

UNIVERSIDADE DE COIMBRA

**Boletim  
da  
Faculdade de Direito**

VOL. LXXXVIII

Tomo II

[SEPARATA]



COIMBRA  
2012

## CAMINHAMOS PARA A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA COMUNIDADE MUNDIAL?\*

ANNE PETERS

### 1. INTRODUÇÃO: CONSTITUCIONALISMO GLOBAL?

A questão central do constitucionalismo é a da relação entre o poder público e a liberdade e florescimento humanos. Numa perspectiva constitucionalística, a organização institucional tem carácter estritamente instrumental e há-de ser desenhada, na medida do possível, em vista da salvaguarda e promoção do bem-estar das pessoas físicas, seja enquanto indivíduos atomizados seja ao nível das suas relações de grupo.

O constitucionalismo afirma que os princípios do estado de direito, da separação de poderes, da protecção dos direitos fundamentais, da democracia e da solidariedade, bem como as instituições e mecanismos que garantem e implementam esses mesmos princípios, se ajustam (comparativamente) bem à realização do referido objectivo geral. O constitucionalismo global é uma corrente intelectual que interpreta (ou reconstitui)

---

\* O presente artigo, originalmente em língua inglesa, serviu de base à conferência intitulada “Global Constitutionalism” proferida pela Autora, em 11 de Julho de 2012, na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, no âmbito do “Summer Seminar on Public International Law and Human Rights” organizado pelo *Ius Gentium Conimbrigae*. Agradecemos à Oxford University Press a autorização de publicação desta versão em português.

Tradução de Isaiás Hipólito. Na revisão científica da versão portuguesa, contamos com o apoio e a disponibilidade do Senhor Doutor Jónatas Machado, a quem expressamos o nosso profundo reconhecimento.

como ‘constitucionais’ e mesmo ‘constitucionalísticos’ (análise positiva) certos aspectos do *status quo* das relações internacionais, procurando também encontrar-lhes argumentos para se desenvolverem numa determinado direcção (análise normativa).

## 2. A ACTUAL CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL

### A) Um processo jurídico e um discurso

O direito internacional tem evoluído imenso ao longo dos últimos 20 anos, a contar desde o colapso do bloco comunista simbolizado pela queda do Muro de Berlim. Nesta evolução, são muitos os aspectos que se podem descrever e interpretar como constitucionalização.<sup>1</sup> Entendida neste sentido, a constitucionalização é uma evolução que partiu de uma ordem internacional baseada em certos princípios estruturantes, como a soberania do Estado, o consensualismo e o não uso da força, rumo a uma ordem jurídica internacional que reconhece princípios e valores do constitucionalismo dos quais ela se tem apropriado de forma criativa.

Na sua transposição para o plano internacional, modificaram-se – inelutavelmente, em certa medida – os princípios constitucionalísticos e os modos da sua implementação, os quais nem sequer precisam necessariamente de ser reunidos em documento único intitulado ‘Constituição Mundial’, pois podem encontrar-se disseminados em vários textos jurídicos e na jurisprudência. No seu todo, esses elementos poderão constituir um *corpus* de direito constitucional internacional correspondente a um subconjunto da ordem jurídica internacional dotado de estatuto normativo próprio.

Os protagonistas deste (putativo) processo de constitucionalização são os legisladores internacionais enquanto actores políticos e, principalmente, o poder judicial internacional. Protagonistas são também, de alguma maneira, os académicos que asseveram a existência de constitucionalização – alegação, essa, que é contestada com argumentos de natu-

<sup>1</sup> J. KLABBERS, A. PETERS, e G. ULFSTEIN, *The Constitutionalization of International Law* (Oxford: Oxford University Press, 2009).

reza empírica, centrados na negação de uma verdadeira tendência constitucionalizante e na objecção de que tudo não passa de invenção académica.

