nesta Carta Magna seria exatamente o que determine a liberdade da associação sindical, sem aquela expressão "na forma que a lei determinar", para evitar que, depois, o legislador ordinário se desvie do objetivo fundamental deste princípio.<sup>614</sup>

<sup>614</sup> BRASIL, República Federativa do. Diário Oficial da União. Suplemento Diário da Assembleia Nacional Constituinte, Reunião da Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público, 14 de abril de 1987, página 127.

É de se observar como a recomendação da OIT foi considerada com um grau elevado de autoridade na matéria em discussão. Evidencia-se, nesta passagem, como a comunicação produzida por meio das organizações internacionais repercute nas decisões tomadas nos Estados, ao gerar novas expectativas possíveis de estruturação do sistema jurídico. Por outro lado, as decisões tomadas no campo dos direitos trabalhistas interferem diretamente nas operações econômicas, o que pode explicar a tensão dos debates neste assunto.

Em outra passagem, Celso Albuquerque de Mello revelou a percepção da existência de uma transversalidade racional constitucional ao propor que fosse incluído na Constituição Federal do Brasil um princípio de política externa: a Coexistência Pacífica, seguindo diretriz do direito alemão (art. 26, I da Lei Fundamental de Bonn):

Eu faria uma contraproposta ao eminente Deputado Sarney Filho, para aproveitar a ideia de S. Ex.<sup>a</sup> por que não incluir-se na Constituição, entre os princípios de política externa, o princípio da coexistência pacífica? A primeira vista, dirão que é um princípio de origem soviética. Não vou negar que a União Soviética foi quem o divulgou. Mas gostaria de pedir a atenção dos Srs. Constituintes para dois fatos curiosos: um é a Lei Fundamental de Bonn, na Alemanha Ocidental, de 1949, que no art. 26, inciso I, diz: "Os atos que são de natureza a perturbar a coexistência pacífica dos povos, e que são realizados nesta intenção, em particular os atos que preparam uma guerra de agressões, são inconstitucionais"<sup>615</sup>.

Novamente, de acordo com Celso Albuquerque de Melo, deveria caber ao Poder Legislativo o controle das tropas nacionais que sejam enviadas ao exterior, com base no entendimento da Organização das Nações Unidas (ONU). Ele sustentou que:

Mas, na realidade, parece-me que a melhor posição seria colocar o controle do legislativo sempre que houvesse tropas a serem enviadas ao exterior, seja para guerra, para conflitos armados internacionais, para as chamadas ações de polícia, seja para supervisão de tréguas, como a ONU usa, ou supervisão de armistícios<sup>616</sup>.

Esta manifestação foi na direção da construção de um Estado Constitucional Cooperativo, como proposto por Häberle, que assume compromissos na comunidade internacional com vistas a proporcionar a melhora das condições de existência da humanidade. O reconhecimento do papel da ONU nos casos de conflitos armados,

---

<sup>615</sup> BRASIL, República Federativa do. Diário Oficial da União. Suplemento Diário da Assembleia Nacional Constituinte, Reunião da Subcomissão da Nacionalidade, da Soberania e das Relações Internacionais, 28 de abril de 1987, página 05.

<sup>616</sup> BRASIL, República Federativa do. Diário Oficial da União. Suplemento Diário da Assembleia Nacional Constituinte, Reunião da Subcomissão da Nacionalidade, da Soberania e das Relações Internacionais, 28 de abril de 1987, página 05.

internacionais ou não, também contribui para uma percepção do Estado dos limites do uso da força em conformidade com os parâmetros estabelecidos no sistema de direito internacional.

O professor Vicente Marotta Rangel propôs uma correção no termo “mar patrimonial” apresentado no projeto de artigos, pois já àquela época esse conceito era de ordem internacional, indiscutivelmente conhecido e abordado como “zona econômica exclusiva”.

Porque quando dizemos, por exemplo, na Constituição, que pertence à União o mar patrimonial - como diz, por exemplo, o anteprojeto Afonso Arinos - ele introduz um conceito que tem reflexo na ordem internacional. Não vou me alongar na crítica a dispositivos concernentes ao que propõe o anteprojeto da Comissão Afonso Arinos, em relação ao tema versado no art. 4º da Emenda Constitucional nº 1, mas gostaria de, por exemplo, citar que a expressão "mar patrimonial" é inteiramente desajeitada, anacrônica. Falar em patrimonial, hoje, na Constituição brasileira, realmente não tem sentido. Como é sabido, o conceito foi substituído por outro, próprio, específico, embora radicado no conceito histórico de mar patrimonial. Hoje não se fala mais em mar patrimonial. Evidentemente, fala-se em zona econômica exclusiva<sup>617</sup>.

Neste ponto, o professor Marotta Rangel remeteu à Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, assinada em 1982, em Montego Bay, na Jamaica, a descrição dos conceitos que integrariam o texto constitucional de forma a evitar ruídos de comunicação nas relações internacionais com os demais Estados. É justamente este um ponto crucial de restrição provocado pelas normas de coexistência que são estabelecidas no sistema de direito internacional. Como a relação é heterárquica, nada impediria que fosse mantida no texto final a expressão “mar patrimonial”. Porém, isso criaria riscos para o Estado que, ao interagir na sociedade mundial, acabasse se sujeitando à jurisdição internacional, que se manifesta por meio dos programas e operações do sistema de direito internacional. Neste sentido, o artigo 20 da Constituição refletiu o conceito conforme descrito na norma internacional e estabeleceu que “são bens da União (...) V - os recursos naturais da plataforma continental e da zona econômica exclusiva”; o parágrafo primeiro do mesmo dispositivo constitucional assegurou a participação do Estado nos resultados da exploração da zona econômica exclusiva.

Carlos Roberto de Siqueira Campos considerou que, assim como havia sido feito na Constituição da Espanha, a Constituição Federal do Brasil deveria estabelecer um Estado Social e Democrático de Direito. Neste sentido é afirmado:

---

<sup>617</sup> BRASIL, República Federativa do. Diário Oficial da União. Suplemento Diário da Assembleia Nacional Constituinte, Reunião da Subcomissão da Nacionalidade, da Soberania e das Relações Internacionais, 28 de abril de 1987, página 08.

Por esta razão é que as constituições contemporâneas, comprometidas sinceramente com uma social democracia, preconizam a ideia da enunciação de um Estado social e democrático de Direito, como faz a Constituição da Espanha, a título de exemplo, uma constituição belíssima promulgada em 1978, que estabelece no art. 1º: A Espanha se constitui num Estado social e democrático de Direito, que propugna como valores superiores do seu ordenamento jurídico a liberdade, a justiça, a igualdade e o pluralismo político.

Por que Estado social e democrático de Direito? Porque esta alocação sugere de forma muito veemente, muito candente, a ideia de que a legalidade estatal deve estar associada aos propósitos do avanço social e democrático. Isto, mais do que nunca, é necessário em nosso País, na quadra de evolução histórica que estamos a viver.<sup>618</sup>

A manifestação de Siqueira Castro mais uma vez revela a racionalidade transversal percebida na observação de textos constitucionais de outros Estados. No caso específico, o professor aduziu que as constituições contemporâneas teriam uma tendência à adoção de regimes social-democráticos, compartilhando valores (princípios) comuns. É, assim, perceptível como o transconstitucionalismo perpassou pelos trabalhos da ANC.

Na 1ª Reunião de Audiência Pública da Subcomissão da Nacionalidade, da Soberania e das Relações Internacionais, em 22 de abril de 1987, foi ouvido o Embaixador Paulo Tarso Flecha de Lima, que deu contribuições no sentido de manifestar a importância da participação do país nos processos de cooperação internacional. O Embaixador levou aos constituintes a preocupação do Poder Executivo em construir um “prestígio internacional”:

Nossa capacidade de mobilização regional é, também, um fator muito importante. Nesse sentido eu gostaria de me referir – na sequência de meus pensamentos eu a omiti – à nossa crescente presença multilateral, que é, também, demonstrativa do novo perfil brasileiro. É a nossa presença nas Nações Unidas, a nossa presença no Tratado da Antártida -, no GATT e nas mais variadas formas de cooperação multilateral. No atual Governo, por exemplo, já há iniciativa do Presidente Sarney de estabelecer, no Atlântico Sul, uma zona de paz e de cooperação. A acolhida que essa iniciativa obteve nos foros internacionais é por si só, demonstrativo da alta credibilidade e do elevado prestígio brasileiro.<sup>619</sup>

O Embaixador reforçou, assim, a importância da participação do Brasil no multilateralismo e da tomada de iniciativas no âmbito internacional. Na discussão sobre a neutralidade nas relações internacionais, a tradição internacional brasileira também foi lembrada pelo Embaixador:

<sup>618</sup> BRASIL, República Federativa do. Diário Oficial da União. Suplemento Diário da Assembleia Nacional Constituinte, Reunião da Subcomissão da Nacionalidade, da Soberania e das Relações Internacionais, 30 de abril de 1987, página 20.

<sup>619</sup> BRASIL, República Federativa do. Diário Oficial da União. Suplemento Diário da Assembleia Nacional Constituinte, Reunião da Subcomissão da Nacionalidade, da Soberania e das Relações Internacionais, 01 de maio de 1987, página 11.

De modo que, para ser preciso na minha resposta, acho que seríamos fieis à nossa tradição, projetaríamos um perfil construtivo, positivo, e daríamos um saudável exemplo de convívio internacional se nos atvéssemos a esses dois princípios a que me referi. Não precisaríamos chegar uma definição de neutralidade, que poderia até mesmo conflitante com a nossa participação nas Nações Unidas.<sup>620</sup>

No plano político, o Poder Executivo manifestou uma preocupação em não se adotar, na Constituição, um texto que entre em conflito com conduta tradicional da diplomacia brasileira nos fóruns internacionais. Na opinião de Flecha de Lima, a Constituinte teria, em termos de relações internacionais, dois desafios:

O primeiro seria estabelecer e reiterar princípios que, incorporando o melhor da nossa tradição, dê em sinal claro da nossa boa disposição de convívio pacífico e amigável com todos os países. Nesse sentido, as normas por exemplo, como a proibição de guerra de conquista, recurso obrigatório a meios pacíficos para soluções de controvérsias, são normas que transcendem muitos dos princípios meramente retóricos e que representam o verdadeiro perfil internacional do País.<sup>621</sup>

O segundo desafio, de acordo com o Embaixador, seria o aprimoramento do diálogo entre o executivo e o legislativo para se garantir um “controle efetivo sobre atos que tenham efeito político real sobre a inserção internacional do Brasil”. A preocupação era com a agilidade da política externa, sem comprometer a participação do parlamento. Ele defendeu, assim, a adoção na constituição de atos meramente executivos, que dispensassem a aprovação no Congresso, o que terminou por não vingar no texto final da Constituição. A fala do Embaixador revela um conflito velado entre os poderes executivo e legislativo em matéria de política internacional, o que o levou a dizer ter uma “alma democrática” e que “não é mera obrigação profissional este diálogo com o Legislativo, ele é aceito pela nossa corporação [o Itamaraty] com naturalidade e como uma necessidade de entendimento”<sup>622</sup>.

Questionado pelo Constituinte Roberto D’Ávila se deveria ser inserido no texto constitucional algum dispositivo sobre o endividamento externo brasileiro, o Embaixador respondeu que “a questão da dívida como um todo deve fazer parte do processo de controle

---

<sup>620</sup> BRASIL, República Federativa do. Diário Oficial da União. Suplemento Diário da Assembleia Nacional Constituinte, Reunião da Subcomissão da Nacionalidade, da Soberania e das Relações Internacionais, 01 de maio de 1987, página 10.

<sup>621</sup> BRASIL, República Federativa do. Diário Oficial da União. Suplemento Diário da Assembleia Nacional Constituinte, Reunião da Subcomissão da Nacionalidade, da Soberania e das Relações Internacionais, 01 de maio de 1987, página 10.

<sup>622</sup> BRASIL, República Federativa do. Diário Oficial da União. Suplemento Diário da Assembleia Nacional Constituinte, Reunião da Subcomissão da Nacionalidade, da Soberania e das Relações Internacionais, 01 de maio de 1987, página 10.



do Legislativo sobre o Executivo, mais como um dado de política econômica do que propriamente uma questão específica da dívida”<sup>623</sup>.

Em outra passagem, o Embaixador Flecha de Lima manifesta restrições à ideia de se constar no texto constitucional a condição de neutralidade, proposta pelo Constituinte Sarney Filho:

Somos membros das Nações Unidas. Há, na Carta das Nações Unidas, um conjunto de regras que estabelece, em determinadas circunstâncias, formas jurídicas de aplicar as sanções hierárquicas e distintas contra determinados países. Se tivéssemos uma norma constitucional que nos impedisse de ter esta responsabilidade, talvez nos auto-excluíssemos de um processo internacional do qual somos parte e do qual dificilmente poderemos ficar ausentes, em função dos pontos a que me referi anteriormente, ou seja, da nossa própria inserção internacional. Temos o exemplo muito evidente de um país neutro, a Suíça. Foi neutralizado há alguns séculos e, por isso mesmo, está colocada em posição de não-participação numa série de organismos e expressões de cooperação internacional.<sup>624</sup>

O constituinte Luiz Viana Neto perguntou ao Embaixador se

Algum princípio de Direito Internacional, tendo escapado aos textos anteriores ou vindo a ser incorporado ao texto que vamos redigir, poderá ser um fator positivo na construção deste Brasil novo e para cuja construção o Itamaraty tem tido um papel fundamental?<sup>625</sup>

Flecha de Lima iniciou sua resposta afirmando que “com a intensificação das relações internacionais, nenhum país vive isolado da problemática dos outros”. E considerou que “o ponto que a nova Constituição não pode deixar de levar em conta é a questão da obediência aos direitos humanos, a questão da fidelidade a normas de padrões universais de ética e de moral”<sup>626</sup>.

O constituinte João Hermann Neto mais uma vez expôs o ruído entre o executivo e o legislativo em questões internacionais ao afirmar que “Aqui dentro [do Congresso Nacional], o Executivo sempre quis saber, através do Ministro das Relações

---

<sup>623</sup> BRASIL, República Federativa do. Diário Oficial da União. Suplemento Diário da Assembleia Nacional Constituinte, Reunião da Subcomissão da Nacionalidade, da Soberania e das Relações Internacionais, 01 de maio de 1987, página 10.

<sup>624</sup> BRASIL, República Federativa do. Diário Oficial da União. Suplemento Diário da Assembleia Nacional Constituinte, Reunião da Subcomissão da Nacionalidade, da Soberania e das Relações Internacionais, 01 de maio de 1987, página 11.

<sup>625</sup> BRASIL, República Federativa do. Diário Oficial da União. Suplemento Diário da Assembleia Nacional Constituinte, Reunião da Subcomissão da Nacionalidade, da Soberania e das Relações Internacionais, 01 de maio de 1987, página 13.

<sup>626</sup> BRASIL, República Federativa do. Diário Oficial da União. Suplemento Diário da Assembleia Nacional Constituinte, Reunião da Subcomissão da Nacionalidade, da Soberania e das Relações Internacionais, 01 de maio de 1987, página 14.

Exteriores, mas muito poucas vezes quis informar<sup>627</sup>. Formulou uma pergunta que reflete com precisão a complexidade da sociedade mundial:

De que maneira o Brasil começou a desenvolver os tratados comerciais no final da década de sessenta para a frente? Ou seja, isto seria imbricado ao Ministério do Comércio Exterior, ou estaria ligado a relações exteriores, ou estaria imbricado a um Ministério de Economia? Como isso funciona na elaboração de um direito que o cidadão brasileiro tem de formular?<sup>628</sup>

A esta provocação, Flecha de Lima respondeu que

O jogo diplomático ostensivo é apenas um dos dados da inserção internacional do Brasil. Ou seja, além do político-diplomático, existem vários outros processos perfeitamente legítimos de interação de sociedade a sociedade, e um dos mais conspícuos e um dos que mais diretamente dizem respeito ao nosso cotidiano é justamente a relação comercial.<sup>629</sup>

Acrescentou ainda que

A tarefa do Itamaraty e dos órgãos do Estado brasileiro é criar condições de boa vontade, de abertura de caminhos, de procurar induzir quando for o caso, determinadas decisões a nosso favor, mas jamais praticar atos de comércio. (...) Nossa tarefa tem sido abrir mercados.<sup>630</sup>

Em seguida o Embaixador teceu alguns comentários sobre o sucesso de empresas brasileiras no exterior em diversos setores da economia. O diálogo reflete com precisão a realidade de interação do Estado com os sistemas sociais parciais de uma sociedade mundial. Ilustra, ainda, como o Estado contemporâneo interage com atores não estatais no exercício de suas atividades como uma condição para alcançar os objetivos estabelecidos pelo direito positivo. A comunicação que flui no âmbito de uma organização como a ANC, por se tratar de um meio não generalizado, facilita uma observação de segunda ordem capaz de identificar as interações que acontecem entre os sistemas parciais. Nesse sentido, fica claro que agentes do próprio Estado reconhecem a descentralização do poder na sociedade mundial, o que exige um texto constitucional compatível com essa realidade.

