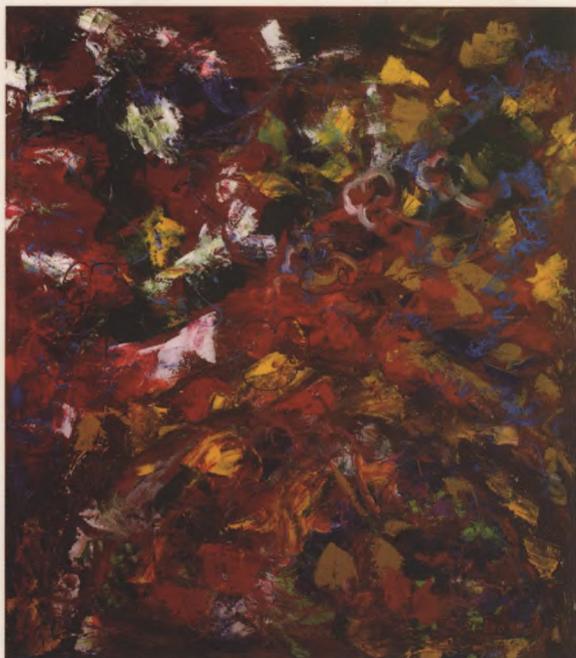


REVISTA DE
HISTÓRIA
DAS IDEIAS



O ESTADO

VOLUME 26, 2005

INSTITUTO DE HISTÓRIA E TEORIA DAS IDEIAS
FACULDADE DE LETRAS DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA

O ESTADO NO DIREITO CONSTITUCIONAL INTERNACIONAL **

§§1º O Direito Constitucional Internacional

É um lugar comum a deslocação do mundo dos Estados, na maioria das vezes Estados-Nação, para o mundo das *constelações pós-nacionais*. O "pós-estadual" e o "pós-nacional" surgem sistematicamente como a marca dos tempos globais.

Neste contexto, não admira que o "Estado Constitucional" apareça hoje confrontado com o chamado direito constitucional internacional. Fala-se, com efeito, de "direito constitucional integrado", de "estados nacionais ou supranacionais", de "constitucionalismo pós-nacional", de "estado constitucional cooperativamente aberto", de "estados constitucionais abertos". Por sua vez, as constituições dos Estados "supranacionalizaram-se" ou "internacionalizaram-se". Quer isto dizer que os Estados se integraram em comunidades políticas supranacionais ou em sistemas políticos internacionais globalmente considerados. Os problemas do Estado e da Constituição só lograrão reconhecimento jurídico e político se integrados no *direito constitucional internacional* (R. Uerpmann, "Internationales Verfassungsrecht", in *Juristenzeitung*, 2001, p. 565 ss).

* Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

** Capítulo do livro *Brançosos e Interconstitucionalidade*. *Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*, a sair brevemente na Livraria Almedina.

Do lado do direito internacional, as ideias-chave não deixam também de ser incisivas. Os autores referem-se à "progressiva constitucionalização do direito internacional" e detectam um conteúdo jurídico-constitucional no direito organizativo das organizações internacionais, nos pactos e convenções sobre direitos humanos e no direito económico internacional (cf. Ernst-Ulrich Petersmann, *Constitutional Functions and Constitutional Problem of International Economic Law*, 1991; Joseph Weiler, *The EU, the WTO and the NAFTA. Towards a Common Law of International Trade*, 2000; Stean Langer, *Grundlagen einer internationalen Wirtschaftsverfassung*, 1995; Peter-Tobias Stoll, *Freihandel und Verfassung. Einzelstaatliche Gewährleistung und die konstitutionnelle Funktionaler Welthandelsordnung - GATT/WTO, ZaöRR*, 57 (1997), p. 83 ss). As fronteiras entre o direito constitucional e o direito internacional ter-se-iam estreitado a tal ponto que se torna possível tratar, hoje, conjuntamente, do *direito constitucional internacional* e do *direito internacional constitucional* (Christian-Tomuschat, "International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the New Century", in *Recueil des Cours*, 281,1999, p. 9 ss).

Não bastam, como parece óbvio, fórmulas lapidares ou expressões sugestivas para recortar com rigor as dimensões básicas de um direito constitucional internacional. Vejamos quais são, a nosso ver, os problemas do constitucionalismo global.