O discurso constitucionalístico afirma ainda, normativamente, que é de louvar o presumível processo de constitucionalização, mercê principalmente da necessidade de se compensar a desconstitucionalização em curso no plano interno por obra da globalização e da governança global.<sup>2</sup> Pressupõe-se, neste ponto, que a globalização colocou o Estado e as constituições dos Estados sob pressão. Os problemas globais obrigaram os Estados a transferir para instâncias ‘superiores’ funções que antes eram próprias do Estado, como a de garantir a segurança, a liberdade e a igualdade dos indivíduos. Cada vez mais se confiam funções tradicionais do Estado a actores não-estatais que actuam de modo transfronteiriço, como sucede ao nível da própria actividade militar e policial. Tudo isto levou a que o exercício de governança passasse a ser efectuado para além dos limites constitucionais do Estado. Foi como se as constituições nacionais se tivessem esvaziado, e os tradicionais princípios constitucionais tivessem ficado disfuncionais, se não mesmo vazios.<sup>3</sup> Consequentemente – sentença este tipo de argumentação normativa –, será necessária uma constitucionalização compensatória a nível internacional, se se pretende que fiquem acautelados os resultados do constitucionalismo.

Contra esta pretensão normativa são avançadas diversas razões de ordem epistémica (como, por exemplo, a de que a globalização não conduziu a uma desconstitucionalização da governança nacional; ou a de que a constitucionalização não é possível, por falta de condições de possibilidade na esfera internacional) e razões de ordem moral (não seria desejável a constitucionalização do direito internacional, por ela ser, por exemplo, antipluralista e por vir a criar uma legitimidade ilusória). Em termos gerais, a constitucionalização é simultaneamente um processo e um discurso académico, constituindo também um tema controverso em muitas das suas dimensões.

<sup>2</sup> Anne PETERS, ‘Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures’, *Leiden Journal of International Law* 19 (2006) 579-610.

<sup>3</sup> Anne PETERS, ‘The Globalisation of State Constitutions’ in Janne NIJMAN and André NOLLKAEMPER (eds), *New Perspectives on the Divide between National and International Law* (Oxford University Press, Oxford 2007) 251-308.

## B) Da soberania à humanidade

Na perspectiva do constitucionalismo global, a sociedade ou comunidade que importa é a humanidade no seu todo. O estado-nação tal como o constitucionalismo nacional clássico o concebe continua sendo a mais importante instância de governo. Só que, em contraste com o constitucionalismo nacional, o constitucionalismo global vê as instituições estatais a partir de ‘dentro’ e os Estados a partir de ‘fora’, interagindo com diversos níveis de governança e num quadro de coexistência e interacção dos Estados entre si.

Assim, no plano internacional, os pólos poder *versus* liberdade e florescimento das pessoas singulares encerram-se em duas ideias: soberania do Estado *versus* humanidade. É em torno destes dois pólos que gira muita da análise constitucionalística. Para efeitos de análise, não deixa de ser útil recorrer a ambos, qual grelha simplificadora, mesmo se a soberania enquanto tal, longe de diminuir a liberdade humana, antes a protege, sendo por isso mesmo profundamente ambivalente. Uma das principais alegações do constitucionalismo é a de que a soberania dos Estados já não funciona, devendo deixar de ser considerada fundamento último (*Letztbegründung*) da ordem jurídica internacional, até porque, de facto e de direito, ela já assenta e decorre do princípio de humanidade<sup>4</sup>.

Supõe-se que um princípio de humanidade subjaz a todo o sistema internacional de *protecção dos direitos humanos* – trata-se provavelmente do mais impressionante resultado constitucionalístico do direito internacional desde 1945. São dois os aspectos sob os quais o processo da codificação de direitos humanos em instrumentos internacionalmente vinculadores se reveste de importância constitucionalística. Em primeiro lugar, porque esse processo modificou de forma determinante o princípio da soberania do Estado, ao estabelecer que no interior do seu território os Estados-nação não são livres de tratar a seu bel-prazer os próprios cidadãos, e ao afirmar padrões mínimos de direito internacional aplicáveis independentemente das fronteiras dos Estados. Em segundo lugar, os pactos internacionais em matéria de direitos humanos cumprem a capi-

<sup>4</sup> Anne PETERS, ‘Humanity as the A and Ω of Sovereignty’, 20 EJIL (2009) 513-544.

tal função constitucionalística de condicionar os Estados e de preservar um espaço de liberdade para as pessoas singulares.