As dificuldades do acoplamento estrutural no Estado de Direito podem ser constatadas no ruído de comunicação entre o legislativo e o executivo transparecido nas

---

<sup>627</sup> BRASIL, República Federativa do. Diário Oficial da União. Suplemento Diário da Assembleia Nacional Constituinte, Reunião da Subcomissão da Nacionalidade, da Soberania e das Relações Internacionais, 01 de maio de 1987, página 14.

<sup>628</sup> BRASIL, República Federativa do. Diário Oficial da União. Suplemento Diário da Assembleia Nacional Constituinte, Reunião da Subcomissão da Nacionalidade, da Soberania e das Relações Internacionais, 01 de maio de 1987, página 14.

<sup>629</sup> BRASIL, República Federativa do. Diário Oficial da União. Suplemento Diário da Assembleia Nacional Constituinte, Reunião da Subcomissão da Nacionalidade, da Soberania e das Relações Internacionais, 01 de maio de 1987, página 14.

<sup>630</sup> BRASIL, República Federativa do. Diário Oficial da União. Suplemento Diário da Assembleia Nacional Constituinte, Reunião da Subcomissão da Nacionalidade, da Soberania e das Relações Internacionais, 01 de maio de 1987, página 15.

palavras desta sessão da ANC. A interação conflituosa entre o jurídico e o político pode ser observada tanto em questões do sistema político, como a atuação do governo nas relações comerciais internacionais, quanto em situações ligadas ao sistema jurídico, com a necessidade de manifestação do poder legislativo na aprovação de atos com eficácia internacional.

Sobre a participação do Estado na cooperação internacional, o Embaixador Flecha de Lima afirmou que:

Ninguém mais duvida dos propósitos pacifistas, dos propósitos de cooperação, dos propósitos construtivos do Brasil. A sua dimensão continental, que por muitos anos foi fator de desconfianças e preocupação, hoje é um fator de agregação, um fator de cooperação, graças justamente à nossa transparência, ao pleno funcionamento das nossas instituições democráticas.<sup>631</sup>

A manifestação do Embaixador demonstra como um Estado das dimensões do Brasil, com o seu peso político regional e global, precisa ser observado como um país cooperativo nas relações internacionais. A interdependência característica da comunidade internacional tende a amplificar as zonas de influência dos Estados politicamente ativos nas relações multilaterais. Dessa forma, o texto constitucional deve favorecer e estimular as ações positivas do Estado no âmbito internacional.

Na 2ª Reunião de Audiência Pública da Subcomissão da Nacionalidade, da Soberania e das Relações Internacionais, realizada em 28 de abril de 1987, o professor Celso D. de Albuquerque Melo sugeriu que fosse obrigatório o envio das convenções sobre direitos humanos ao legislativo para aprovação, em razão de muitos destes instrumentos terem sido assinados pelo Brasil, mas nem sequer encaminhados para o parlamento. Argumentou que tal proposta não seria revolucionária:

porque as convenções da Organização Internacional do Trabalho já seguem este procedimento, em virtude do tratado institutivo da OIT. Em outras palavras, proponho apenas a extensão daquilo que já existe na OIT para direitos do homem e direito humanitário. Aqui haveria outra proposta: de que não se pudessem denunciar estes tratados sem aprovação do Legislativo.<sup>632</sup>

O professor deu ainda outra sugestão aos constituintes sobre a necessidade de se consultar o legislativo no caso de denúncia de tratados sobre direitos humanos. Nenhuma das duas sugestões do professor, neste caso, foi acatada. A Constituição nada diz a respeito de

<sup>631</sup> BRASIL, República Federativa do. Diário Oficial da União. Suplemento Diário da Assembleia Nacional Constituinte, Reunião da Subcomissão da Nacionalidade, da Soberania e das Relações Internacionais, 01 de maio de 1987, página 15.

<sup>632</sup> BRASIL, República Federativa do. Diário Oficial da União. Suplemento Diário da Assembleia Nacional Constituinte, Reunião da Subcomissão da Nacionalidade, da Soberania e das Relações Internacionais, 27 de maio de 1987, página 03.

denúncia de tratados internacionais. A questão foi levada ao Supremo Tribunal Federal por conta da denúncia da Convenção n. 158 da OIT, sobre o Término da Relação de Trabalho por Iniciativa do Empregador.

A Convenção n. 158, aprovada na 68ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho, em 1982, entrou em vigor no plano internacional em 23 de novembro de 1985. Foi aprovada no Brasil pelo Congresso Nacional em 17 de setembro de 1992 (Decreto Legislativo n. 68), sendo ratificada pelo Governo brasileiro em 4 de janeiro de 1995, para vigorar doze meses depois. Entretanto, sua eficácia só iniciou com a publicação do Decreto n. 1.855, de 10 de abril de 1996. Ocorre que, após sete meses, o Governo de Fernando Henrique Cardoso denunciou a ratificação da convenção mediante nota diplomática enviada ao Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho, o Ofício n. 397, de 20 de novembro de 1996. Com o Decreto n. 2.100, de 20 de dezembro do mesmo ano, o Presidente da República promulgou a denúncia, anunciando que a mencionada convenção deixaria de vigorar no Brasil a partir de 20 de novembro de 1997.

Em junho de 1997 foi ajuizada a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 1625, na qual a Confederação Nacional dos Trabalhadores da Agricultura (Contag) questiona o Decreto 2.100/1996. Em 2016, após o Ministro Teori Zavascki proferir o quarto voto no sentido da necessidade da participação do Poder Legislativo na revogação de tratados, o Ministro Dias Toffoli pediu vista, situação em que o processo se encontra no momento.

Percebe-se, com isso, que tinha razão o professor Celso Albuquerque de Mello ao propor que o constituinte originário disciplinasse a matéria, o que teria evitado o litígio que já se prolonga por mais de 20 anos no Judiciário. Conceitos jurídicos como celebração e denúncia de tratados promovem operações sistêmicas de integração e desintegração entre os sistemas do direito internacional e do direito interno, razão pela qual é importante que estejam disciplinados na Constituição.

O Professor Celso Albuquerque de Mello ainda participou do debate levantado pelo Constituinte Sarney Filho, sobre a questão de o Brasil adotar a neutralidade na política internacional no texto constitucional. De acordo com o professor:

em 1972, os Estados Unidos fizeram um tratado com a União Soviética, estabelecendo que um princípio fundamental do Direito Internacional Contemporâneo é a coexistência pacífica. Tenho a impressão de que se passássemos de neutralidade para coexistência pacífica, atingiríamos a finalidade do Deputado Sarney Filho, que é a mais louvável, e não haveria

qualquer inconveniente, em termos jurídicos. Acho que seria apenas um problema de adaptação.<sup>633</sup>

Neste caso, a opinião do professor foi ouvida e o Brasil não aderiu à política de neutralidade, mas a Constituição fixou como um dos princípios que regem as relações internacionais do país a solução pacífica dos conflitos, no artigo 4º, VII<sup>634</sup>.

Na 5ª Reunião da Subcomissão, a opinião soberanista do então Ministro do Supremo Tribunal Federal José Francisco Rezek foi fundamental para a disciplina de conceitos conectados com o sistema de direito internacional na Constituição brasileira:

Penso também que no que concerne aos tratados internacionais a boa política adotada pelo Brasil há de preservar-se. E eles não devem ser entendidos como superiores à lei. É claro, não se recomenda a este País, ou a qualquer outro, que legisle em desacordo com os seus compromissos internacionais, que o Congresso edite leis conflitantes com tratados vigentes, vinculando-nos a outras soberanias e que o próprio Congresso algum tempo antes aprovou.<sup>635</sup>

O Ministro Rezek, que depois foi indicado e serviu como juiz na Corte Internacional de Justiça, revelou uma visão cética do direito internacional, ao afirmar que “o estágio atual de evolução da sociedade internacional não permite grandes concessões ao Direito das Gentes”<sup>636</sup>. Ele considerou difícil de levar a sério a ideia de uma ordem jurídica encabeçada pelas normas de direito internacional, das quais emanaria a autoridade do Estado para redigir sua Constituição. Em seu sentir, na ausência de uma autoridade supranacional, dizer que o direito constitucional seria uma emanção de uma autoridade maior, extremamente abstrata, seria o mesmo que “render tributos ao vazio”<sup>637</sup>.

O texto constitucional de 1988 não disciplinou a questão da hierarquia dos tratados internacionais, mas manteve alguns dispositivos da constituição anterior, como a possibilidade de submeter ao STF o julgamento em recurso extraordinário quando a decisão

---

<sup>633</sup> BRASIL, República Federativa do. Diário Oficial da União. Suplemento Diário da Assembleia Nacional Constituinte, Reunião da Subcomissão da Nacionalidade, da Soberania e das Relações Internacionais, 27 de maio de 1987, página 03.

<sup>634</sup> Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: (...) VII - solução pacífica dos conflitos;

<sup>635</sup> BRASIL, República Federativa do. Diário Oficial da União. Suplemento Diário da Assembleia Nacional Constituinte, Reunião da Subcomissão da Nacionalidade, da Soberania e das Relações Internacionais, 27 de maio de 1987, página 32.

<sup>636</sup> BRASIL, República Federativa do. Diário Oficial da União. Suplemento Diário da Assembleia Nacional Constituinte, Reunião da Subcomissão da Nacionalidade, da Soberania e das Relações Internacionais, 27 de maio de 1987, página 33.

<sup>637</sup> BRASIL, República Federativa do. Diário Oficial da União. Suplemento Diário da Assembleia Nacional Constituinte, Reunião da Subcomissão da Nacionalidade, da Soberania e das Relações Internacionais, 27 de maio de 1987, página 33.

recorrida “declarar a inconstitucionalidade de tratado”<sup>638</sup>. O parágrafo segundo do artigo 5º criou uma controvérsia, já que estendeu o rol de direitos e garantias fundamentais aos direitos previstos em tratados de que o Brasil faça parte<sup>639</sup>. A questão foi resolvida, momentaneamente, com a adoção da Emenda Constitucional n. 45, de 2004, que acrescentou o parágrafo terceiro ao artigo 5º, estabelecendo que somente serão equivalentes às emenda constitucional os tratados sobre direitos humanos aprovados pelo quórum qualificado para aquela espécie normativa<sup>640</sup> e com a decisão do STF no RE 466.343-SP, onde se decidiu que os tratados sobre direitos humanos que não foram aprovados com o quórum qualificado do parágrafo terceiro do artigo 5º terão força de norma supralegal<sup>641</sup>.

Na 3ª Reunião da Subcomissão foi ouvido o professor da Universidade de São Paulo, que em 1994 seria eleito como juiz do Tribunal Internacional para o Direito do Mar, Vicente Marotta Rangel. Sobre os limites territoriais da jurisdição estatal, o professor Marotta Rangel alertou para o problema que outros Estados têm por suas Constituições não estarem em conformidade com normas internacionais gerais:

Dou um exemplo atinente às Constituições do Peru e do Equador que falam, por exemplo, em mar territorial de 200 milhas. O que está impedindo estes dois países, embora o queiram, de participar da Convenção Internacional das Nações Unidas sobre Direito do Mar é um problema interno, muito grave. A Convenção restringiu a extensão do mar territorial, na América Latina, a 200 milhas, mas em uma parte desses países ela traz outros benefícios quanto à extensão da plataforma continental e quanto à exploração dos fundos oceânicos. Conheço o que se passa no Peru e no Equador suficientemente para dizer que esse é um problema crucial, porque teriam que emendar a Constituição. Então, trata-se de área em que não há necessidade de zelo, em que há mudanças, em que surgem com o progresso tecnológico novas condições de aproveitamento espacial, terrestre, aéreo e marítimo, que não convém sejam explicitados na Constituição. Penso que não seria conveniente. É melhor deixar talvez para a legislação ordinária ou - quem sabe? - até complementar, mas não para a Constituição.<sup>642</sup>

<sup>638</sup> Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: (...) III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: (...) b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;

<sup>639</sup> Art. 5º (...) § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

<sup>640</sup> Art. 5º (...) § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

<sup>641</sup> BRASIL, República Federativa do. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário, nº 466.343-SP, Rel. Cezar Peluso, DJe 104, 04.06.2009, Publicação 05.06.2009.

<sup>642</sup> BRASIL, República Federativa do. Diário Oficial da União. Suplemento Diário da Assembleia Nacional Constituinte, Reunião da Subcomissão da Nacionalidade, da Soberania e das Relações Internacionais, 27 de maio de 1987, página 10.

A sugestão do professor Marotta Rangel foi a de não disciplinar a questão de forma específica na Constituição, tendo em vista as possibilidades de mudança das normas gerais internacionais com o passar do tempo. A sugestão está lastreada na compreensão do professor de que as normas relativas aos limites da jurisdição estatal devem corresponder à disciplina internacional do tema. As operações resultantes desta seleção de limites para o sistema jurídico estatal não podem entrar em conflito com as operações que irão decorrer da aplicação do direito internacional nas situações concretas em que a eficácia da norma interna tiver repercussões no plano das relações internacionais.

Na 7ª Reunião da Subcomissão, o então Ministro da Ciência e Tecnologia, Renato Archer, deu importante contribuição ao discorrer sobre a soberania, ao afirmar que em países do Terceiro Mundo, como o Brasil, o conceito jurídico precedeu à realidade sócio-política. Neste sentido, disse que

O fato mesmo de que tais nações sintam necessidade de reiterar inúmeras vezes, nos mais variados foros e documentos, seus direitos soberanos em relação a estes e outros temas é uma demonstração cabal da fragilidade de suas estruturas. Em outras palavras, em nossos países, a soberania necessita não apenas ser defendida; em muitos aspectos, ela tem de ser construída. O conceito jurídico nos oferece o escudo com o qual podemos e devemos proteger-nos, a fim de fortalecermos nossas estruturas sociais, políticas e econômicas. Vale dizer, o conceito de soberania é para nós não apenas uma figura jurídica, mas um conceito operacional, profundamente ligado ao processo de desenvolvimento.<sup>643</sup>

O discurso do Ministro da Ciência e Tecnologia é elucidador de uma visão precisa sobre o papel que os direitos do Estado estabelecidos na ordem internacional têm na concretização do poder constituinte. Os direitos de soberania dão ao Estado o suporte que ele precisa para atravessar o hiato constitucional. Enquanto conceito jurídico, funciona como garantia da continuidade das relações internacionais do Estado, inclusive em relação aos tratados em vigor, além de, fundamentalmente, manter a sua personalidade jurídica intacta, o que previne invasões, intervenções e interferências externas por força dos princípios que regem a ordem jurídica internacional.

O Ministro, no entanto, mostra-se cético em relação ao momento da sociedade internacional, suscitando que “é inútil especular o quanto de idealismo e o quanto de interesse próprio das grandes potências estavam por trás dessas ideias [criação da Liga das Nações e da

---

<sup>643</sup> BRASIL, República Federativa do. Diário Oficial da União. Suplemento Diário da Assembleia Nacional Constituinte, Reunião da Subcomissão da Nacionalidade, da Soberania e das Relações Internacionais, 27 de maio de 1987, página 48.

Organização das Nações Unidas]”<sup>644</sup>. Neste sentido, ele aduz que “nos encontramos muito distantes de qualquer forma de organização jurídico-política, a nível mundial, que disponha efetivamente dos atributos do Estado”.

A seguir o Ministro Paulo Archer passa a discorrer sobre aspectos da sociedade mundial, relacionando desenvolvimento econômico com o desenvolvimento tecnológico. Assim, ele afirma que

Se, por um lado, a soberania nacional é vista do ângulo das empresas multinacionais, como uma barreira irracional à expansão dos seus negócios, do ponto de vista das nações em desenvolvimento é o exercício dessa soberania que permite a destinação de seus escassos recursos segundo suas próprias prioridades. Para nossos países, à lógica do mercado sobrepõe-se a lógica do desenvolvimento, com todas as implicações: sociais, econômicas e políticas.<sup>645</sup>

No que tange à constitucionalização, provocado por uma pergunta do Constituinte Sarney Filho, o Ministro sugere que

o ponto fundamental desse processo é a definição do direito de reservar o seu próprio mercado. Acho que, constitucionalmente, o que se precisaria ter em mente é que ficasse expresso na Constituição a defesa do interesse nacional, que se pudesse dispor do mercado interno brasileiro, o que constitui uma das mais importantes armas que o País tem para o seu desenvolvimento.<sup>646</sup>

Como se pode perceber, nas questões econômicas havia uma preocupação com os riscos de colonização dos códigos políticos e jurídicos pela semântica da economia. Neste viés, o texto constitucional terminou por contemplar o ingresso de conceitos protecionistas do mercado interno, como privilégios para a empresa de capital nacional<sup>647</sup>, que acabaram sendo, depois, nos anos 1990, sendo excluídos por meio de reformas constitucionais.

Na 5ª Reunião da Subcomissão, o professor de Direito Constitucional Carlos Roberto de Siqueira Castro, à época Procurador-Geral do Estado do Rio de Janeiro, propôs

<sup>644</sup> BRASIL, República Federativa do. Diário Oficial da União. Suplemento Diário da Assembleia Nacional Constituinte, Reunião da Subcomissão da Nacionalidade, da Soberania e das Relações Internacionais, 27 de maio de 1987, página 48.