§§ 2º

Qual é o problema central?

Há hoje uma *questão constitucional* no contexto do constitucionalismo global. Essa questão, quando comparada com a questão dos movimentos constitucionais dos secs. XVIII, XIX e XX, pode formular-se assim (cf. G. Teubner, "Globale Zivilverfassungen: Alternativen zur staatszentrierten Verfassungstheorie", in *ZaöRV*, 1/2001, p. 2):

"enquanto o problema da constituição nacional era a limitação jurídica do poder absoluto, o problema do constitucionalismo global reconduz-se à regulação de outras dinâmicas sociais relacionadas com a digitalização, a privatização e a rede global".

Se este é o problema, trata-se então de saber como é que se poderão captar os contornos jurídicos de uma constituição global. Vejamos.

1. A transferência do paradigma constitucional nacional

Alguns autores procuraram recortar a constituição global de urna forma muito semelhante à utilizada para as constituições internas. É o que se passa com a tentativa de erigir a *Carta das Nações Unidas* criada pela *international community* no exercício de um poder político mundialmente legitimado (Bardo Fassbender (1998), "The United Nations Charter as Constitution of the International Community", in *Columbia Journal of Transnational Law*, 37, pp. 529-619; Pierre-Marie Dupuy (1997), "The Constitutional Dimension of the Charter of the United Nations revisited", in *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 1, pp. 1-33).

Esta posição pretende alicerçar-se em posições filosóficas e teóricas conhecidas sob o nome geral de *teorias cosmopolitas* (Otfried Höffe (2001), *Königliche Völker: zu Kants Kosmopolitische Rechts und Friedens- Theorie*, Frankfurt, Suhrkamp; John Rawls (1993), *The Law of Peoples*, in Shute/Hurley, *On Human Rights The Oxford Amnesty Lectures*, New York, Basic Books; Jürgen Habermas, (1998), *Die postnationale Konstellation. Politische Essays*, Frankfurt, Suhrkamp).

A principal crítica que se dirige a estas posições é a de que elas assentam em "grandes fantasmagorias normativas" que não têm em conta as diferenças estruturais entre uma sociedade/comunidade estatal e uma sociedade/ / comunidade internacional e, sobretudo a nível da organização colectiva, das tomadas de decisão, da organização de interesses e da formação democrática da vontade (assim, Anton Schütz (1997), "The Twilight of the Global Polis: on Losing Paradigms, Environing Systems and Observing World Society", in Gunther Teubner (or.), *Global Law Without a State*, Aldershot Dartmouth Gower, 257-293; G. Teubner, "Global Zivilverfassungen...", *cit.*, p. 3).

2. A ideia de Constituição sem Estado a nível global

A ideia de constituição anda geralmente associada à ideia de Estado. Mesmo que esta associação não se afigure totalmente correcta, poderemos partir de um paradigma de *constituição estatal*. Ora, não existindo um "Estado mundial" parece ser uma proposta mais aceitável aquela que alguns autores fazem salientando as potencialidade do conceito de *constituição global sem Estado mundial*. Não fica, porém, claro nestas posições quem é que substitui o Estado na qualidade de entidade política ordenadora. Com efeito, alguns parecem contentar-se com as *interacções* de vários agentes

internacionais. Outros recortam os *sujeitos constitucionais* (cf. Christian Walter, 2001, "Constitutionalizing (Inter)national Governance: Possibilities for and Limits to the Development of an International Constitutional Law", in *German Yearbook of International Law*, vol. 44, pp. 170-201). Os sujeitos internacionais do processo de constitucionalização global seriam, desde logo, as organizações internacionais, as uniões internacionais de trabalhadores, as organizações não governamentais. Além destes sujeitos, o indivíduo ganharia estatuto na constituição mundial como sujeito titular de direitos fundamentais e de direitos humanos.

3. A constituição global dos direitos fundamentais

A terceira orientação a favor de uma constituição global toma como ponto de partida os direitos fundamentais e os direitos humanos que formariam uma *constituição de direitos* global com a consequente imposição de *deveres*. Os direitos valeriam não apenas perante as instâncias políticas mas também perante centros de poder económico (Allan Rosas, "State Sovereignty and Human Rights: toward a Global Constitution Project", in *Political Studies*, XLIII (1995), p. 61 ss.; Peter Muchbinski (2001), "Human Rights and Multinationals: is there a problem?", in *International Affairs*, vol. 77, pp. 31-48).