Mais de quatro quintos dos Estados ratificaram os pactos mais importantes<sup>5</sup>. O principal problema do actual regime de protecção de direitos humanos é, não tanto uma falta de aceitação formal, mas a sua deficiente aplicação. São muitos os Estados que só ratificaram pactos em matéria de direitos humanos por razões de oportunismo, para ganharem estatuto na comunidade internacional e obterem benefícios materiais, mas sem qualquer intenção de verdadeiramente os implementarem no plano doméstico. São muito débeis os mecanismos internacionais de monitorização, incluindo a *Revisão Periódica Universal* através do Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas.

Ainda mais do que o sistema internacional de protecção dos direitos humanos, que considera os direitos humanos como mera limitação da soberania, a aceitação da noção de *responsabilidade de proteger*<sup>6</sup> por parte dos chefes de governo no *Documento Final da Cimeira Mundial*, de 2005,<sup>7</sup> representa uma completa mudança de paradigma – da soberania para a humanidade. Tanto o *Documento Final* como certas Resoluções do Conselho de Segurança e o Relatório do Secretário-Geral sobre Implementação da Responsabilidade de Proteger,<sup>8</sup> de 2009, circunscreveram a *responsabilidade de proteger* ao âmbito (apenas) dos principais crimes, definidos como tal pelo Estatuto do Tribunal Penal Internacional (nome-

<sup>5</sup> O CEDR (*Comité para a Eliminação da Discriminação Racial*), por exemplo, tem 174 Estados partes; o PIDCP (*Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos*) tem 167 Estados partes; o PIDESC (*Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais*) tem 160 Estados partes; o CEDM (*Comité para a Eliminação da Discriminação contra as Mulheres*) tem 186 partes, o CCT (*Comité contra a Tortura*) tem 146 partes; o CDC (*Comité sobre os Direitos da Criança*) tem 193 partes (números de Janeiro de 2011).

<sup>6</sup> ‘International Commission on Intervention and State Sovereignty’ (ICISS), *The Responsibility to Protect* (2001), disponível em <<http://www.iciss.ca/pdf/Commission-Report.pdf>>.

Também conhecida pela sigla R2P [nota do Tradutor].

<sup>7</sup> Resolução adoptada pela Assembleia Geral, *World Summit Outcome Document*, e UN Doc A/RES/60/1 de 24 de Outubro de 2005, parágrs. 138-39.

<sup>8</sup> “Report of the Secretary-General: Implementing the Responsibility to Protect”, (UN Doc A/63/677, de 12 de Janeiro de 2009); GA Res. 63/208 (3 de Fevereiro de 2009) refere o Relatório do Secretário-Geral.

adamente, o genocídio, os crimes de guerra e os crimes contra a humanidade, incluindo a limpeza étnica). Não obstante ter sido entretanto definido o seu (assaz estreito) âmbito, a substância e as traves mestras de uma noção de responsabilidade, o mesmo não acontece com o seu exacto estatuto jurídico. Continua a discutir-se se a *responsabilidade de proteger* constitui obrigação jurídica vinculativa e expedita, conceito político, *soft law*, ou norma jurídica emergente<sup>9</sup>.

Os constitucionalistas diagnosticam e enaltecem a mudança de paradigma da soberania para a humanidade. No entanto, não podem esquecer que a soberania do Estado, na sua acepção tradicional e vestefaliana, está actualmente a ser reivindicada por protagonistas tão importantes como são os Estados BRIC (Brasil, Rússia, Índia e China)<sup>10</sup>.