<sup>645</sup> BRASIL, República Federativa do. Diário Oficial da União. Suplemento Diário da Assembleia Nacional Constituinte, Reunião da Subcomissão da Nacionalidade, da Soberania e das Relações Internacionais, 27 de maio de 1987, página 49.

<sup>646</sup> BRASIL, República Federativa do. Diário Oficial da União. Suplemento Diário da Assembleia Nacional Constituinte, Reunião da Subcomissão da Nacionalidade, da Soberania e das Relações Internacionais, 27 de maio de 1987, página 54.

<sup>647</sup> Como no artigo 170, IX, que previa o “tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte”. O artigo 171, II, definia a empresa brasileira de capital nacional como “aquela cujo controle efetivo esteja em caráter permanente sob a titularidade direta ou indireta de pessoas físicas domiciliadas e residentes no País ou de entidades de direito público interno, entendendo-se por controle efetivo da empresa a titularidade da maioria de seu capital votante e o exercício, de fato e de direito, do poder decisório para gerir suas atividades”. A Emenda Constitucional n. 06, de 15 de agosto de 1995, modificou o texto do artigo 170, IX, que passou a ser “tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País”, e revogou o artigo 171.



que no artigo 1º da Constituição constasse que “o Brasil é uma República Federativa livre e independente, constituída sob o regime representativo em um Estado social e democrático”<sup>648</sup>.

Em sua justificativa, afirmou que:

A ideia de liberdade e de independência, por certo, reflete a afirmação da soberania nacional, mostra que o Brasil, como nação livre e independente, não pode demitir-se, em momento algum, dos predicativos e dos atributos da soberania, não pode subjugar-se a uma ordem internacional econômica inóspita, contrária aos interesses nacionais e que mitiga, de muito, a amplitude da nossa própria soberania. O passado recente, que conduziu a um discutível endividamento desmesurado do Brasil perante credores internacionais, mostra que é muito importante ser explicitada a ideia de uma independência logo no pórtico da nossa futura Constituição.<sup>649</sup>

No que tange à expressão “Estado social e democrático”, o professor explicou que “esta alocação sugere de forma muito veemente, muito candente, a ideia de que a legalidade estatal deve estar associada aos propósitos do avanço social e democrático”<sup>650</sup>. Percebe-se na manifestação do Procurador Geral do Estado do Rio de Janeiro a preocupação com os riscos de as operações recursivas de outros sistemas sociais, especialmente a economia, interferirem nas decisões a serem tomadas pelo Estado brasileiro na ordem constitucional em construção naquele momento. Ao se referir à “inospitalidade da ordem internacional”, ele claramente remete aos efeitos restritivos dos acordos firmados pelo governo brasileiro com entidades financeiras internacionais. Este receio de uma “expansão imperialista”<sup>651</sup> do sistema econômico sobre os sistemas político e jurídico esteve presente nos debates constituintes em muitas manifestações. Havia uma preocupação de que o código mais forte do sistema econômico causasse uma atrofia nos outros dois sistemas. Na prática, por força dos contratos assinados por organizações internacionais financeiras, a imposição de regras sobre a política econômica do país produziria apenas respostas parciais, relativas ao campo da economia, impedindo os entrelaçamentos promotores de racionalidades transversais e, conseqüentemente, prejudicando as prestações dos outros sistemas.

Sobre a questão da imunidade de jurisdição do Estado brasileiro, o professor Siqueira Castro afirmou que:

<sup>648</sup> BRASIL, República Federativa do. Diário Oficial da União. Suplemento Diário da Assembleia Nacional Constituinte, Reunião da Subcomissão da Nacionalidade, da Soberania e das Relações Internacionais, 27 de maio de 1987, página 19.

<sup>649</sup> BRASIL, República Federativa do. Diário Oficial da União. Suplemento Diário da Assembleia Nacional Constituinte, Reunião da Subcomissão da Nacionalidade, da Soberania e das Relações Internacionais, 27 de maio de 1987, página 19.

<sup>650</sup> BRASIL, República Federativa do. Diário Oficial da União. Suplemento Diário da Assembleia Nacional Constituinte, Reunião da Subcomissão da Nacionalidade, da Soberania e das Relações Internacionais, 27 de maio de 1987, página 19.

<sup>651</sup> NEVES, Op. Cit., 2009, p. 47.

A nossa Constituinte precisa dar algum tipo de resposta a esse drama que se criou no Brasil em relação à condução da nossa vida internacional, com relação a este endividamento desmedido e a esse espúrio pagamento dos serviços da nossa dívida externa que, felizmente, está sendo repensado na última hora.<sup>652</sup>

O procurador demonstrou preocupação com o fato de as renegociações da dívida externa, feitas pelo governo brasileiro por meio de acordos executivos, terem indicado um tribunal de Nova Iorque, nos Estados Unidos, como foro competente para dirimir eventuais litígios decorrentes destes atos. Por esta razão, propugnou pela inclusão da imunidade de jurisdição do Brasil na Constituição, o que terminou por não acontecer.

Esta manifestação do professor Siqueira Castro demonstra como as questões da ordem internacional mediam debates sobre as irritações do sistema econômico nas operações internas. Com efeito, com o fim da ditadura militar, em 1985, o governo de José Sarney adotou diversos “planos econômicos” com o objetivo de conter a alta inflação e de atender às demandas internacionais pelo pagamento da dívida externa. Era evidente naquele momento histórico como o sistema jurídico era diretamente provocado por estes influxos advindos de acordos internacionais do Brasil com o Fundo Monetário Internacional, já que a política macroeconômica nacional estava atrelada à eficácia destes instrumentos.

O Constituinte Milton Lima perguntou ao professor Siqueira Castro:

Algumas Constituições modernas contêm dispositivos que admitem expressamente a possibilidade de limitações, transferências ou delegações de soberania. Outras, ao contrário, insistem na caracterização da soberania como inalienável, indelegável e intransferível. Pensa V. Sra. Que o nosso futuro texto constitucional deve seguir uma ou outra dessas orientações?<sup>653</sup>

A questão era de extrema relevância naquela quadra histórica, já que os Estados europeus, por exemplo, avançavam na construção das comunidades europeias<sup>654</sup> e o Brasil, mais tarde, iniciaria um processo de integração econômica com Argentina, Uruguai e Paraguai na criação do Mercosul. A ausência de dispositivos constitucionais que amparem

---

<sup>652</sup> BRASIL, República Federativa do. Diário Oficial da União. Suplemento Diário da Assembleia Nacional Constituinte, Reunião da Subcomissão da Nacionalidade, da Soberania e das Relações Internacionais, 27 de maio de 1987, página 22.

<sup>653</sup> BRASIL, República Federativa do. Diário Oficial da União. Suplemento Diário da Assembleia Nacional Constituinte, Reunião da Subcomissão da Nacionalidade, da Soberania e das Relações Internacionais, 27 de maio de 1987, página 26.

<sup>654</sup> As comunidades europeias eram a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA), a Comunidade Econômica Europeia (CEE) e a Comunidade Europeia da Energia Atômica (Euratom), que mais tarde se transformaram na União Europeia.

este processo de integração regional no Brasil é apontada normalmente como um dos entraves para o avanço do bloco econômico<sup>655</sup>.

Acerca da normatização econômica, Vicente Marotta Rangel ratificou a ideia de que o desenvolvimento do direito econômico internacional estava sendo ainda elaborado e com base nele é que o processo de normatização interna no País iria se impor e se sustentar. Nesse sentido, traz o professor as seguintes considerações:

Estas considerações do eminente Senador e Constituinte acabam por esclarecer, na verdade - e é esta sua tese também - que o primado da soberania, na vida no país, é essencial, não é incompatível com os princípios que regem a ordem internacional. Quanto à parte da economia, na verdade estamos num processo de desenvolvimento de normas que o Direito Econômico Internacional está pouco a pouco elaborando. A idéia de uma justiça social internacional já se inscreve na Carta de Direitos e Deveres Econômicos da ONU e em várias resoluções das Nações Unidas. É com base nelas que, tenho a impressão, o Governo brasileiro tem possibilidade para, no plano das relações internacionais, poder sustentar a sua defesa, eventualmente, em foro internacional.<sup>656</sup>

Na 4ª Reunião de Audiência Pública, em 30 de abril de 1987, o professor e ministro José Francisco Rezek, relatou acerca de uma típica norma de Direito Internacional Privado e que, embora possuísse um âmbito mundial de atuação, era também aplicada no direito interno brasileiro. O ministro mencionou estudo realizado pela Prof. Ana Maria Vilela pelo qual concluiu que:

(...) O § 33 diz da sucessão de bens de estrangeiros situados no Brasil; “A sucessão de bens de estrangeiros situados no Brasil será regulada pela lei brasileira, em benefício do cônjuge ou dos filhos brasileiros, sempre que lhes não seja mais favorável a lei pessoal do de cujus. É um texto inscrito no rol constitucional de garantias, uma típica norma de Direito Internacional privado, especialidade da Prof. Ana Maria Vilela, e norma que parece, a exemplo de algumas outras, resolver em prol do interesse do súdito brasileiro uma situação de conflito de lei em que pode haver ambiguidade na definição da legislação aplicável ao caso concreto. Tenho a impressão de que a norma, tal como se encontra, incrustada em um rol de trinta e seis tópicos relativos às garantias individuais, tem aí um lugar merecido. Em si mesma

---

<sup>655</sup> A Representação Brasileira no Parlamento do Mercosul publicou um artigo no qual afirma que “é hora de vencer preconceitos e predisposições soberanófilas e extemporâneas que não mais se compatibilizam com o atual cenário do concerto internacional. Não se trata de aderir ou questionar ideologicamente a chamada mundialização da economia; apenas, encarar o fato e, nele, buscar os efeitos positivos para os interesses nacionais”. Correio Brasiliense - DF, segunda-feira, 26/03/2001. Suplemento de Direito & Justiça, disponível na Internet em <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-mistas/cpcms/publicacoes/10anosmercosul/desafios-jur-mercosul>, acessado em 17.12.2018.

<sup>656</sup> BRASIL, República Federativa do. Diário Oficial da União. Suplemento Diário da Assembleia Nacional Constituinte, Reunião da subcomissão da nacionalidade, da soberania e das relações internacionais, 27 de maio de 1987, página 9.

ela é sadia. Não há nenhum chauvinismo, nenhuma torção patriótica do bom-senso.<sup>657</sup>

O Ministro José Francisco Rezek, contribuindo para formação do texto constitucional, levanta a questão da nacionalidade da pessoa jurídica – assunto demonstrado por ele mesmo como sendo passível de uma legislação moderna e não meramente uma abordagem constitucional. Partindo para a questão da imunidade das empresas públicas estrangeiras à jurisdição local, o magistrado fez questão de demonstrar um princípio que é instrumento de honra a uma antiga regra costumeira no Direito Internacional Público e que possui ligação direta com o tema por ele abordado:

Finalmente a questão da imunidade das empresas públicas estrangeiras à jurisdição local. Ela é uma decorrência da imunidade do próprio Estado estrangeiro à jurisdição local. Isto tem trazido aos juristas, não só do Brasil, mas de toda parte, na atualidade um gravíssimo problema de consciência. Em homenagem ao princípio secular da imunidade do Estado estrangeiro à jurisdição local, em honra a uma velhíssima regra costumeira no Direito Internacional Público, segundo a qual nenhum Estado soberano pode ser submetido, contra a sua vontade, à jurisdição doméstica de outro Estado soberano, o Brasil, um dos países mais corretos em observar esta antiga norma, tem reconhecido amplamente a imunidade do Estado estrangeiro; e não só a imunidade dos diplomatas estrangeiros - estas resultam de um texto bem detalhado, constituído pelas duas Convenções de Viena, de 1961 e 1963 -, mas a do Estado.<sup>658</sup>

Continuando com as exposições feitas na 4ª Reunião de Audiência Pública, em 30 de abril de 1987, o Constituinte Paulo Macarini defendeu a ideia de que não pode haver distinção entre aquele que trabalha Câmara dos Deputados ou no Supremo Tribunal Federal e aquele que presta serviço na embaixada estrangeira e se apoia no argumento de que União Federal subscreveu os Tratados de Viena. Assim sustentou:

A terceira questão refere-se ao princípio de igualdade que a Constituição assegura e que foi objeto da sua brilhante exposição, relativamente à imunidade do Estado estrangeiro. Estou do lado daqueles que defendem a tese de que, se a Constituição assegura o princípio de isonomia, de igualdade a todo cidadão brasileiro, não pode haver distinção entre o brasileiro que trabalha na Câmara dos Deputados ou no Supremo Tribunal Federal e aquele que presta serviço na embaixada estrangeira. Então, se a União Federal subscreveu os Tratados de Viena, impondo restrições aos direitos dos trabalhadores brasileiros, das empresas brasileiras aqui estabelecidas, das dificuldades das rogatórias, da morosidade de todos esses trabalhos, creio que há uma responsabilidade solidária por parte da União Federal. Portanto, ela deveria ser aqui executada, assegurando-lhe o direito de regresso ou de

---

<sup>657</sup> BRASIL, República Federativa do. Diário Oficial da União. Suplemento Diário da Assembleia Nacional Constituinte, Reunião da subcomissão da nacionalidade, da soberania e das relações internacionais, 27 de maio de 1987, página 36.

<sup>658</sup> BRASIL, República Federativa do. Diário Oficial da União. Suplemento Diário da Assembleia Nacional Constituinte, Reunião da subcomissão da nacionalidade, da soberania e das relações internacionais, 27 de maio de 1987, página 37.

negociação com o país estrangeiro. V. Ex<sup>a</sup> citou o caso daquela família de Goiás, mas temos em Brasília casos quase diários de violação do direito do cidadão que, pela morosidade da solução e pelos altos custos, acaba desistindo de exercer o seu direito, em decorrência de uma convenção, um tratado do qual o Brasil foi subscritor, restringindo o direito do brasileiro que aqui trabalha e reside.<sup>659</sup>

Esta é uma manifestação relevante no sentido de se observar como a existência de compromissos internacionais em vigor para o Brasil constituiu uma baliza a ser considerada na formatação da ordem constitucional. A sugestão do Constituinte era, a rigor, que a União Federal se responsabilizasse perante os particulares quando a produção de efeitos de um tratado internacional a que o Brasil tenha ratificado lhes causasse um dano.

O professor de direito internacional privado Jacob Dolinger, por sua vez, na 5<sup>a</sup> Reunião de Audiência Pública, em 4 de maio de 1987, adentrou em assuntos referentes a economia e, embora ressaltasse não ser economista em profissão, apresentou argumentos quanto a possibilidade de o Brasil, como devedor, convocar cada um dos seus credores a participar de uma arbitragem internacional. Contudo, o professor da Universidade do Estado do Rio de Janeiro sustentou que alguns requisitos precisariam estar presentes para que essa arbitragem se concretizasse de forma eficiente:

Mas essa arbitragem se realizaria em terreno neutro, evidentemente. Por exemplo, em Haia, na Holanda. E ocorreu-me este lugar, porque se os Estados Unidos e o Irã estão conseguindo resolver os seus problemas econômicos, que envolvem bilhões de dólares; de um lado, temos as desapropriações sem indenizações, que o Governo iraniano praticou contra os interesses americanos no Irã; de outro, o congelamento das contas do Irã nos bancos americanos. Essas questões estão sendo resolvidas em Haia, por câmaras de arbitragem, compostas de três árbitros: um, escolhido pelos Estados Unidos; outro, escolhido pelo Irã e, um terceiro, escolhido de comum acordo, sempre neutro. Nessa arbitragem, o Brasil teria argumento muito interessante, além dos que já mencionei, da invalidade de certas cláusulas. Existe uma Convenção de Viena sobre tratados, de 1970, se não me falha a memória, e uma muito recente, Convenção de Viena sobre acordos entre Estados e Organismos Internacionais, de 1986, onde há artigos que dizem que toda convenção internacional que resultar de erro, fraude, corrupção e coerção será invalidada. Já existe outro dispositivo nessas convenções, que estabelece que uma convenção, tratado, acordo ou ato internacional, que conflitar com norma de Direito Internacional, será invalidado; todo dispositivo que, supervenientemente, tornar impossível a sua execução, poderá ser Invalidado. Finalmente, toda a mudança fundamental nas circunstâncias existentes, à época da assinatura da convenção, também poderá ser anulada. Com esse conjunto de dispositivos das Convenções de Viena, os, advogados do Brasil poderão apresentar seus

---

<sup>659</sup> BRASIL, República Federativa do. Diário Oficial da União. Suplemento Diário da Assembleia Nacional Constituinte, Reunião da subcomissão da nacionalidade, da soberania e das relações internacionais, 27 de maio de 1987, página 38.

pontos de vista nessa arbitragem em Haia contra os seus credores e chegar a resultados assaz interessantes.<sup>660</sup>

Mencionando características necessárias para a convocação da mencionada arbitragem, o professor cita ainda convenções e acordos internacionais que servem como sustentação ao seu entendimento. Esta manifestação revela a interação comunicativa entre o sistema de direito internacional e a ANC no sentido de estimular a adoção, no texto constitucional, de mecanismos estruturantes e organizacionais capazes de viabilizar o cumprimento das obrigações internacionais assumidas pelo Brasil. Mais uma vez, uma observação de segunda ordem é capaz de perceber como a proposta de uma solução de questões financeiras internacionais por meio de arbitragem representa, em última instância, uma irritação do sistema econômico no sistema organizacional jurídico-político da ANC.