4. Rede de constituições sociais globais

Com contornos mais ou menos indefinidos, sugere-se também que os vários subsistemas sociais-internacionais poderão vir a dotar-se de esquemas reguladores semelhantes aos de uma constituição. É o caso, por exemplo, da "constituição da Internet", da "constituição do sistema de saúde", da "constituição da investigação genética e dos sistemas reprodutivos", da institucionalização do "diálogo interreligioso". As posições orientadas neste sentido são qualificadas como propostas de um *constitucionalismo societal* e a elas dedicaremos alguns dos desenvolvimentos seguintes.

§§3º

A desdemocratização constitucional através da globalização e democratização compensatória transnacional

A construção de *constituições civis globais* como alternativas a uma teoria da constituição estatalmente centrada (G. Teubner) não pode

descurar o impacto que a globalização e a *global governance* provocaram nos sistemas democráticos tradicionais. É neste contexto que se costumam abordar os chamados *deficits democráticos* do constitucionalismo global (Held, *Democracy and the New International Order*, 1995; Kohler/Koch/Ulbert, *Internationalisierung, Globalisierung und Entstaatlichung*, 1997; U. Beck, *Wie wird Demokratie im Zeitalter der Globalisierung und Demokratie*, 2000; H. Brunkhorst/M. Kettner, *Globalisierung und Demokratie*, Frankfurt/M, 2000). Verifica-se que os princípios de uma democracia constitucional ancorada no poder político do Estado - legitimação, representação, responsabilidade, controlo - são dificilmente adaptáveis a estruturas de poder globais assentes em relações económicas, militares, culturais e políticas também globais. A dificuldade de adaptação dos princípios democráticos origina os deficits democráticos que poderão resumir-se da seguinte forma.

Deficite democrático I - Dependência crescente sem participação no domínio

O argumento pode formular-se assim: as decisões dos Estados têm cada vez mais efeitos extraterritoriais em virtude das interdependências globais. Consequentemente, elas dizem respeito, de forma crescente, a outras pessoas diferentes daquelas que escolheram os titulares da decisão (cf., por último, Anne Peters, *Elemente einer Theorie der Verfassung Europas*, Berlin, 2001, p. 745). Assim, basta olhar para os riscos ambientais advindos de estados vizinhos ou para as poluições transfronteiriças causadas por indústrias poluentes autorizadas pelos Estados onde elas se localizam para vermos que os titulares das decisões políticas (os titulares clássicos do domínio) são uns e as pessoas afectadas por essas decisões são outras, sem qualquer participação nas actividades legitimatórias do poder político. Há, porém, que relativizar o argumento, pois ele parte, ou, pelo menos, tem subjacente, a ideia de identidade entre governantes e governados, o que, na realidade, não se verifica, mesmo nos estados constitucionais democráticos.

Deficite democrático II - Enfraquecimento do domínio político democrático

O argumento parte da seguinte ideia: os estados constitucionais democráticos assentam ou têm como estrutura fundante um governo *democraticamente* legitimado e com poderes ou competências de governo. Ora, dada a evolução no sentido da transnacionalização (empresas

multinacionais, organizações não governamentais, mobilidade e interação dos indivíduos), os governos nacionais perderam *poder* porque não estão em condições de exercer o governo sobre relações transnacionais. Em rigor, trata-se mais de *perda de poder* do que de déficit democrático, mas pode admitir-se que a impotência do governo democraticamente legitimado acarreta, como consequência necessária, o enfraquecimento do princípio democrático.

Deficite democrático III - Falta de controlo para os titulares de decisões não estaduais