### C) A constitucionalização dos sujeitos de direito internacional

Tanto a criação de *Estados* como os processos do seu reconhecimento internacional têm sido constitucionalizados. O principal elemento tradicional da ideia de Estado, o princípio da efectividade, que é em si mesmo uma exigência jurídica e não uma mera exigência 'factual', foi complementado e até substituído pelos padrões jurídicos internacionais da auto-determinação, do não uso da força, da protecção dos direitos humanos, e mesmo da democracia. Os actores internacionais, de modo particular as Nações Unidas e a Organização para a Segurança e a Cooperação na Europa (OSCE), têm acompanhado e moldado processos de construção dos Estados, e não deixaram de impor as referidas exigências. Por exemplo, tanto a Resolução 1244 do Conselho de Segurança como a declaração unilateral de independência do Kosovo, de 17 de Fevereiro de 2008,

<sup>9</sup> Num debate da Assembleia Geral sobre a Responsabilidade de Proteger (GAOR (A/63/PV.97-100), de 23, 24, e 28 de Julho de 2009) em que 49 Estados se pronunciaram, cinco delegações governamentais (Brasil, Guatemala, Marrocos, China, Venezuela e Mónaco) consideraram de forma explícita a Responsabilidade de Proteger como não sendo um princípio jurídico, ao passo que três Estados (Liechtenstein, Canadá, e Bangladesh) afirmaram explicitamente a sua qualidade jurídica.

<sup>10</sup> Xue HANQUIN, 'Remarks on Andrew Hurrell's presentation', comunicação de 2 de Setembro de 2010, 4.ª conferência bianual da European Society of International Law, Cambridge (inédita, amavelmente disponibilizado pela Autora).

assentaram na soberania popular.<sup>11</sup> Do mesmo modo, todos os outros Estados criados a partir da década de 1990, desde Timor-Leste e os Estados que se desmembraram das antigas Jugoslávia e União Soviética, até ao Sudão do Sul, passaram a existir mediante um processo democrático e com base num referendo popular. Apesar de tudo, não é verdadeiramente possível afirmar que na actualidade o Kosovo e diversos países africanos são Estados funcionais, tanto no que diz respeito a possuírem instituições governamentais que funcionem bem, como na manutenção do interesse público em domínios como a segurança e a liberdade dos seus habitantes.

Os *indivíduos* (tanto as pessoas singulares como as pessoas colectivas ao abrigo do direito interno) adquiriram cada vez mais direitos e obrigações internacionais. Por exemplo, as vítimas de crimes estão sob diversos instrumentos internacionais, tendo direito a remédios e à reparação de violações grosseiras dos direitos humanos, os investidores estrangeiros são credores de obrigações secundárias decorrentes da responsabilidade internacional dos Estados anfitriões, e os indivíduos que forem detidos no estrangeiro têm um direito internacional a contactarem a respectiva autoridade consular, sancionável através de vias de recurso do direito penal interno. Em diversos *fora* internacionais, designadamente, organismos de direitos humanos e tribunais de investimento, os indivíduos têm parte activa na aplicação do direito internacional. Continuam limitadas, no entanto, as possibilidades de, através das organizações não-governamentais (ONG's), os indivíduos participarem na legislação internacional (sobre a aceitação de tratados ou decisões e resoluções no âmbito de regimes de tratados).

Têm proliferado desde a Primeira Guerra Mundial as *organizações e instituições* internacionais. De modo geral, e apesar da enorme ineficácia de algumas, elas adquiriram mais competências formais e mais autonomia face aos Estados membros. Esta relativa conquista de poder coloca questões como a do constrangimento e controlo das organizações, a da sua sujeição a normas procedimentais e materiais, e a da aplicação dessas

<sup>11</sup> SC Res. 1244, que criou para o Kosovo um quadro jurídico-político enquanto não houvesse acordo político definitivo, referente aos acordos de Rambouillet, os quais, por seu lado, remetiam para a 'vontade do povo'. O Tribunal Internacional de Justiça (TIJ) não considerou violação da Res. 1244 a unilateral declaração de independência, e a resolução manteve-se em vigor.

normas – em síntese, o problema da responsabilidade das organizações internacionais<sup>12</sup>.