O Senador Aluizio Bezerra (PMDB), por sua vez, se preocupou em expor a sua opinião acerca do controle legislativo, afirmando ainda que os tratados e tudo que vincula uma nação devem passar pelo controle do Poder Legislativo e, além disso, demonstrou como funciona a questão dos parlamentos europeus e parlamentos latino-americanos. Aludiu o Constituinte:

A questão, enfim, que quero formular, dentro deste elenco de propostas muito atuais e muito oportunas, passando por esta questão dos Estados Unidos, é a do controle pelo Legislativo. Os contratos, os tratados e tudo que vincula uma nação devem passar pelo controle do Poder Legislativo. Sabemos é que a coisa mais simples que pode existir: estruturar os órgãos técnicos e as comissões de relações exteriores são os órgãos técnicos. O Legislativo age para estabelecer as normas do Regimento Interno. É algo que pode perfeitamente ser regulamentado dentro do Regimento Interno das Casas do Congresso Nacional, com muito mais segurança para o contexto da Nação. Há um outro aspecto, que também se faz muito presente hoje: é a questão dos parlamentos europeus e parlamentos latino-americanos, de que se está falando. No caso do Parlamento europeu - cito, por exemplo, o critério de normas mais ou menos vinculados à exposição - que, dentro do parlamento europeu, as normas elaboradas são auto-aplicáveis nos países membros, dependo, no caso da França - isto varia - da publicação no Diário Oficial. No Parlamento latino-americano, a Constituição deveria estar estruturada nestas sugestões, com relação também à previsão na elaboração de princípios deste capítulo da integração latino-americana Parlamento latino-americano - que está sendo e tem sido objeto de debate, inclusive até da política externa brasileira, no núcleo de força Brasil Argentina- Uruguai, com a perspectiva de que os princípios ali surgidos sejam posteriormente estendidos a todos os demais países sul-americanos e latino-americanos. Então, com isso, queria apenas fazer um comentário, e não fazer indagações, mas deixa-los para o final, pela sua atualidade e pelo tempo de que dispomos. Sei também que ouviremos outra exposição.

---

<sup>660</sup> BRASIL, República Federativa do. Diário Oficial da União. Suplemento Diário da Assembleia Nacional Constituinte, Reunião da subcomissão da nacionalidade, da soberania e das relações internacionais, 27 de maio de 1987, página 43.

A questão é com relação ao parlamento latino americano, à integração latino-americana, sobre essa questão do Direito Interno, pretendido pelos Estados Unidos como norma internacional.<sup>661</sup>

A manifestação do Senador, atuando como Constituinte, atinge dois pontos cruciais das relações internacionais. Primeiro, a possibilidade de o Estado brasileiro firmar acordos executivos, sem a consulta ao Poder Legislativo. Na Constituição, a necessidade de aprovação pelo Congresso Nacional dos compromissos internacionais ficou definida no artigo 49, I, como competência exclusiva do Parlamento. Segundo, a necessidade de o texto constitucional promover a integração dos povos do Cone Sul com a concessão de maiores poderes a um Parlamento latino-americano.

É de se observar como a recomendação da OIT foi considerada como um elevado grau de autoridade na matéria em discussão. Evidencia-se, nesta passagem, como a comunicação produzida por meio das organizações internacionais repercute nas decisões tomadas nos Estados, ao gerarem novas expectativas possíveis de estruturação sistêmica. Por outro lado, as decisões tomadas no campo dos direitos trabalhistas interferem diretamente nas operações econômicas, o que pode explicar a tensão dos debates neste assunto.

#### **4.3.2 Subcomissão dos Direitos Políticos, dos Direitos Coletivos e Garantias**

No Diário da Assembleia Nacional Constituinte de 8 de julho de 1987, foi publicada a colaboração do Presidente da Comissão Nacional de Energia Nuclear, Rex Nazareth Alves, que se referiu à cooperação internacional em matéria de energia nuclear:

a Organização das Nações Unidas, no início da década de cinquenta, formalizou a Agência Internacional de Energia Atômica, que visava especificamente a aumentar a cooperação internacional. Visava especificamente a criar condições para essa energia nuclear, que têm tantas outras aplicações, como demonstrei, ao invés de apenas as que são citadas, de ordem miliar ou de energia elétrica. Essa agência deveria ter como prioridade, como motivação básica a cooperação entre os países. Entretanto, ela lança, a cada instante, obstáculos.<sup>662</sup>

O cientista demonstra preocupação com a atuação da Agência Internacional de Energia Atômica, por considerar que ela cria obstáculos por impor padrões tecnológicos que o

<sup>661</sup> BRASIL, República Federativa do. Diário Oficial da União. Suplemento Diário da Assembleia Nacional Constituinte, Reunião da subcomissão da nacionalidade, da soberania e das relações internacionais, 27 de maio de 1987, página 5.

<sup>662</sup> BRASIL, República Federativa do. Diário Oficial da União. Suplemento Diário da Assembleia Nacional Constituinte, Reunião da Subcomissão dos Direitos Políticos, dos Direitos Coletivos e Garantias, 8 de julho de 1987, página 7.

Brasil não dispunha à época. O perfil mundial dos sistemas econômico, tecnológico e de saúde foi objeto de alerta em sua fala, pois o desenvolvimento de novas técnicas na área de saúde em outros países estava exigindo que o Brasil importasse equipamentos e insumos, especialmente o urânio enriquecido. Neste ponto, pode-se observar mais uma vez uma manifestação de receio em relação aos riscos de uma “expansão imperial”, desta vez do sistema econômico sobre o científico, pois a imposição do código binário econômico poderia levar à atrofia do sistema científico no Brasil.

Questionado sobre o Programa Nuclear Brasileiro, Rex Nazareth Alves afirmou que:

O Brasil não assinou o Tratado de Não Proliferação, mas assinou e retificou o Tratado Tlatelolco. Pode parecer uma incoerência, mas não é; o primeiro é discriminatório, o segundo, não. Na verdade, ao assinar o Tratado de Tlatelolco estamos politicamente renunciando à bomba atômica.<sup>663</sup>

Assim, houve a preocupação em afirmar a posição do Brasil na cooperação internacional pela não proliferação de armas de destruição em massa, utilizando-se de instrumentos internacionais para negar o projeto de construção de uma bomba atômica e demais armas nucleares. Em resposta ao questionamento de outro cientista convidado, Ubirajara Brito, Rex Nazareth Alves afirmou que:

A limitação em 20% [do enriquecimento de urânio] está exatamente no sentido de poder demonstrar à comunidade internacional que o que estamos perseguindo é uma tecnologia autônoma não com a finalidade de fazer uma bomba.<sup>664</sup>

O tema da cooperação internacional em matéria de desarmamento, especialmente no caso de armas de destruição em massa, foi extremamente relevante à época da ANC, em função das contingências de momento, especialmente a Guerra Fria, que ainda vigorava.

Na 12ª Reunião Ordinária da Subcomissão dos direitos políticos, dos direitos coletivos e garantias, realizada em 13 de maio de 1987, o Constituinte Célio de Castro declarou que não iria fazer considerações a respeito da questão da greve porque “não me

---

<sup>663</sup> BRASIL, República Federativa do. Diário Oficial da União. Suplemento Diário da Assembleia Nacional Constituinte, Reunião da Subcomissão dos Direitos Políticos, dos Direitos Coletivos e Garantias, 8 de julho de 1987, página 9.

<sup>664</sup> BRASIL, República Federativa do. Diário Oficial da União. Suplemento Diário da Assembleia Nacional Constituinte, Reunião da Subcomissão dos Direitos Políticos, dos Direitos Coletivos e Garantias, 8 de julho de 1987, página 10.



convenceram, numa leitura rápida, as argumentações da OIT a respeito da essencialidade do direito de greve”<sup>665</sup>.

Em resposta ao constituinte, o advogado Almir Pazzianotto, então Ministro do Trabalho do Governo Sarney, ressaltou a participação histórica do Brasil na Organização Internacional do Trabalho, com destaque para a atuação do Embaixador Barbosa Carneiro. Sobre a Convenção n. 87 da OIT, relativa a liberdade sindical e à proteção do direito de sindicalização, afirmou que

países com as mais distintas configurações políticas, jurídicas e econômicas ratificaram a Convenção nº 87 da OIT. E por quê? Porque era apenas um enunciado de princípios. (...) O Brasil vai todo ano a OIT e comparece cabisbaixo, porque a Convenção n.º 87 é reputada pela OIT e pelos países integrantes como uma convenção internacional fundamental, na medida em que proclama, enuncia, defende direitos fundamentais dos cidadãos, que são os direitos de organizarem-se autonomamente em sindicatos e participarem desses sindicatos ou não, obedecendo exclusivamente aos estatutos dos sindicatos.<sup>666</sup>

Pazzianotto se refere ao fato de que o Brasil, tendo assinado a Convenção 87 da OIT em 1948, não a havia ratificado ainda em 1987. Ele aduz que, antes, considerando o regime militar, era justificável a falta de ratificação de um tratado que prevê direitos sociais. No entanto, no momento da nova constituinte, alertou:

Não sei como é que vamos, perante a Comissão encarregada de verificar a ratificação das convenções, explicar à OIT o que aconteceu no Brasil em 1987. Explicar o que acontecia antes é fácil. Olha, os governos são autoritários, não há autonomia sindical, há intervenção, há perseguição, há prisão etc., mas chegar lá agora fica difícil porque eu estarei muito a vontade para dizer: -Olha, Senhores, eu tentei mas não consegui. Mas, por quê? O Senado não quis aprovar? Existe uma representação da OIT no Brasil, tem um representante aqui que está acompanhando tudo isso, mandando seus relatórios.<sup>667</sup>

Em uma passagem muito relevante de sua contribuição, o então Ministro de Estado Almir Pazzianotto se diz preocupado com a coerência do Estado brasileiro nas relações internacionais, ao se referir a “um fórum que está convocando a discussão da dívida externa dos países em desenvolvimento (...) e colocou o Brasil, por insistência nossa, como

<sup>665</sup> BRASIL, República Federativa do. Diário Oficial da União. Suplemento Diário da Assembleia Nacional Constituinte, Reunião da Subcomissão dos Direitos Políticos, dos Direitos Coletivos e Garantias, 09 de julho de 1987, página 246.

<sup>666</sup> BRASIL, República Federativa do. Diário Oficial da União. Suplemento Diário da Assembleia Nacional Constituinte, Reunião da Subcomissão dos Direitos Políticos, dos Direitos Coletivos e Garantias, 09 de julho de 1987, página 246.

<sup>667</sup> BRASIL, República Federativa do. Diário Oficial da União. Suplemento Diário da Assembleia Nacional Constituinte, Reunião da Subcomissão dos Direitos Políticos, dos Direitos Coletivos e Garantias, 09 de julho de 1987, página 246.

um dos representantes do Grupo América<sup>668</sup>. A fala do Ministro revela muito bem como se dão as interligações comunicativas entre os sistemas mundializados e como as premissas da cooperação internacional funcionam como uma abertura cognitiva do direito com as demandas da política externa e da economia mundializada. A conduta na sociedade internacional como um Estado cooperativo em um sistema social é que irá permitir o aproveitamento de oportunidades geradas em outro sistema social parcial.

#### **4.3.3 Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais**

Em matéria de direitos humanos, o Constituinte Joaquim Haickel suscitou a ajuda do Ministério das Relações Exteriores no esclarecimento dos tratados dos quais o Brasil era signatário para que os constituinte pudessem atribuir aos brasileiros aquilo que nos tratados era defendido pelo Brasil para cidadãos de outras nações.

Neste sentido, o Constituinte Antônio Mariz, presidente da Subcomissão de Direitos e Garantias Individuais, deu a sugestão de utilizar a Declaração Universal dos Direitos Humanos como base do trabalho do relator da Subcomissão:

A comissão poderia, se assim deliberasse, adotar um documento de trabalho. São inúmeros os documentos de trabalho que poderiam servir de ponto de partida para a discussão. Já não me refiro à Constituição em vigor ou ao documento elaborado pela comissão constitucional, mas lembro, por exemplo, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, documento consagrado universalmente e isento de qualquer suspeição quanto a sua origem ou as suas intenções. A Comissão poderia adotar um documento desses como base para seu trabalho nesse período em que o Relator prepara o seu anteprojeto.<sup>669</sup>

Percebe-se que o Constituinte faz referência à consagração universal do texto da Declaração, considerada por ele como isenta de qualquer suspeição quanto a sua origem e suas intenções. Trata-se de uma manifestação que atesta a legitimidade da ordem internacional e como o processo de constitucionalização dos Estados interage comunicativamente com a normatividade internacional com a intenção de canalizar para o sistema jurídico interno demandas advindas da sociedade mundial considerada como seu ambiente.

Motivado pela percepção de uma racionalidade transversal constitucional, o Constituinte Joaquim Haickel sugeriu o seguinte:

---

<sup>668</sup> BRASIL, República Federativa do. Diário Oficial da União. Suplemento Diário da Assembleia Nacional Constituinte, Reunião da Subcomissão dos Direitos Políticos, dos Direitos Coletivos e Garantias, 09 de julho de 1987, página 246.

<sup>669</sup> BRASIL, República Federativa do. Diário Oficial da União. Suplemento Diário da Assembleia Nacional Constituinte, Reunião da Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais, 01 de maio de 1987, página 36.

que seja pedido ao PRODASEN material relativo a Direitos e Garantias Individuais, como por exemplo, constituições de outros países, declarações universais, declarações nacionais, documentos que tenham sido encaminhados ao Senado, à Câmara, à Constituinte, para que possamos ter um instrumental maior para trabalhar.<sup>670</sup>

No mesmo sentido, Constituinte Costa Ferreira afirma que “é importante que tenhamos constituições estrangeiras para fazer um trabalho comparado. Contudo, às vezes, um ou outro estudo não vem acompanhado da legislação pertinente”<sup>671</sup>. Todo este movimento de comparação dos textos constitucionais é percebido em uma observação de segunda ordem como o reconhecimento de uma transversalidade racional aplicável às operações da ANC como sistema de organização. Com efeito, se, do ponto de vista estritamente jurídico, a comparação entre textos constitucionais é apenas uma técnica, ou um método de investigação, da perspectiva de segunda ordem revela uma interação comunicativa heterárquica entre os sistemas jurídicos de diferentes Estados no bojo do funcionamento da ANC, o que poderá repercutir no texto final da Constituição.

De acordo com o Ministro Roberto Abreu Sodré, a Constituição brasileira deveria refletir suas costumeiras posições em face da ordem internacional, como por exemplo: o repúdio a guerra, a solução pacífica de controvérsias, o direito de autodeterminação dos povos e independência, o princípio da igualdade soberana dos Estados entre outros.

A inclusão desses princípios fundamentais na Constituição é relevante, apesar de já serem tradicionais as posições do Brasil, em face da ordem internacional e de estarem as mesmas consubstanciadas em diversos instrumentos internacionais, aos quais aderimos, como, por exemplo, a Carta das Nações Unidas, a da OEA, e outros organismos mais regionais da América Latina e organismos multilaterais, cujo comportamento de política internacional o Brasil aderiu, entre os quais acho que deve ser incluído o repúdio brasileiro à guerra. Esta é a nossa índole; o repúdio brasileiro à guerra. A solução pacífica das controvérsias está em toda a história da diplomacia brasileira, assim como o direito de todos os povos à autodeterminação e à independência, o princípio de não-ingerência nos assuntos internos dos outros Estados e o princípio da igualdade soberana dos Estados. Esses são pontos genéricos que devem constar da nossa Carta Magna que V. Exa. começam a escrever, porque em consonância com a grande tradição da política diplomática brasileira.<sup>672</sup>

Na passagem acima transcrita, mais uma vez, as normas internacionais do paradigma de coexistência são lembradas como forma de transitar do sistema de direito

---

<sup>670</sup> BRASIL, República Federativa do. Diário Oficial da União. Suplemento Diário da Assembleia Nacional Constituinte, Reunião da Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais, 01 de maio de 1987, página 37.

<sup>671</sup> BRASIL, República Federativa do. Diário Oficial da União. Suplemento Diário da Assembleia Nacional Constituinte, Reunião da Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais, 01 de maio de 1987, página 38.

<sup>672</sup> BRASIL, República Federativa do. Diário Oficial da União. Suplemento Diário da Assembleia Nacional Constituinte, Reunião da Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais, 07 de maio de 1987, página 12.

internacional para o sistema jurídico interno, de modo a restringir as programações do entorno interno e a orientar as operações, cuja recursividade já era conhecida nos regimes constitucionais anteriores.