Diz-se que a *global governance* se preocupa com a eficácia e não com a legitimação e que os agentes de governo global não são democraticamente legitimados. Tão pouco a organização interna das organizações internacionais prima pela obediência aos princípios democráticos. Isto acarreta também a falta de *controlo* e de *responsabilidade* (cf. F. Scharpf, *Demokratie in der transnationalen Politik*, 1998; J. Habermas, *Die Postnationale Konstellation*, 1998). Aceita-se que, pela sua própria natureza, a *global governance* se assemelha à religião e à economia que não podem pautar-se pelos princípios democráticos. Precisamente por isto, os modelos da *democracia cosmopolita* (David Held) ou da *democracia deliberativa* (Habermas) procuram avançar para estruturas democráticas em rede - parlamentos e governos nacionais, ombudsmann, tribunais, referendos transnacionais, agências internacionais sujeitas à publicidade crítica (Archibugi, *From the United Nations to the Cosmopolitan Democracy*, 1995; Hoffe, *Demokratie im Zeitalter der Globalisierung*, 1999). Subsiste, porém, o problema - já atrás referido - do mimetismo estatalista por parte destas teorias. Não admira, pois, a radicalização do discurso no chamado *Societal Constitutionalism* decididamente orientado para uma verdadeira ruptura dos paradigmas constitucionais (cf. David Scicelli, *Theory of Societal Constitutionalism*, 1992, Cambridge, Cambridge University Press; *Corporate Power in Civil Society: An Application of Societal Constitutionalism*, New York, 2001).

§§4º

A construção do "Societal Constitutionalism"

Se o constitucionalismo centrado no Estado se revela inadequado para compreender o "constitucionalismo global", pergunta-se: quais as dimensões fundamentais de um constitucionalismo voltado para as

constituições civis globais (Gunther Teubner, "Globale Zivilverfassungen: Alternativen zur staatszentrierten Verfassungstheorie", in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht: Heidelberg Journal of International Law*, 1/2003, p. 1 ss). Há que ter em conta várias dimensões (segue-se, aqui, embora não exclusivamente, G. Teubner, "Zivilverfassungen...", *cit.*, p. 11).

1. Constituições parciais e globalização policêntrica

A globalização é um processo policêntrico, como salientam vários autores (cf. Boaventura Sousa Santos, 1995, *Toward a New Common Sense: Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition*, New York, Routledge) que envolve vários domínios de actividade (economia, política, tecnologia, militar, cultural, ambiental). O policentrismo explica a função de *vários subsistemas globalizados autónomos*, articulados com a política internacional e em rede com outros subsistemas parciais globais.

2. Policentrismo e constitucionalismo

A emergência de sistemas parciais globais não significa automaticamente a constitucionalização jurídica destes mesmos sistemas. Dizer-se, por exemplo, que há um sistema parcial global das ciências genéticas isso não implica a existência, só por si, de uma constituição autónoma. Mais ainda: a *juridicização* de sistemas parciais globais não equivale à constitucionalização dos mesmos. É possível, porém, que, no âmbito dos sistemas sociais globais, se assista ao incrementalismo de normas constitucionais. O problema do "constitucionalismo societal" é, desde logo, saber se a democratização deliberativa pode ser estendida a actores sociais nos contextos nacionais e internacionais (Michael Dorf/Charles Sabel, 2003, *A Constitution of Democratic Experimentation*, Cambridge (Mass.); Wolfgang Streech, *Internationale Wirtschaft, nationale Demokratie: Herausforderungen für die Demokratietheorie*, 1998, Frankfurt/M.). Mas como?

3. Constituições civis sem política?

Uma teoria do constitucionalismo social global propõe que as constituições sociais globais se assumam como o que verdadeiramente devem ser:

- como *constituições parciais*, declaradamente limitadas a determinados sistemas sociais (economia, ciência, cultura) e evitando qualquer pretensão de constituição mundial;

- como *constituições civis*, fora da política, de forma a tornarem visíveis os contornos de autonomia - também constitucional - das constituições parciais globais;
- como constituições "*juridicizadas*", ou seja, constituições que não se limitem ao papel de "constituições materiais" (ou constituições reais) mas que contenham mecanismos de produção jurídica que lhe forneçam quadros jurídicos regulatórios, e, além disso, deem fundamento à legitimação e legitimidade de algumas das normas como normas superiores.