Um mais recente desenvolvimento institucional problemático é o do surgimento da cooperação informal ou semi-institucional entre os Estados, em grupos como o G20. Ganham aí amplitude as questões da representatividade e da inclusividade, a definição das competências e da desfiguração da missão, da adequação procedimental da decisão, da desigualdade entre os ‘membros’ e da falta de responsabilidade. O paradigma constitucionalístico tem contribuído para a consciencialização destes problemas e proporciona instrumentos para os enfrentar.

#### D) A constitucionalização das fontes: normas *jus cogens* e *erga omnes*

Em anos recentes ganharam importância prática duas categorias especiais de normas: as normas *jus cogens* e as *erga omnes*. São muitos os que associam ambas estas categorias ao direito constitucional internacional.

Pode-se dizer que as normas *jus cogens* actuam como direito constitucional na medida em que estabelecem uma hierarquia normativa baseada em factores materiais<sup>13</sup>. O seu carácter peremptório decorre da importância dos valores morais concretos que elas incorporam. Elas (pelo menos) condicionam a celebração de tratados pelos Estados. O efeito de ‘trunfo’ das normas peremptórias sobre o direito ‘ordinário’ contrário assemelha-se efectivamente à supremacia de uma constituição escrita num ordenamento jurídico (nacional) em que exista tribunal constitucional com poder para declarar inválidas normas inconstitucionais, como sucede na Alemanha e nos Estados Unidos. No entanto, o efeito de trunfo do *jus*

<sup>12</sup> ASSOCIAÇÃO DE DIREITO INTERNACIONAL [International Law Association], ‘Primeiro Relatório sobre a Responsabilidade das Organizações Internacionais’, Relatório da 71ª conferência, realizada em Berlim, 16-21 de Agosto de 2004; Jan WOUTERS et al. (ed.), *Accountability for Human Rights Violations by International Organisations* (Antuérpia: Intersentia, 2010).

<sup>13</sup> Cf. Antonio CASSESE, ‘For an Enhanced Role of *Jus Cogens*’, cap. 13; Alexander ORAKHELASHVILI, *Peremptory Norms in International Law* (Oxford: Oxford University Press, 2006) 9-10 e 577; Andrea BIANCHI, ‘Human Rights and the Magic of *Jus Cogens*’ (2008) *EJIL* 19 (2008) 491-508, na p. 495.

*cogens* – para além da nulidade de um tratado com ele incompatível, conforme explicitamente se prevê nos Artigos 53 e 64 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969 – é duvidoso e controverso.

Mesmo assim, esta falta de supremacia formal não impede que se atribua ao *jus cogens* um papel constitucional, designadamente, a função de exprimir valores superiores de maneira mais simbólica e flexível. É desse modo que funcionam certas constituições. Por exemplo, a constituição britânica, que não se encontra codificada em documento, nem é superior a outra lei britânica ou escocesa, nem pode ser revista, nem pode ser, sequer, descartada mediante uma lei parlamentar ordinária. O ‘higher law’ do Reino Unido está bastante impregnado da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH), interpretada e aplicada pelo Tribunal de Estrasburgo, o qual escapa, até certo ponto, ao controlo do parlamento inglês.

Mas as normas *erga omnes* são associadas ao direito constitucional internacional também por outra razão. A qualidade *erga omnes* de uma norma no sentido do *obiter dictum* do caso *Barcelona Traction* do Tribunal Internacional de Justiça (ICJ) significa que todos os Estados (e outros sujeitos jurídicos internacionais) têm o direito de invocar uma violação de tal norma. Os Artigos da Comissão de Direito Internacional sobre a Responsabilidade do Estado refinaram ulteriormente esta ideia.<sup>14</sup> Não é claro, no entanto, se os Estados não directamente afectados possuem perante um tribunal internacional legitimidade para aplicarem a violação de uma norma *erga omnes* (provavelmente não têm). Apesar disso, a mera aceitação da noção *erga omnes* pode implicar constitucionalismo, porquanto as normas *erga omnes* protegem os interesses da comunidade contra determinados interesses nacionais de um Estado.