Na 5ª Reunião de Audiência Pública da Subcomissão de Direitos e Garantias Individuais, realizada em 29 de abril de 1987, Antônio Augusto Cançado Trindade, que mais tarde seria juiz na Corte Interamericana de Direitos Humanos e na Corte Internacional de Justiça das Nações Unidas, demonstrou seu entendimento acerca da cristalização do direito de petição no plano internacional e se utilizou de instrumentos normativos internacionais para fundamentar a sua tese:

No que diz respeito a esse ponto, o que se poderia dizer, em síntese, é que praticamente todos os instrumentos e tratados internacionais estabelecem órgãos de supervisão internacional, a maioria consagrando o direito de petição individual. Assim, para citar apenas alguns exemplos, dado a exiguidade do tempo, a Convenção Americana estabelece uma Comissão e uma Corte internacionais. A Convenção Europeia também estabelece uma Comissão e uma Corte internacionais de direitos humanos. Mas, além dos órgãos estabelecidos pelos tratados internacionais humanitários, há também aqueles criados por resoluções das organizações internacionais, paralelamente a esses. Há uma infinidade de órgãos que atuam nessa área. Os órgãos criados por resoluções de organizações internacionais são, via de regra, de composição intergovernamental, portanto, política. Assim mesmo os Estados que não aderiram aos tratados internacionais sobre proteção dos direitos individuais podem fazer-se representar nesses órgãos como membros das respectivas organizações.<sup>673</sup>

Cançado Trindade manifesta a importância da inserção de quadros brasileiros na jurisdição internacional, uma vez que tais organizações são competentes para a dinâmica da autopeiose do sistema de direito internacional no qual o Estado brasileiro se insere. No texto constitucional, no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, no artigo 7º, ficou estabelecido que “o Brasil propugnará pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos”. Mais tarde, além de aderir à jurisdição obrigatória<sup>674</sup> da Corte Interamericana de Direitos Humanos, criada pelo Pacto de San José da Costa Rica, o Brasil também ratificou<sup>675</sup>, em 2002, o Estatuto de Roma que criou o Tribunal Penal Internacional. Em 2004, a Emenda Constitucional n. 45 acrescentou o parágrafo 4º ao artigo 5º da Constituição, dispondo que “o Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão”.

---

<sup>673</sup> BRASIL, República Federativa do. Diário Oficial da União. Suplemento Diário da Assembleia Nacional Constituinte, Reunião da subcomissão dos direitos e garantias, 27 de maio de 1987, página 109.

<sup>674</sup> Conforme o Decreto n. 4463, de 2002, que promulgou a Declaração de Reconhecimento da Competência Obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, sob reserva de reciprocidade, em consonância com o art. 62 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José), de 22 de novembro de 1969.

<sup>675</sup> A promulgação do Estatuto de Roma se deu pela publicação do Decreto n. 4388/2002.

Na mesma audiência pública, o professor Cançado Trindade fez exposição sobre o tratamento que deveria ser dado aos tratados humanitários e cita normas de Direito Internacional que, em sua opinião, seriam totalmente inviáveis para serem aplicadas a um tratado de cunho humanitário, a exemplo da Convenção de Viena sobre o direito dos tratados de 1969. O professor levou, então, ao debate a sua preocupação com o tratamento diferenciado dos tratados que versem sobre temas humanitários:

A meu ver, esses tratados são dotados de especificidade própria. Eles são voltados à proteção do mais fraco, à proteção das vítimas.

Muitos internacionalistas, não raro, tentam aplicar a esses tratados o mesmo aparato conceitual com que abordam, por exemplo, qualquer outro tratado internacional, como, por exemplo, um tratado de cooperação técnica, ou um tratado de amizade, ou de navegação, ou qualquer outro.

A meu ver, não se pode abordar esse tipo de tratado humanitário da mesma forma. Eles impõem uma interpretação própria, porquanto não estabelecem um elenco de direitos e garantias a serem interpretados em termos de vantagens e concessões recíprocas entre as partes contratantes. Não é o caso. Esses tratados são voltados para determinado objetivo; são direcionados à proteção das vítimas. Por conseguinte, sua interpretação, a meu ver, não cabe às partes contratantes, mas aos órgãos internacionais de supervisão. Quando o Estado, no exercício pleno de sua soberania, decide aderir a esses tratados, ele está aceitando, por vontade livre e soberana, um elenco de garantias adicionais de proteção dos direitos individuais no plano internacional. As regras, por exemplo, da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, em matéria de reservas, não podem, a meu ver, ser aplicadas no caso dos tratados humanitários da mesma forma como o são em relação a outros tratados em geral. Isso porque a Convenção de Viena, ao estabelecer uma série de regras, inclusive no que se refere à questão de reservas, não se reporta a casos específicos de tratados que estabelecem, eles próprios, mecanismos de implementação.<sup>676</sup>

O professor Carlos Roberto de Siqueira Castro, na 4ª Reunião de Audiência Pública da Subcomissão, em 28 de abril 1987, traz ao debate um tema de extrema importância: a necessidade de se editar uma legislação progressista e consciente objetivando eliminar para o ser humano o perigo e a insalubridade. O professor se referiu a um diploma normativo internacional com o intuito de demonstrar que o assunto já foi anteriormente tratado, embora continue precisando de normatização interna. Assim sugeriu:

Ora, as Nações Unidas, desde a célebre declaração de 1967, contra toda discriminação contra a mulher, já indicava que não é este o melhor caminho a ser seguido nessa seara, que não se trata de alijar a mulher de um importante seguimento do mercado do trabalho, como a construção civil, a título de exemplo, considerada atividade perigosa para a mulher. Se se está de uma atividade perigosa e insalubre, ela assim o é não apenas para a mulher, mas para o homem também. O que se há de fazer, neste caso, é editar uma legislação progressista, consciente, que elimine para o ser

---

<sup>676</sup> BRASIL, República Federativa do. Diário Oficial da União. Suplemento Diário da Assembleia Nacional Constituinte, Reunião da subcomissão do direito e garantias individuais, 27 de maio de 1987, página 110.

humano o perigo, a insalubridade. E a discriminação que se possa fazer na área laboral só se justifica quando o tipo de trabalho exigir efetivamente a força física do homem que, na maioria das vezes, não é muito diferente da mulher. E tenha-se em conta, como faz a legislação da Escandinávia, sobretudo da Suécia e da Dinamarca, que hoje, no século da tecnologia avançada, em que o botão e a alavanca substituem com grande valia a força física, pouquíssimas são as atividades em que o dado da natureza humana, o sexo ou a força do sexo pode servir de paradigma discriminatório.<sup>677</sup>

Doutora Leonor Nunes de Paiva, representante da OAB – Mulher do Rio de Janeiro, complementando o exposto pela Constituinte Dirce Tutu Quadros, no dia 28 de abril de 1987, na 4ª Reunião de Audiência Pública, afirmou que os direitos da pessoa humana devem decorrer da soberania popular e que faz parte do rol de obrigações do poder público tomar medidas políticas, econômicas, sociais e educacionais que garantam a eficácia social de cada um desses direitos. Ademais, Leonor Nunes apresentou a ONU como um dos órgãos internacionais que propunha a eliminação de toda e qualquer forma de discriminação. Assim expõe sua opinião quando lhe foi concedida a palavra:

Os direitos fundamentais da pessoa humana devem decorrer da soberania popular. Os direitos e garantias da pessoa humana não são meras declarações. Cabe ao Poder Público tomar medidas políticas, econômicas, sociais e educacionais que garantam a eficácia social desses direitos. O direito de igualdade deve ser previsto perante e na lei. A discriminação será punida por lei como crime inafiançável. O direito de petição para todas as pessoas físicas, jurídicas ou grupo de pessoas deve ser revigorado, estabelecendo-se o dever de resposta. O direito de ação deve ser permitido aos grupos desfavorecidos e interessados na defesa dos chamados interesses difusos. A Constituição deve explicitar que as discriminações positivas não ferem o princípio da isonomia. Quanto a esta última proposta, não tive tempo de me estender sobre ela na minha fala. Em decorrência da existência do princípio da igualdade na Constituição, toda medida que se tome em favor da eliminação da discriminação, em alguns setores da vida pública, e até mesmo da vida privada, é chamada de inconstitucional, justamente porque fere o princípio da igualdade. Então, posso até trazer um exemplo para a nossa categoria de advogados, com um fato concreto ocorrido durante a instalação da Comissão Feminina OAB Mulher. A própria ONU - não somos nós que estamos dizendo isso aqui agora - tem uma Convenção para a eliminação de todas as formas de discriminação e prevê o que se chama discriminação positiva, ou seja, toda medida que o Poder Público tome, inclusive essa medida legislativa em função de eliminar as discriminações, não pode ser considerada inconstitucional.<sup>678</sup>

Aqui, fica claro que os direitos subjetivos, especialmente aqueles que figuram em instrumentos internacionais, são considerados no exercício do poder constituinte, pois emergem como parte de seus próprios fundamentos. Além disso, a proposição de abertura do

<sup>677</sup> BRASIL, República Federativa do. Diário Oficial da União. Suplemento Diário da Assembleia Nacional Constituinte, Reunião da subcomissão dos direitos e garantias individuais, 27 de maio de 1987, página 120.

<sup>678</sup> BRASIL, República Federativa do. Diário Oficial da União. Suplemento Diário da Assembleia Nacional Constituinte, Reunião da subcomissão dos direitos e garantias individuais, 27 de maio de 1987, página 93.

texto constitucional às chamadas “ações afirmativas”, que promovem o princípio da igualdade, é um reflexo de demandas da sociedade pela elevação do patamar de inclusão nos programas e operações de sistemas sociais parciais que ingressaram nas Constituições a partir da formação do Estado do Bem Estar Social, como educação e saúde.

Na 5ª Reunião de Audiência Pública, em 29 de abril de 1987, também utilizando diplomas normativos internacionais como fundamento para embasar e tornar ainda mais clara a sua resposta, Antônio Augusto Cançado Trindade, respondendo às indagações apresentadas pelo Constituinte Costa Ferreira no que se diz respeito às consequências do *apartheid*, optou por dividir a sua resposta em duas partes, sendo a segunda aqui evidenciada:

Agora, quanto à segunda parte da pergunta de V. Ex<sup>a</sup>, sobre a questão da inclusão ou não na Constituição, veria com mais cuidado. Continuo pensando que a melhor solução seria aquela que propus ao final de minha exposição, isto é, um dispositivo, na Constituição, que determinasse que dentre os princípios que regem a conduta do Brasil no plano nacional e internacional estão o da promoção e proteção dos direitos humanos - a que o Brasil se vê obrigado, não apenas pelos direitos humanos consagrados na Constituição e pelos princípios democráticos dela decorrentes, como também pelos tratados internacionais de que o Brasil é parte. É fundamental a adesão do Brasil a esses tratados. Felizmente, em matéria de discriminação racial, já aderimos à Convenção de 1965, sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial. Essa convenção é peremptória e estabelece um comitê internacional para a eliminação de todas as formas de discriminação racial. O Estado acusado tem de comparecer perante esse Comitê, encaminhar relatórios e prestar os devidos esclarecimentos. Então, vejo que se atrelarmos os instrumentos internacionais à Constituição, não haverá necessidade de especificar uma questão relativa aos direitos humanos, por mais grave que seja, porque, automaticamente, esse tipo de garantia já estará assegurado e os tipos de condenação à discriminação racial já estarão determinados pela interação entre a Constituição e os Estados internacionais humanitários de que o Brasil é parte.<sup>679</sup>

A proposição do professor Cançado Trindade repercutiu em dois dispositivos constitucionais do texto final: o artigo 4º, II, que inclui a “prevalência dos direitos humanos” entre os princípios que regem as relações internacionais do Brasil, e o parágrafo 2º do artigo 5º, já mencionado, que estabelece que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes (...) dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

---

<sup>679</sup> BRASIL, República Federativa do. Diário Oficial da União. Suplemento Diário da Assembleia Nacional Constituinte, Reunião da subcomissão dos direitos e garantias, 27 de maio de 1987, página 113.

## CONCLUSÃO

No momento histórico em que a Constituinte brasileira de 1987-88 aconteceu, a sociedade passava por transições em diversos campos. No Brasil, uma evidente transição política, saindo de um regime militar, autoritário e antidemocrático para um Estado Democrático de Direito fundado em uma Constituição cidadã. No mundo, havia uma transição política, com o ocaso do regime soviético, o fim da Guerra Fria e a queda do Muro de Berlim, em 1989, com toda sua simbologia em torno da divisão do mundo em capitalistas e socialistas, uma transição econômica, saindo de um paradigma de maior intervenção do Estado, inclusive nos países capitalistas, para uma modelo de escala global, que propõe a redução das regulações sobre o mercado e o recuo da participação do Estado nas atividades econômicas, e uma transição tecnológica, com o avanço da computação e com a evolução da era digital a partir dos anos 1990, que culmina com o surgimento da Internet. Todo este ambiente em intensas transformações influenciou nos trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte.

A análise dos debates ocorridos nas audiências públicas das Subcomissões da Comissão I (Comissão de Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher) da Assembleia Nacional Constituinte, ocorridas entre abril e julho de 1987, revela como as variadas descrições da realidade interferem na definição das restrições que determinam a estrutura do sistema jurídico constitucional. Como o resultado das operações da ANC será o acoplamento estrutural entre a política e o direito, naturalmente, o embate entre esses sistemas também se evidencia a partir de uma observação de segunda ordem. Porém, as demandas originadas dos sistemas sociais parciais desterritorializados foram intensamente comunicadas, fazendo com que a política e o direito precisem assimilar conjuntamente todas elas, cabendo à ANC decidir quais delas entrariam, e quais ficariam de fora, da programação constitucional.

O recurso a conceitos comuns ao direito interno e ao direito internacional foi frequente e a manifestação dos convidados sempre evidenciou preocupações com os aspectos de coexistência e de cooperação do Estado brasileiro na comunidade internacional. A dinâmica dos debates também permitiu observar que os constituintes demonstravam um receio dos riscos que um envolvimento mais intenso do Estado com as operações do sistema de direito internacional poderiam proporcionar para a soberania e a independência do Brasil, em razão das pressões que a economia poderia fazer sobre a política e o direito. Isto é, já havia fenômenos transconstitucionais que eram observados, principalmente, pelos observadores de outros sistemas sociais.



No entanto, grande parte dos fenômenos transconstitucionais não foram devidamente assimilados, pois não havia, no sistema científico, reflexão suficiente acerca dos processos de interação entre o Estado e o entorno. A doutrina não estava atenta a esse fenômeno, por conta das lentes teóricas centradas na figura do Estado e que consideravam apenas a auto-observação do poder constituinte. Isto é, descreviam apenas aquilo que o próprio constituinte dizia de si mesmo, e não aquilo que a ciência podia dizer sobre ele, em uma observação de segunda ordem. Assim, por mais que as manifestações nas audiências públicas tenham chamado a atenção para a existência de fenômenos como o transconstitucionalismo e o direito global, a comunicação efetiva não se completava, pois o sistema científico não conseguia fazer a tradução do sentido daquela manifestação.

Por outro lado, a comunicação por meio de conceitos comuns a mais de um sistema social proporcionou uma interação no campo dos sentidos. Ao serem assimilados, os diferentes sentidos podem modificar os programas do sistema que irá se diferenciar ao aplicar a estes conceitos sua própria linguagem. É importante também perceber como, nos debates das subcomissões, as operações da ANC proporcionaram entrelaçamentos que permitiram a manifestação da racionalidade transversal, o que acelerou e apurou as trocas de informações e, conseqüentemente, viabilizou um aprendizado necessário para elevar o grau de sensibilidade com as demandas dos outros sistemas sociais parciais.

No que tange especificamente ao direito internacional, o grau de assimilação e apreensão dos conceitos de coexistência foi alto, pois foram compreendidos como pressupostos do próprio Estado e de todo o processo de constitucionalização em curso. Portanto, as referências a noções como soberania, independência e território foram frequentes e, em geral, bem aceitas, especialmente no que se referia aos riscos de corrupção dos sistemas jurídico e político pela interferência de outros sistemas parciais, principalmente a economia. Esta situação reflete também nas comunicações que propuseram a domesticação da economia, com a sugestão de inclusão no texto constitucional de conceitos como protecionismo e nacionalização do mercado e de empresas, monopólios estatais etc., solução que, em muitos casos, provocou ruídos posteriores, seja porque não foi capaz de atender às expectativas, seja porque reações provenientes do sistema econômico produziram mudanças no texto constitucional por meio do poder constituinte derivado.

Já no que atine ao direito internacional cooperativo, a assimilação foi mais difícil, ainda mais em razão as contingências de momento e dos conhecimentos disponíveis. Como foi visto, muitos dos fenômenos atualmente estudados acerca da influência dos sistemas parciais mundializados sobre os sistemas territorializados não eram observados ou,

quando o eram, mesmo que a sua descrição fosse canalizada nem sempre havia uma apreensão do seu sentido. Ainda assim, é perceptível nas falas dos convidados para as audiências públicas uma preocupação constante com a adoção de um texto que refletisse o viés cooperativo, que foi considerado característico da diplomacia brasileira, e que deixasse aberturas para novos avanços nesta direção. No entanto, quanto ao campo dos direitos subjetivos, por exemplo, a dimensão discursiva derivada do sistema de direito internacional, notadamente na proteção dos direitos humanos, teve uma recepção quase sempre positiva (com exceção dos enfrentamentos na seara trabalhista em razão dos ruídos provocados pelo sistema econômico), o que foi simbolicamente importante para que a Constituição fosse apelidada de “cidadã”.