O desafio desta perspectiva radica, a nosso ver, na dificuldade de articulação das fontes jurídicas autónomas e das fontes jurídicas heterónomas constitutivas da "Constituição Civil" de um sistema social global autónomo. De certo que se afasta a ideia de um poder constituinte criador de uma "constituição civil". De certo que se aproveitam as redes de regulação - regulação organizativa, associações, fundos monetários, tribunais arbitrais - que vão incrementando normas constitucionais (cf. G. Teubner, "Globale Zivilverfassungen", *ZaōR*, 1 /2003, p. 15). Mas dentro desta rede regulatória autónoma e heterónoma o que é que se pode recortar como constituição? Quais são as dimensões constitutivas e caracterizadoras das normas constitucionais das constituições civis? A resposta, no fim de contas, não pode andar longe de alguns dos paradigmas associados ao constitucionalismo político:

- (1) *regulação jurídica* da "constituição civil", através do acoplamento entre "sistema social" e "lei reguladora" desse sistema;
- (2) *hierarquia normativa* dentro dos esquemas regulativos da constituição social, com diferenciação entre norma constitucional e regulamentação ordinária;
- (3) *controlo material* a partir de padrões materiais de controlo (ex.: direitos fundamentais) efectuado por instâncias jurisdicionais ou com poderes judiciais;
- (4) *organização constitucional formal, com procedimentos e processos*, ao lado de elementos não formais progressivamente regulativos da "constituição social" (constituição dual).

O esquema pode não ser idêntico para todas as "constituições civis". Mas o caminho do "*societal constitutionalism*" passará necessariamente por aqui.

5º

**Para uma crítica do
constitucionalismo sem política**

A proposta de *constituições civis globais fora da política* parte de premissas que se nos afiguram, pelo menos, problemáticas.

Em primeiro lugar, as "constituições sociais globais" respondem às exigências de uma espécie de "republicanismo contextual" em que a "dimensão civil" pressupõe um espaço político-público. Não basta, a nosso ver, falar de um acoplamento entre "sistema social" e "direito", antes se impõe descobrir como se articula a autoorganização sistémico-social com as regras políticas do espaço público. É que o acoplamento entre "sistema" e "direito" do sistema pressupõe um outro acoplamento que não é clarificado nas teorias das constituições civis globais - o *acoplamento* entre *governance global* e *direito global*. Daqui resulta que a regulação dos problemas sociais globais dos subsistemas globais tem a pretensão de *vinculatividade global* sem qualquer suspensão reflexiva em torno da legitimação política desta vinculatividade. Dizer-se, por exemplo, que a "lex informatica" ou a "lex electronica" arrancam de regras consuetudinárias e tecnológicas que, posteriormente, se juridicizam, não responde à questão colocada, ou seja, a legitimação da sua juridicidade.

Em segundo lugar, o constitucionalismo civil global pressupõe a *desestatização* e *comercialização/privatização* dos *sistemas civis globais*. Isto explica, desde logo, um clamoroso deficit de destes subsistemas constitucionais. Deixam na sombra os grandes problemas políticos globais. Não vemos como é que a privatização da política global pode introduzir agendas nuclearmente políticas (ex.: *Agenda for Peace*, *Agenda for Development*).

Em terceiro lugar, as constituições civis globais convocam sempre *altos graus de politicidade*. Assim, por exemplo, é questionável que a constituição civil do subsistema de saúde mundial dispense decisões sobre o político e a política de saúde quando se trata de combater a AIDS em países e continentes tragicamente pobres para adquirir medicamentos e produzir medicamentos. Do mesmo modo, é difícil estruturar uma constituição civil do sistema global ambiente se as traves mestras da defesa do ambiente, globalmente considerado, dependem de decisões eminentemente políticas como demonstram as vicissitudes da Declaração do Rio e do Protocolo de Kioto. Para citarmos mais um exemplo, é difícil conceber

uma constituição civil global sobre investigação genética com desprezo de dimensões ético-políticas a nível da eugenia global.

Em quarto lugar, no desenho das constituições civis globais fica por explicar a sua *acoplagem* com as *políticas nacionais*, quer estejam ou não plasmadas na Constituição. Se a literatura constitucionalista enfatiza até à exaustão a *reserva do possível* económico e social quando se trata de incrementar a realização dos direitos económicos, sociais e culturais, terá de se questionar como se pode estruturar uma constituição civil global que despreze à partida os *pressupostos fácticos* e *normativos* nacionais (e supranacionais, regionais) indispensáveis a essa mesma realização. Se as constituições civis globais, embora sejam constituições juridicamente autónomas, fazem parte de um sistema de redes aglutinador de vários subsistemas globais, eles terão de *estar também em rede* com subsistemas nacionais vinculados a regras-quadro ou até mesmo directivas politicamente programáticas das constituições nacionais.