Deste modo, uma observação de segunda ordem permitiu perceber como a interação do sistema de direito internacional com a ANC promoveu enlaces que levaram a reflexões sobre a necessidade e a oportunidade de se ajustar os programas do direito interno em consonância com as expectativas do direito internacional. Resta demonstrado, assim, que o sistema de direito internacional interagiu comunicativamente com a ANC, como sistema de organização da sociedade, interferindo nas decisões que foram tomadas e que resultaram no texto da Constituição de 1988.

É importante ressaltar que o recorte proposto não permitiu a observação de como outras questões internacionais, como a proteção do meio ambiente, o esporte, a saúde, a educação e as migrações, por exemplo, foram debatidas na ANC, o que pode ser objeto de pesquisas futuras. Também não foram consideradas outras variáveis, como a formação técnica dos membros da ANC, que podem ter influenciado nas decisões tomadas. Os materiais disponíveis sobre os trabalhos da Constituinte de 1987-88 são muito fartos e merecem maiores investigações por parte da academia brasileira.

Por fim, a partir das conclusões obtidas nesta pesquisa e do resultado dos debates, cotejando aquilo que ingressou com o que não ingressou no texto constitucional, é possível observar que uma parte relevante das comunicações que fluíram na ANC, mas que não foram referendadas nas decisões, terminou por resultar em irritações posteriores no sistema jurídico constitucional. Esses ruídos provocados pelo ambiente ensejaram novas chamadas do poder constituinte, agora o reformador, para fazer atualizações nas programações do sistema jurídico de maneira a atender as demandas sociais e a criar novas expectativas possíveis de resultado de suas próprias operações.

Particularmente, no que se refere à incorporação de direitos fundamentais provenientes de instrumentos internacionais sobre direitos humanos, bem como à abertura

cognitiva do sistema deixada pelo disposto no parágrafo segundo do artigo 5º e, ainda, à força de princípio dada à prevalência dos direitos humanos no artigo 4º, inciso II, fica evidente que as decisões da ANC foram no sentido de uma adesão integral aos programas do sistema de direito internacional, o que deveria ser considerado na interpretação posterior do texto constitucional.

É preciso reconhecer que, em parte, isso ocorreu, como no caso da proibição de prisão do depositário infiel, da incorporação da jurisdição compulsória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, da adesão ao Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, na criação do Incidente de Deslocamento de Competência da Justiça Estadual para a Justiça Federal em caso de graves violações de direitos humanos (artigo 109, parágrafo quinto da Constituição) e na aprovação de tratados sobre direitos humanos com força de emenda constitucional. Por outro lado, a interpretação restritiva ao parágrafo segundo do artigo 5º, a mutação constitucional na interpretação do princípio da inocência, com a permissão da aplicação dos efeitos da pena de prisão após o julgamento de condenação penal em segunda instância, mas antes do trânsito em julgado da decisão condenatória, a reforma no direito do trabalho e a decisão do Tribunal Superior Eleitoral que ignorou uma manifestação do Comitê de Direitos Humanos criado pelo Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, são decisões que não parecem estar alinhadas com o programa adotado na Constituição de 1988.

Outro programa do sistema de direito internacional que aparece no texto constitucional é a incorporação como princípio que rege o Brasil nas relações internacionais, no artigo 4º, inciso IX, a cooperação entre os povos para o progresso da humanidade. Com efeito, esse dispositivo também deve ser considerado como uma abertura cognitiva à sociedade mundial, pois menciona diferentes conceitos que proporcionam entrelaçamentos discursivos capazes de produzir uma racionalidade transversal. As noções de “povos”, “progresso”, “humanidade” e “cooperação”, possibilitam interações comunicativas com outros Estados e, principalmente, com organizações internacionais, que são programadas para a mobilização de conexões entre os Estados para o atendimento de demandas surgidas a partir da interação com os sistemas sociais parciais. Assim, a Constituição incorporou uma dimensão de responsabilidade do Estado nas relações interestatais que podem resultar em demandas da comunidade internacional.

No âmbito do funcionamento da ANC como organização, a programação das subcomissões, com as audiências públicas e os debates, permitiu um intercâmbio construtivo entre a política e os outros sistemas sociais parciais. A participação do sistema de direito

internacional neste processo foi crucial, pois as normas gerais internacionais remontam às bases da modernidade, recriando as condições de manifestação do poder constituinte originário. Considerando, primeiro, que a continuidade do Estado durante a transição constitucional é garantida, entre outros fatores, pela ordem internacional, e, segundo, que a participação do Estado nas relações de interdependência da comunidade internacional exige uma predisposição para a cooperação para a solução de problemas observados no ambiente da sociedade mundial, que não podem ser enfrentados isoladamente, nem pela lógica da reciprocidade, a ANC possibilitou o entrelaçamento do sistema de direito internacional com o sistema político, permitindo assimilações e aprendizados e proporcionando reflexões imprescindíveis para as decisões que foram tomadas na elaboração do texto constitucional.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABI-SAAB, Georges. “Fragmentation or Unification: some concluding remarks” in **International Law and Politics**. Vol. 31, pp. 919-933, 1999.

ACCIOLY, Hildebrando. **Tratado de Direito Internacional Público**. 4 vol. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

ACCIOLY, Hildebrando et al. **Manual de Direito Internacional Público**. 22<sup>a</sup>. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

AGO, R.; SCHIEDERMAIR, W; RIPHAGEN, A; TRUYOL SERRA; FEENSTRA, R. **Commemoration of the Fourth Centenary of the Birth of Grotius**. Recueil des Cours, 1992-I (v. 232). The Hague: International Law Academy, 1992.

AKASHI, Kinji. “Hobbes’s Relevance to the Modern Law of Nations” em **Journal of the History of International Law**, v. 2, pp. 199–216, 2000.

AKASHI, Kinji. “Japan-Europe” em FASSBENDER, Bardo e PETERS, Anne. **The Oxford Handbook of History of International Law**. Oxford: OUP, 2012.

AMARAL JR., Alberto do. **Curso de Direito Internacional Público**. 2<sup>a</sup> ed. São Paulo: Atlas, 2011.

ARATO, Andrew. “Conventions, Constituent Assemblies, and Round Tables: Models, principles and elements of democratic constitution-making”. **Global Constitutionalism**, 1, 2012, pp 173-200.

ARAÚJO, Luiz Alberto David de e NUNES JR., Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 7<sup>a</sup> ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

ARBUET-VIGNALI, Heber. “El Fundamento del derecho Internacional Público”, em JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo et al. **Derecho Internacional Público: principios, normas y estructuras**. Tomo I, Montevideu: Fundación de Cultura Universitaria, 2005.

ATIENZA, Manuel. “Constitucionalismo, Globalización y Derecho”, em Federación de Cajas de Ahorros Vasco-Navarras (ed.). **La globalización en el siglo XXI: retos y dilemas**, Vitoria-Gasteiz: Federación de Cajas de Ahorros Vasco-Navarras, 2008.

ATIENZA, Manuel. “Dos Versiones del Constitucionalismo”, em **Doxa**, Cuadernos de Filosofía del Derecho, n. 34, 2011, pp. 73-88.

ARENDT, Hannah. **Sobre a Revolução**. São Paulo: Cia. das Letras, 2011.

ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. 2<sup>a</sup> ed. atualizada por Rosolea Miranda Folgosi. São Paulo: Malheiros, 2007.

ÁVILA, Humberto (org.) **Fundamentos do Estado de Direito**: estudos em homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. “Teoria Geral da Revisão Constitucional e Teoria da Constituição originária” em **Revista de Direito Administrativo**, v. 198, 1994, pp. 47-63.

BARBERIS, Julio A. **Formación del derecho internacional**. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1994.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 5ª ed. rev., amp. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. “Vinte Anos da Constituição Brasileira De 1988: o Estado a que chegamos”, publicado na Internet em [https://www.migalhas.com.br/arquivo\\_artigo/art20081127-03.pdf](https://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20081127-03.pdf), acessado em 02.12.2018

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BEDIN, Gilmar Antônio et al. **Paradigmas das Relações Internacionais**. 3ª ed. Ijuí: Editora Unijuí, 2011.

BENVENISTI, Eyal, “The Conception of International Law as a Legal System” em **German Yearbook of International Law**, V. 50, p. 393-405, 2008.

BERCOVICI, Gilberto. “Constituição e Política: uma relação difícil” em **Lua Nova**, n. 61, pp. 5-24, 2004.

BERCOVICI, Gilberto. “O Poder Constituinte do Povo no Brasil: um Roteiro de Pesquisa sobre a Crise Constituinte”, em **Lua Nova**, São Paulo, n. 88, pp. 305-325, 2013.

BERNARDES, Marcia Nina. “Esferas públicas transnacionais: entre o realismo vestfaliano e o cosmopolitismo” em **Revista Direito GV**, vol.10, no.1, São Paulo jan./jun. 2014.

BILDER, Mary Sarah. “Colonial Constitutionalism and Constitutional Law” em BROPHY, Alfred L.; HAMILTON, Daniel W. (eds.) **Transformations in American Legal History: Essays in Honor of Morton J. Horwitz**, Cambridge: Harvard University Press, 2009.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto. **A Teoria das Formas de Governo**. 10ª ed. Trad. Sérgio Bath. Brasília: Editora UnB, 1997.

BOBBIO, Norberto. **O problema da guerra e as vias da paz**. Trad. Álvaro Lorencini. São Paulo: UNESP, 2003.

BOBBIO, Norberto. **O Terceiro ausente: ensaios e discursos sobre a paz e a guerra**. Trad. Daniela Beccaccia. Org. Pietro Polito. Barueri: Manole, 2009.

BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral do Direito**. Trad. Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

BODIN, Jean. **Les Six Livres de la République**: Un abrégé du texte de l'édition de Paris de 1583. Édition Édition et présentation de Gérard Mairet. Paris: Librairie générale française, 1993

BONAVIDES, Paulo. **A Constituição Aberta**. 2ª ed. São Paulo : Malheiros, 1996.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13ª. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

BONAVIDES, Paulo. **Constituinte e Constituição. A Democracia. O Federalismo. A Crise Contemporânea**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BORGES, Thiago Carvalho. **Curso de Direito Internacional e Direito Comunitário**. São Paulo: Atlas, 2011.

BRANT, Celso. **Poder Constituinte e Soberania**. Rio de Janeiro: Editora da Mobilização Nacional, 1986.

BRUNKHORST, Hauke. “Rumo a uma Nova Ordem Global: Vinte anos após 1989 e além”, trad. Sebastião Nascimento, em **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, Vol. 26, n. 77, 2011, pp. 25-30.

BULL, Hedley. **A Sociedade Anárquica**: um estudo da ordem política mundial. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado/UnB/IPRI, 2002.

BURKE-WHITE, William W. “International Legal Pluralism” em **Michigan Journal of International Law**, Vol. 25, 2004, pp. 963-979.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Direito e diferenciação social**. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAMPOS, Ricardo. “A Metamorfose do Direito Global para uma Genealogia do Direito além do Estado Nacional no limiar do Século XIX” em FORTES, Pedro; CAMPOS, Ricardo; BARBOSA, Samuel (coord.). **Teorias Contemporâneas do Direito**: o direito e as incertezas normativas. Curitiba: Juruá, 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 1992.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **“Brançosos” e a Interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2017.

CAPELLA, Juan Ramón. **Materiales para la Crítica de la Filosofía del Estado**. Barcelona: Editorial Fontanella, 1976.

CARNEIRO, Wálber Araujo. “Estado do Direito no Estado de Direito: por uma ecologia de suas possibilidades” em MORAIS, José Luis Bolzan de (org.). **Estado & Constituição: o “fim” do Estado de Direito**. Florianópolis: Tirant lo blanch, 2018a.

CARNEIRO, Wálber Araujo. “Os Direitos Fundamentais da Constituição e os Fundamentos da Constituição de Direitos: Reformulações Paradigmáticas na Sociedade Complexa e Global” em **Revista Direito Mackenzie**, v. 12, n. 1, 2018b, pp. 129-165.

CARNEIRO, Wálber Araujo. “Teorias Ecológicas do Direito: por uma reconstrução crítica das teorias do direito”. No prelo.

CARVALHO, Luiz Maklouf. **1988: Segredos da Constituinte**. Rio de Janeiro: Record, 2017.

CASELLA, Paulo Borba. **Fundamentos do Direito Internacional Pós-moderno**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

CASELLA, Paulo Borba. **Direito Internacional no Tempo Moderno: de Suarez a Grócio**. São Paulo: Atlas, 2014.

CASSESE, Antonio. **Modern Constitutions and International Law**. Recueil des Cours, n. 192, The Hague : International Law Academy, 1985.

CASSESE, Antonio. **International Law**. Oxford: OUP, 2004.

CICCO FILHO, Alceu José et al. (org). **Direito Internacional na Constituição: Estudos em homenagem a Francisco Rezek**. São Paulo: Saraiva, 2014.

CLARK, Ian. **Legitimacy in International Society**. Oxford : OUP, 2005.

COHEN, Youssef; BROWN, Brian R.; e ORGANSKI, A. F. K. “The Paradoxical Nature of State Making: The Violent Criation of Order” in **The American Political Science Review**, Vol. 75, No. 4 (Dec., 1981), pp. 901-910.

COLÓN-RÍOS, Joel I. “De-Constitutionalizing Democracy”, em **California Western Law Review**, v. 47, p. 41, 2010.

COLÓN-RÍOS, Joel I. “The Legitimacy of the Juridical: Constituent Power, Democracy, And The Limits of Constitutional Reform” **Victoria University of Wellington Legal Research Papers**, Volume 1, n. 4, 2011.

COLÓN-RÍOS, Joel I. “Carl Schmitt and Constituent Power in Latin American Courts: The Cases of Venezuela and Colombia” em **Victoria University of Wellington Legal Research Papers**, Volume 2, n. 6, 2012.

COLÓN-RÍOS, Joel I. “Apuntes sobre legitimidad democrática y asambleas constituyentes” em **Revista Argentina de Teoría Jurídica**, Vol. 16, n. 2, dic. 2015.

COLÓN-RÍOS, Joel I. “Five Conceptions of Constituent Power” em **Victoria University of Wellington Legal Research Papers**, Volume 7, n. 31, 2017.

COSTA, Pietro e ZOLO, Danilo (org.). **O Estado de Direito: História, teoria, crítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.



COMPARATO, Fábio Konder. **Muda Brasil: uma constituição para o desenvolvimento democrático**. 2º ed. Brasília: Editora Brasiliense, 1986.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 3º ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CRAWFORD, James. **The Creation of States in International Law**. Oxford: Clarendon Press, 1979.

CRAWFORD, James. **Chance, Order, Change: The Course of International Law**. The Hague: All-Pocket, 2014.

CRETELLA NETO, José. **Teoria Geral das Organizações Internacionais**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CRUZ, Paulo Márcio. **Da Soberania à Transnacionalidade: Democracia, Direito e Estado no Século XXI**. Itajaí: Univale, 2014.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Constituição e Constituinte**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1985.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **A Constituição na vida dos povos: da Idade Média ao Século XXI**. São Paulo: Saraiva, 2010.

DALLARI, Pedro. **Constituição e Relações Exteriores**. São Paulo: Saraiva, 1994.

DANTAS, Ivo. **Poder Constituinte e Revolução**. Bauru: Jalovi, 1985.

DANTAS, Miguel Calmon. **Constitucionalismo Dirigente e Pós-Modernidade**. São Paulo: Saraiva, 2009.

DELBRÜCK, Jost. “The International Obligation to Cooperate – an Empty Shell or a Hard Law Principle of International Law? - a Critical Look at a Much Debated Paradigm of Modern International Law” em HESTERMEYER, Holger P. et al (ed.). **Coexistence, Cooperation and Solidarity**, Vol.1, Leiden/Boston: Martinus Nijhoff, 2012.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Três desafios para um Direito Mundial**. Trad. Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 149-167.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Por um Direito Comum**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

DUPUY, Pierre-Marie. **L’Unité de l’Ordre Juridique International: cours général de droit international public**, Leiden/Boston: Martinus Hijhoff Publishers, 2003.

DUPUY, Pierre-Marie. **Droit International Public**. 7a ed. Paris: Dalloz, 2004.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. “A New Philosophy for International Law” em **Philosophy & Public Affairs** 41, no. 1, 2013.

DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**: justiça e valor. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

DYZENHAUS, David. “Constitutionalism in an old key: Legality and constituent power” em **Global Constitutionalism**, 1:2, 2012, pp. 229– 260.

EVANS, Malcolm (ed.). **International Law**. 4ª ed. Oxford: OUP, 2014.

FAORO, Raymundo. **Assembleia Constituinte: a legitimidade recuperada**. São Paulo: Brasiliense, 1986.

FAORO, Raymundo et al. **Constituição e Constituinte**. Cadernos Apamagis, n. 6, São Paulo: RT, 1987.

FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2004.

FARIA, José Eduardo (org.). **Direito e Globalização Econômica**: implicações e perspectivas. São Paulo: Malheiros, 2010.

FARIAS, José Fernando de Castro. **Crítica à Noção Tradicional de Poder Constituinte**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1988.

FEBBRAJO, Alberto. “Constitutional Orders?” em **Revista Direito Mackenzie**, v. 11, n. 1, 2017, pp. 11-51.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed. rev, amp. e atual. Salvador : JusPodium, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. “Más ala de la Soberanía y la Ciudadanía” em **Isonomía** n. 9, 1998, pp. 173-184.

FERRAJOLI, Luigi. “La Crisis de la Democracia en la Era de la Globalización” em **Anales de la Cátedra Francisco Suárez**, 39 (2005), 37-51.

FERRAJOLI, Luigi. **A Soberania no Mundo Moderno**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. “¿Democracia sin Estado?”, publicado em 2011 na Internet em <http://www.rebellion.org/noticia.php?id=121400>, acesso em 19.11.2017.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Normas Constitucionais Programáticas: normatividade, operatividade e efetividade**. São Paulo: RT, 2001.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Constituinte: assembleia processo poder**. 2ª ed. ampl. São Paulo: RT, 1986.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O poder constituinte**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 34ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FERREYRA, Raúl Gustavo. **Manifesto do Estado Constitucional**: Regras fundamentais sobre os Antecedentes e Justificação da Associação Estatal. Trad. Bem Hur Rava. São Paulo: Malheiros, 2018.

FIGUEIREDO, Marcelo. **O Controle de Constitucionalidade e de Convencionalidade no Brasil**. São Paulo: Malheiros, 2016.

FINKELSTEIN, Cláudio. **Direito Internacional**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución. De la Antigüedad a nuestros días**. Trad. Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2001.

FISCHER-LESCANO, Andreas; TEUBNER, Gunther. “Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law” em **Michigan Journal of International Law**, Vol. 25, 2004, pp. 999-1046.

FISCHER-LESCANO, Andreas. “Struggles for a global Internet constitution: protecting global communication structures against surveillance measures” em **Global Constitutionalism**, 5 : 2, 2016, pp. 145-172.

FREITAS, Hudson Couto Ferreira de. **Teoria(s) do Poder Constituinte**: visão clássica, visão moderna e visão contemporânea. Belo Horizonte: Arraes, 2010.

FRIEDMANN, Wolfgang. “The Changing Dimensions of International Law” em **Columbia Law Review**, Vol. 62, No. 7, Nov., 1962, pp. 1147-1165.

FRIEDMANN, Wolfgang. “The Role of International Law in the Conduct of International Affairs” em **International Journal**, Vol. 20, No. 2, Spring, 1965, pp. 158-172.

FRIEDMANN, Wolfgang. **Mudança da Estrutura do Direito Internacional**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1971.

FRIEDMANN, Wolfgang. **General Course in Public International Law**. *Recueil des Cours*. The Hague: International Law Academy, 1971.

GENTILI, Alberico. **O Direito da Guerra**. *De Iure Belli Libri Tres*. 2ª ed. Trad. Ciro Mioranza. Ijuí: Unijuí, 2006.

GIDDENS, Anthony. **Capitalismo e Moderna Teoria Social**. 4ª. ed. Trad. Maria do Carmo Cary. Lisboa: Editorial Presença, 1994.

GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. Trad. António M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 2ª ed. Lisboa: Gulbenkian, 1995.

GOUREVITCH, Peter. “The Second Image Reversed: the International Sources of Domestic Politics” em **International Organization**, n. 32, 4, 1978, pp. 881-912.

GOUVÊA, Carina. “Constitucionalismo Político e Constitucionalismo Jurídico: a perspectiva de um olhar convergente”, na Internet em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=92e0c17c05add607>, acessado em 21.10.2018.

GOZZI, Gustavo. “History of International Law and Western Civilization” em **International Community Law Review**, n. 9, 2007, pp. 353–373.

GRIMM, Dieter. “Constitutionalism: Part-Present-Future”, em **Nomos**, disponível na Internet em <http://www.nomos-leattualitaneldiritto.it/wp-content/uploads/2018/09/Grimm.-conv-11.05.pdf>, acessado em 23.11.2018.

GROTIUS, Hugo. **O Direito da Guerra e da Paz. De Iure Belli ac Pacis**. v. 1 e 2. Tradução: Ciro Mioranza. 2. ed. Ijuí: Unijuí, 2005.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. “A dimensão processual dos direitos fundamentais e na Constituição” em **Revista de Informação Legislativa**, ano 35, n. 137, jan/mar, 1998, pp. 13-21.

HÄBERLE, Peter. “La Constitución ‘en el Contexto’” em **Anuário Interamericano de Justicia Constitucional**, n. 7, 2003, pp. 223-245.

HÄBERLE, Peter. **Estado Constitucional Cooperativo**. Trad. Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. 2 Vol., Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós nacional: ensaios políticos**. São Paulo: Littera Mundi, 2002.

HABERMAS, Jürgen. “A Political Constitution for the Pluralist World Society” em **Anales de la Cátedra Francisco Suárez**, n. 39, 2005, pp. 121-132.

HABERMAS, Jürgen. “The Constitutionalization of International Law and the Legitimation Problems of a Constitution for World Society” em **Constellations**, vol. 15, n. 4, 2008, p. 444-455.

HART, H. L. A. **O Conceito de Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

HELD, David. “A democracia, o Estado-nação e o sistema global” em **Lua Nova**, n. 23, março 1991, pp. 145-194.

HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. São Paulo: Mestre Jou, 1968.

HESPANHA, António Manuel. **História das Instituições: épocas medieval e moderna**. Coimbra: Almedina, 1982.

HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais de Direito Constitucional**. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocência Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 4ª ed. Brasília : Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2009.

HOBBSAWN, Eric. **A Era dos Impérios: 1875-1914**. São Paulo: Paz e Terra, 2012.

HÖFFE, Otfried. **A Democracia no Mundo de hoje**. Trad. Tito Lívio Cruz Romão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

HURREL, Andrew. “Global inequality and international institutions” em **Metaphilosophy**, v. 32, n. 1-2, Oxford, January 2001.

IANNI, Octavio. **A Sociedade Global**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1992.

IANNI, Octavio. **Teorias da Globalização**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1995.

JESSUP, Phillip C. **Direito Transnacional**. Rio de Janeiro: Editora Fundo de Cultura, 1966.

JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. “Crisis del Estado y estado constitucional” em **Revista Secuencia**, n. 57, 2008, pp. 9-30.

KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**, Lisboa: Gulbenkian, 2001.

KAY, Richard S. “Constituent Authority”. **American Journal of Comparative Law**, 59(3), 2011, pp. 715–761.

KELSEN, Hans. **Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public**, *Recueil des Cours*, IV, t.14, The Hague: ILA, 1926.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Trad. Luís Carlos Borges. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KELSEN, Hans. **O Estado como Integração: um confronto de princípios**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KENNEDY, David “International Legal Education”, em **Harvard International Law Journal** (26), 1985, p. 361-384.

KEOHANE, Robert O. **After Hegemony: Cooperation and Discord in the World Political Economy**. Princeton: Princeton University Press, 1984.

KOSKENNIEMI, Martti. **The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and fall of International Law 1870-1960**. Cambridge: CUP, 2001.

KOSKENNIEMI, Martti. **From Apology to Utopia: the structure of international legal argument**. Cambridge: CUP, 2005.

KOSKENNIEMI, Martti (ed.). Comissão de Direito Internacional (CDI). **Fragmentation of International Law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law**. A/CN.4/L.682, 2006.

KOSKENNIEMI, Martti. “International Legislation Today: limits and possibilities”, in **Winsconsin International Law Journal**, Vol. 23, n. 1, na Internet em <https://hosted.law.wisc.edu/wordpress/wilj/files/2012/02/allott.pdf>, acesso em 20.01.2018.

KRASNER, Stephen D. (ed.). **International Regimes**. New York: Cornell University Press, 1995.

KRASNER, Stephen D.. “Causas Estruturais e Consequências dos Regimes Internacionais: Regimes como Variáveis Intervenientes”, em **Revista de Sociologia Política**, Curitiba, v. 20, n. 42, p. 93-110, jun. 2012.

LADUR, Karl-Heinz. “The Theory of Auropoiesis as an Approach to a Better Understanding of Postmodern Law: From the Hierarchy of Norms to the Heterarchy of Changing Patterns of Legal Inter-relationships”. **EUI Working Paper Law**, n. 99/3, 1999.

LAFER, Celso. “Ordem, Poder e Consenso: caminhos da constitucionalização do direito internacional” em BONAVIDES, Paulo et al. **As Tendências atuais do Direito Público: estudos em homenagem ao Professor Afonso Arinos**. Rio de Janeiro: Forense, pp. 89-110, 1976.

LAFER, Celso. “Direito Constitucional e Direito Internacional: considerações sobre o art. 4º, III, da Constituição de 1988 e o Parecer Consultivo da Corte Internacional de Justiça sobre a independência do Kosovo” em CICCIO FILHO, Alceu José, VELLOSO, Ana Flávia Penna e ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira (org.). **Direito Internacional na Constituição: estudos em homenagem a Francisco Rezek**. São Paulo: Saraiva, 2014.

LAPORTA, Francisco. “Globalización e Imperio de la Ley. Algunas dudas Westfalianas” em **Anales de la Cátedra Francisco Suárez**, 39 (2005), 243-265.

LASSALE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2014.

LE FUR, Louis. **Précis de Droit International Public**. 10ª ed. Paris: Dalloz, 1933.

LOCKE, John. **Dois Tratados sobre o Governo**. Trad. Julio Fisher. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LOCKE, John. **Segundo Tratado do Governo Civil**. Trad. Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. São Paulo : Vozes, disponível na Internet em [http://www.netmundi.org/home/wp-content/uploads/2018/04/locke-segundo\\_tratado\\_sobre\\_o\\_governo.pdf](http://www.netmundi.org/home/wp-content/uploads/2018/04/locke-segundo_tratado_sobre_o_governo.pdf), acessado em 24.01.2019.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1965

LOSANO, Mario G. **Sistema e Estrutura no Direito. Vol.1: das origens à escola histórica.** São Paulo: Martins Fontes, 2008.

LOSANO, Mario G. “Derecho Turbulento: en busca de nuevos paradigmas en las relaciones entre derechos nacionales y normativas supraestatales” em **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n. 28, 2005, pp. 159-182.

LOPES, José Reinado Lima. **O Direito na História.** 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Poder Constituinte Reformador: limites e possibilidades da revisão constitucional brasileira.** São Paulo: RT, 1993.

LUHMANN, Niklas, “A Constituição como Aquisição Evolutiva”. Tradução livre feita por Menelick de Carvalho Netto a partir do original *La costituzione come acquisizione evolutiva*. In: ZAGREBELSKY, Gustavo (coord). **Il Futuro Della Costituzione.** Torino: Einaudi, 1996.

LUHMANN, Niklas. **La Sociedad de la Sociedad.** Cidade do México: Herder, 2006.

LUHMANN, Niklas. **Los derechos fundamentales como institución.** Cidade do México: Oak Editorial, 2010.

LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade.** Trad. Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

MACEDO, Paulo Emílio Borges de. **O nascimento do Direito Internacional.** São Leopoldo: Unisinos, 2009.

MACMILLAN, Margaret. **A Primeira Guerra Mundial.** Trad. Gleuber Vieira. São Paulo: Globo Livros, 2014.

MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. **Os artigos federalistas: 1787-1788.** Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

MAGALHÃES, José Carlos de. **O Supremo Tribunal Federal e o Direito Internacional: uma análise crítica.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

MAQUIAVEL Nicolau. **O Príncipe.** Trad. Maurício Santana Dias; trad. apêndices Luiz A. de Araújo. São Paulo : Penguin Classics Companhia das Letras, 2010.

MARINHO, Josaphat. **À Margem da Constituinte.** Brasília: Brasília Jurídica, 1992.

MARTINS, Ana Maria Guerra. **Direito Internacional dos Direitos Humanos.** Coimbra: Almedina, 2006.

MARTINS, Pedro Baptista. **Da Unidade do Direito e da Supremacia do Direito Internacional.** Rio de Janeiro: Schmidt, ano ?

MAZZUOLI, Valério. **Curso de Direito Internacional Público.** 8ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: RT, 2014.

MCILWAIN, Charles Howard. **Constitucionalismo Antigo y Moderno**. Trad. José Rovira Armengol. Buenos Aires: Editorial Nova, 1947.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Eficácia das Normas Constitucionais e Direitos Sociais**. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 2 volumes. 15ª ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional** 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. “A Justiça Constitucional nos Contextos Supranacionais” em NEVES (coord.). **Transconstitucionalidade do Direito**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, pp. 243-286, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira e MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt (coord.). **Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988: análise crítica**. São Paulo: Saraiva, 2017.

MENEZES, Wagner (org.). **O Direito Internacional e o Direito Brasileiro: Homenagem a José Francisco Rezek**. Ijuí: Unijuí, 2004.

MENEZES, Wagner. **Ordem Global e Transnormatividade**. Ijuí: Unijuí, 2005.

MENEZES, Wagner. (org.) **Tribunais Internacionais e a relação entre o Direito Internacional e o Direito interno**. Belo Horizonte: Arraes, 2017.

MEYER, John W.; BOLI, John; THOMAS, George M.; RAMIREZ, Francisco O. “World Society and the Nation State” em **American Journal of Sociology**, vol. 103, n. 01, (July 1997), pp. 144-181.

MILLS, Alex. “The Private History of International Law” in **International and Comparative Law Quarterly**, vol. 55, n. 1, pp. 1-49, 2006.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MONROY CABRA, Marco Gerardo. **Derecho Internacional Público**. 6ª ed. Bogotá: Temis, 2011.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MORAIS, José Luís Bolzan de; VIEIRA, Gustavo Oliveira. “Estado e Constituição em tempos de abertura: a crise conceitual e a transição paradigmática num ambiente intercultural” em **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, n. 5(2), pp. 133-140, 2013.

MORAIS, José Luís Bolzan de; SARAIVA, Bruno Cozza (org.). **Estado e Constituição**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.



MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

NAGEL, Thomas. “The Problem of Global Justice” em **Philosophy & Public Affairs**, 33, n. 02, pp. 113-147.

NASSER, Salem Hikmat. “Comentário” [ao texto MENDES, Gilmar Ferreira. “A Justiça Constitucional nos Contextos Supranacionais”] em NEVES (coord.), **Transconstitucionalidade do Direito**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, pp. 299-301.

NEGRI, Antonio. **O Poder Constituinte: ensaio sobre as alternativas da modernidade**. Trad. Adriano Pilatti. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.

NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. Guarulhos: Editora Acadêmica, 1994.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

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

NEVES, Marcelo (coord.). **Transconstitucionalidade do Direito**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

NEVES, Marcelo. **Constituição e Direito na Modernidade Periférica: uma abordagem e uma interpretação do caso brasileiro**. São Paulo: Martins Fontes, 2018.

NYS, Ernest. “The Codification of International Law”. **American Journal of International Law**, vol. 5, n. 4, 1911, pp. 871-900.

NYS, Ernest(ed.). **Francisci de Vitória. De Indis et de Ivre Belli. Relectiones**. Trad. para o inglês John Pawley Bate. Nova Iorque; Londres: Oceana Publications Inc. e Wildy & Sons Ltda., 1964.

NYE, Joseph S., Jr. **Soft Power: the means to success in world politics**. New York: Public Affairs, 2004.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Poder Constituinte e Patriotismo Constitucional: o projeto constituinte do estado democrático de direito na teoria discursiva de Jürgen Habermas**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

ONUMA, Yasuaki. “When was the Law of International Society Born? – An Inquiry of the History of International Law from na Intercivilizational Perspective” in **Journal of the History of International Law** n. 2, 2000.

ONUMA, Yasuaki. **A Transcivilization Perspective on International Law**, *Recueil des Cours*, Cambridge: CUP, 2017.

ORAKHELASHVILI, Alexander. **Peremptory Norms in International Law**. Oxford : OUP, 2006.

ORGANSKI, Abraham F. K. **World Politics**. 2ª Ed. Nova Iorque: Knopf, 1958.

PELLET, Alain. **Recherche sur les Principes Generaux de Droit em Droit International**. Thèse pour le doctorat, Université de Droit, d'Économie et de Sciences Sociales de Paris, 1974.

PEREIRA, Moacir. **O Poder Constituinte**. Florianópolis: Lunardele, 1986.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Perspectivas e Tendências atuais do Estado Constitucional**. Trad. José Luis Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012

PETERS, Anne. “The Transparence Turn of International Law” em **Chinese Journal of Global Governance**, n. 1, 2015, pp. 3-15.

PILATTI, Adriano. **A Constituinte de 1987-1988: progressistas, conservadores, ordem econômica e regras do jogo**. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016.

RANGEL, Vicente Marotta. **Direito e Relações Internacionais**. 5ª ed. São Paulo: RT, 1997.

RAWLS, John. **The Law of Peoples**. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

RAZ, Joseph. **O Conceito de Sistema Jurídico**. São Paulo: Martins Fontes, 2012

RÉMOND, René. “O movimento das nacionalidades” em **O Século XIX**. São Paulo: Cultrix, 1993.

ROCHA, Antônio Sérgio. “Genealogia da Constituinte: do autoritarismo à democratização” em **Lua Nova**, São Paulo, n. 88, pp. 29-87, 2013.

ROCHA, Leonel Severo; TONET, Fernando. “A interconstitucionalidade como produção jurídica descentralizada dentro das novas observações estatais” em **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 115, pp. 473-496, jul./dez. 2017.

ROELOFSEN, Cornelius G. “International Arbitrations and Courts” em FASSBENDER, Bardo e PETERS, Anne. **The Oxford Handbook of History of International Law**. Oxford: OUP, 2012

ROTHEMBURG, Walter Claudius. **Princípios Constitucionais**. Porto Alegre: Fabris, 1999.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social**. Trad. Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 2015.

SAHLI, Fatiha e EL OUAZZANI, Abdelmalek. “Africa North of Sahara and Arab Countries”, in FASSBENDER, Bardo e PETERS, Anne. **The Oxford Handbook of the History of International Law**. Oxford: OUP, 2012

SAMPAIO, Nelson de Sousa. **O Poder de Reforma Constitucional**. 3ª ed. Rev. e atual. por Uadi Lamêgo Boulos. Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1995.

SARMENTO, Daniel. “21 Anos da Constituição de 1988: a Assembleia Constituinte de 1987/1988 e a Experiência Constitucional Brasileira sob a Carta de 1988” em **DPU**, nº 30, Nov-Dez/2009, pp. 7-41.

SCELLE, George. **Précis de droit des gens: principes et systématique**. Paris: Dalloz, 2008.

SCHIOPPA, Antonio Padoa. **História do Direito na Europa: da Idade Média à Idade Contemporânea**. Trad. Marcos Marcionilo e Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

SCHMITT, Carl. **O Conceito do Político**. Trad. Alexandre Franco de Sá. Coimbra: Edições 70, 2015.

SCHWARZENBERGER, Georg. “Three Types of Law” in **Ethics**, Vol. 53, n. 2, pp. 89-97, 1943.

SCIULLI, David. **Theory of Societal Constitutionalism: foundations of a non-marxist critical theory**. Cambridge: CUP, 1992.

SHAW, Malcolm N. **Direito Internacional**. Trad. Marcelo Brandão Cipolla, Lenita Ananias do Nascimento e Antonio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A Constituinte Burguesa: Qu'est que le Tiers État?** 4ª ed. Trad. Norma Azevedo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 17ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, José Afonso da. **Poder Constituinte e Poder Popular**. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Teoria do Conhecimento Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA, Nuno José Espinosa Gomes da. **História do Direito português. Fontes do Direito**. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2000.

SILVA, Virgílio Afonso. “Colisões de direitos fundamentais entre a ordem nacional e a ordem transnacional” em NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalidade do Direito**. São Paulo: Quartier Latin, pp. 101-112, 2010.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Direito Ambiental e Sustentabilidade**. Curitiba: Juruá, 2006.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. “Decisão, Organização e Risco: a forma da decisão jurídica para além da segurança e da legitimidade” em **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, v. 37.1, jan/jun 2017, pp. 259-279, p. 260.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. “A Comunicação do Poder mm Niklas Luhmann” em **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, v. 97, 2008, pp. 154-178.

SIMMA, Bruno e PULKOWSKY, Dirk. “Of Planets and the Universe: Self-contained Regimes in International Law” in **The European Journal of International Law**, vol. 17, n. 3, p. 483-529, 2006.

SLAUGHTER, Anne-Marie. "International Law and International Relations Theory: a Dual Agenda" em **American Journal of International Law**, vol. 87, n. 205, 1993.

SLAUGHTER, Anne-Marie. **The New World Order**. Princeton: Princeton University Press, 2004.

SMEND, Rudolf. **Constitución y Derecho Constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

SOUZA, José António de Camargo Rodrigues de. “Marsílio de Pádua e a ‘plenitudo potestatis’”. **Revista Portuguesa de Filosofia**, t. 39, Fasc. 1/2 (Jan. - Jun., 1983), pp. 119-170.

SOUZA, José António de Camargo Rodrigues de. “As Idéias de Guilherme de Ockham sobre a Independência do Poder Imperial” em **Franciscan Studies**, vol. 46, 1986, pp. 253–284. JSTOR, [www.jstor.org/stable/41975075](http://www.jstor.org/stable/41975075), acessado em 25 de maio de 2018.

STRAYER, Joseph R. **On the Medieval origins of Modern State**. Princeton: Princeton University Press, 2005

SUAREZ, Francisco. **Selection from Three Works**: De legibus, ac Deo legislatore, 1612; Defensio Fidei Catholicae, et Apostolicae adversus Anglicanae sectae errores, 1613; De Triplici Virtute Theologica, fide, spe, et charitate, 1621. Trad. para o inglês Gwladys L. Williams, Ammi Brown e John Waldron. Oxford : Clarendon Press; Londres: Humphrey Milford, 1944.

SWEEZY, Paul et al. **A Transição do Feudalismo para o Capitalismo**. 5ª ed. Trad. Isabel Didonnet. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1977.

TELLES JR, Goffredo. **O Povo e o Poder**: o conselho do planejamento nacional. São Paulo: Malheiros, 2003.

TEUBNER, Gunther. “Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society” em TEUBNER, Gunther(ed.). **Global Law Without a State**. Brookfield: Dartmouth, 1997, pp. 3-28.

TEUBNER, Gunther; FISCHER-LESCANO, Andreas. “Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law” em **Michigan Journal of International Law**, Vol. 25, 2004, pp. 999-1046.

TEUBNER, Gunther. “‘Unitas Multiplex’: A Organização do Grupo de Empresas como exemplo”, em **Revista Direito GV**, v. 1, n. 2, 2005, pp. 77-110.

TEUBNER, Gunther. “The Project of Constitutional Sociology: Irritating Nation State Constitutionalism” em **Transnational Legal Theory**, 4(1), pp. 44–58, 2013.

TEUBNER, Gunther. “Constitucionalismo social: nove variações sobre o tema proposto por David Sculli” em FORTES, Pedro; CAMPOS, Ricardo; BARBOSA, Samuel (coord.). **Teorias Contemporâneas do Direito: o direito e as incertezas normativas**. Curitiba: Juruá, 2016a.

TEUBNER, Gunther. **Fragmentos Constitucionais: constitucionalismo social na globalização**. São Paulo: Saraiva, 2016b.

THORNHILL, Chris. “Niklas Luhmann and the sociology of the constitution” em **Journal of Classical Sociology**, n. 10(4), 2010, pp. 315-337.

THORNHILL, Chris. “Contemporary constitutionalism and the dialectic of constituent power” in **Global Constitutionalism**, n. 1, 3, nov/2012, pp. 369-404.

THORNHILL, Chris, “Rights and Constituent Power in the Global Constitution” em **International Journal of Law in Context**, n. 10, 2014, pp. 357-396.

THORNHILL, Chris. “The Sociology of Constitutions” em **Annual Review of Law and Social Science**. n. 13, 2017, pp. 493-513.

TOURARD, Hélène. **L’Internationalisation des Constitutions Nationales**. Paris: L. G. D. J., 2000.

TOURME-JOUANNET, Emmanuelle. “Des origines coloniales du droit international: à propos du droit des gens moderne au 18<sup>ème</sup> siècle”, in DUPUY, Pierre-Marie e CHETAIL, Vincent. **The Roots of International Law**. Leiden: Brill, 2014.

TOURME-JOUANNET, Emmanuelle. **O Direito Internacional**. Trad. Thiago Rocha da Fonseca. 2003, disponível na Internet em <https://etourmejouannet.files.wordpress.com/2014/10/e-tourme-jouannet-o-direito-internacional.pdf>, acessado em 12.03.2017.

TREVES, Tullio. **Diritto Internazionale: problemi fondamentali**. Milão: Giuffrè, 2005.

TREVES, Tullio “Fragmentation of International Law: the Judicial Perspective” em **Agenda Internacional**, n. 27, 2009.

TRIEPEL, Karl Heinrich. **Les rapports entre le droit interne et le droit international**. Recueil des Cours. The Hague: International Law Academy, 1923.

TRIEPEL, Karl Heinrich. **As Relações entre o Direito Interno e o Direito Internacional**. Trad. Amílcar de Castro. Belo Horizonte: UFMG, 1964.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Fabris, 2003, 3v.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **International Law for Humankind: towards a new *Jus Gentium***. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2006, 2v.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Direito das Organizações Internacionais**. 4a. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **El Ejercicio de la Función Judicial Internacional: memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. “Memorial por um novo *Jus Gentium*, o Direito Internacional da Humanidade”, em **Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional**, n. 119-124, v.1, 2013.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A Humanização do Direito Internacional**. 2ª. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Dey Rey, 2015.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Princípios do direito internacional contemporâneo**. 2ª. ed. rev. atual. Brasília: FUNAG, 2017.

TUSHNET, Mark. **The Inevitable Globalization of Constitutional Law**, Public Law & Legal Theory Working Papers n. 09-06, p. 1-2, na Internet em <http://ssrn.com/abstract=1317766>, acessado em 12.06.2017.

UNGER, Roberto Mangabeira. **Law in Modern Society. Towards a criticism of Social Theory**. New York: The Free Press, 1976.

VAN CREVELD, Martin. **Ascensão e declínio do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

VARELLA, Marcelo Dias. **Internacionalização do Direito: direito internacional, globalização e complexidade**. Brasília : UniCEUB, 2013.

VATTEL, Emer de. **O direito das gentes**. Trad. Vicente Marotta Rangel. Brasília: Editora Universidade de Brasília: Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais, 2004.

VEC, Miloš. “From the Congress of Vienna to the Paris Peace Treaties of 1919” in FASSBENDER, Bardo e PETERS, Anne. **The Oxford Handbook of the History of International Law**. Oxford: OUP, 2012.

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **Teoria dos Sistemas e o Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009.

VON CLAUSEWITZ, Carl. **On War**. Princeton: Princeton University Press, 1976.

WEBER, Max. **Economía e Sociedad**. 2ª ed. Trad. José Medina Echevarria et al. Bogotá: Fondo de Cultura Económica, 1977.

WEBER, Max. **A ética protestante e o “espírito” do capitalismo**. Trad. José Marcos Mariani de Macedo. São Paulo: Cia. das Letras, 2004.

WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. 4ª ed. Trad. A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Gulbenkian, 2010.

WOLFF, Christian. **Jus Gentium Methodo Scientifica Pertractatum**. Trad. para inglês de Joseph H. Drake. Oxford: Clarendon Press, 1934.

WOLFRUM, Rüdiger. “International Law of Cooperation” in **Max Planck Encyclopedia of Public International Law**, última atualização em abril, 2010. Na Internet em: <http://2061/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1427?rskey=dndMWk&result=6&prd=EPIL>, acessado em 24 de janeiro de 2018.

WUERTH, Ingrid. “International Law in the Post-Human Rights Era” em **Texas Law Review**, Vol. 96, pp. 279-349, 2017.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia**. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

## ANEXO

Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988. Composição das Comissões e Subcomissões:

I – Comissão de Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher (Presidente: Deputado Mario Assad – PFL-MG, Relator: Senador José Paulo Bisol – PMDB-RS). Compunha-se da Subcomissão da Nacionalidade, da Soberania e das Relações Internacionais (Presidente: Deputado Roberto Ávila – PDT-RJ, Relator: Deputado João Herrmann Netto – PMDB-SP); da Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais (Presidente: Deputado Antônio Mariz – PMDB-PB, Relator: Deputado Darcy Pozza – PDS-RS); e da Subcomissão dos Direitos Políticos, dos Direitos Coletivos e Garantias (Presidente: Deputado Maurílio Ferreira – PMDB-PE, Relator: Deputado Lysâneas Maciel – PDT-RJ);

II – Comissão da Organização do Estado (Presidente: Deputado José Thomaz Nono – PFL-AL, Relator: Senador José Richa – PMDB-PR). Compunha-se da Subcomissão da União, Distrito Federal e Territórios (Presidente: Deputado Jofran Frejat – PFL-DF, Relator: Deputado Sigmaringa Seixas – PMDB-DF); da Subcomissão dos Estados (Presidente: Senador Chagas Rodrigues – PMDB-PI, Relator: Deputado Siqueira Campos – PDC-GO); e da Subcomissão dos Municípios e Regiões (Presidente: Deputado Luiz Alberto Rodrigues – PMDB-MG, Relator: Deputado Aloysio Chaves – PFL-PA).

III – Comissão da Organização dos Poderes e Sistema de Governo (Presidente: Deputado Oscar Corrêa – PFL-MG, Relator: Deputado Egídio Ferreira Lima (PMDB-PE). Compunha-se da Subcomissão do Poder Legislativo (Presidente: Deputado Bocayuva Cunha – PDT-RJ, Relator: Deputado José Jorge – PFL-PE); da Subcomissão do Poder Executivo (Presidente: Deputado Albérico Filho – PMDB-MA, Relator: Senador José Fogaça – PMDB-RS); e da Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público (Presidente: Deputado José Costa – PMDB-AL, Relator: Deputado Plínio de Arruda Sampaio – PT-SP).

IV – Comissão da Organização Eleitoral, Partidária e Garantia das Instituições (Presidente: Senador Jarbas Passarinho – PDS-PA, Relator: Deputado Prisco Vianna – PMDB-BA). Compunha-se da Subcomissão do Sistema Eleitoral e Partidos Políticos (Presidente: Deputado Israel Pinheiro – PMDB-MG, Relator: Deputado Francisco Rossi – PTB-SP); Subcomissão de Defesa do Estado, da Sociedade e de sua Segurança (Presidente: Deputado José Tavares – PMDB-PR, Relator: Deputado Ricardo Fiúza – PFL-



PE); Subcomissão de Garantia da Instituição, Reformas e Emendas (Presidente: Deputado Fausto Fernandes – PMDB-PA, Relator: Deputado Nelton Friedrich – PMDB-PR).

V – Comissão do Sistema Tributário, Orçamento e Finanças (Presidente: Deputado Francisco Dornelles – PFL-RJ, Relator: Deputado José Serra – PMDB-SP). Compunha-se da Subcomissão de Tributos, Participação e Distribuição de Receitas (Presidente: Deputado Benito Gama – PFL-BA, Relator: Deputado Bezerra Coelho – PMDB-CE); da Subcomissão de Orçamento e Fiscalização Financeira (Presidente: Deputado João Alves – PFL-BA, Relator: Deputado José Luiz Maia – PDS-PI); e da Subcomissão do Sistema Financeiro (Presidente: Senador Cid Sabóia de Carvalho – PMDB-CE, Relator: Deputado Fernando Gasparian – PMDB-SP).

VI – Comissão da Ordem Econômica (Presidente: Deputado José Lins – PFL-CE, Relator: Senador Severo Gomes – PMDB-SP). Compunha-se da Subcomissão Princípios Gerais, Intervenção do Estado, Regime de Propriedade do Subsolo e Atividade Econômica (Presidente: Deputado Delfim Neto – PDS-SP, Relator: Deputado Virgildásio de Senna – PMDB-BA); da Subcomissão da Questão Urbana e Transporte (Presidente: Senador Dirceu Carneiro – PMDB-SC, Relator: Deputado José Ulysses de Oliveira – PMDB-PE); e da Subcomissão da Política Agrícola e Fundiária e Reforma Agrária (Presidente: Senador Edison Lobão – PFL-MA, Relator: Deputado Oswaldo Lima Filho – PMDB-PE).

VII – Comissão da Ordem Social (Presidente: Deputado Edme Tavares – PFL-PB, Relator: Senador Almir Gabriel – PMDB-PA). Compunha-se da Subcomissão dos Direitos dos Trabalhadores e Servidores Públicos (Presidente: Deputado Geraldo Campos – PMDB-DF, Relator: Deputado Mario Lima – PMDB-BA); Subcomissão de Saúde, Seguridade e do Meio Ambiente (Presidente: Deputado José Elias Murad – PTB-MG, Relator: Deputado Carlos Mosconi – PMDB-MG); e Subcomissão dos Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias (Presidente: Deputado Ivo Lech – PMDB-RS, Relator: Deputado Alcení Guerra – PFL-PR).

VIII – Comissão da Família, da Educação, Cultura e Esportes, da Ciência e Tecnologia e da Comunicação (Presidente: Senador Marcondes Gadelha – PFL-PB, Relator: Deputado Artur da Távola – PMDB-RJ). Compunha-se da Subcomissão de Educação, Cultura e Esportes (Presidente: Deputado Hermes Zanetti – PMDB-RS, Relator: Senador João Calmon – PMDB-ES); da Subcomissão da Ciência e Tecnologia e da Comunicação (Presidente: Deputado Arolde de Oliveira – PFL-RJ, Relatora: Deputada Cristina Tavares – PMDB-PE); e da Subcomissão da Família, do Menor e do Idoso (Presidente: Deputado Nelson Aguiar – PMDB-ES, Relator: Deputado Eraldo Tinoco – PFL-BA).