#### E) A constitucionalização de processos jurídicos: participação e transparência

Um aspecto marcante, tradicionalmente presente em todos os tipos de processos jurídicos internacionais, desde a celebração de tratados sobre a tomada de decisões no quadro de regimes especiais até à arbitragem

<sup>14</sup> Art. 42 lit. b) e 48 (1) lit a) e b) ILC-Articles.

internacional, era a opacidade interestadual e a sua relativa falta de transparência. Considerava-se que a confidencialidade e a não publicidade eram condição necessária para o bom êxito da negociação e da discussão entre os Estados.

Uma perspectiva constitucionalística facilitou que se formulasse a objecção segundo a qual a participação limitada e a falta de transparência impedem o escrutínio público e a crítica, ao mesmo tempo que atentam contra os ideais constitucionalísticos da democracia e do estado de direito. Como resposta a esta objecção, vários ramos do poder (quase-) judicial internacional, de modo particular a resolução de conflitos realizada pela Organização Mundial do Comércio (OMC) e a arbitragem efectuada pelo Centro Internacional para a Resolução de Conflitos de Investimento (CIRCI), passaram recentemente a ser mais públicas em termos de participação das ONG's como observadores e *amici curiae*, e em termos de publicação das sessões, dos ficheiros e dos laudos arbitrais.

Conquanto mais resiliente face a reivindicações de participação e de transparência, a actividade legislativa internacional está também a abrir-se. Por exemplo, a conferência de 2010 sobre o clima realizada em Cancún foi expressamente conduzida por uma estratégia de transparência. Anteviam os observadores que, devido especialmente a essa transparência, as negociações estavam votadas ao fracasso. Apesar de tudo, a estratégia de abertura resultou e até deu melhores resultados do que a anterior conferência sobre o clima – realizada em Copenhaga, no ano de 2009 –, embora, no fim de contas, tais resultados continuem a ser magros.

## F) Bens e princípios constitucionais

Um factor importante na constitucionalização da ordem internacional é o surgimento de princípios novos resultantes de ideias constitucionalísticas e a atribuição de funções constitucionais a princípios mais antigos, como o do não uso da força (veja-se infra, Secção 4 (C)). No *Documento Final da Cimeira Mundial* de 2005, os chefes de estado reafirmaram o seu empenhamento em 'proteger e promover activamente os direitos humanos, o estado de direito e a democracia', e reconheceram 'a sua interconexão e recíproco reforço, bem como a sua pertença ao

núcleo universal e indivisível dos valores e princípios das Nações Unidas'<sup>15</sup>.

Em relação ao *império do direito* (*rule of law*), as Nações Unidas definiram uma ampla agenda no sentido de 'se reforçar a nível nacional e internacional o empenhamento em favor do império do direito, conforme refere o mais recente relatório do Secretário-Geral.<sup>16</sup> No tocante ao reforço do império do direito por parte da própria Organização das Nações Unidas, o relatório menciona o novo sistema de administração da justiça com a nomeação de juizes profissionais para o tribunal administrativo da organização, e os melhoramentos nos procedimentos de deslistagem relativamente a sanções contra indivíduos.

A *democracia* é vista pela própria Organização das Nações Unidas como um seu princípio implícito, e a democratização dos Estados membros constitui um dos objectivos da mesma organização.<sup>17</sup> Cumpre destacar o facto de o Secretário-Geral e a Assembleia Geral terem qualificado a democracia como boa governança.<sup>18</sup> No *Documento Final da Cimeira Mundial*, os chefes de estado e os governos garantiram que 'a democracia é um valor universal... [A] pesar de as democracias comungarem entre si diversos aspectos, não existe um modelo único de democracia, ... ela não

<sup>15</sup> UN Doc A/60/1 de 24 Outubro de 2005, par. 119.

<sup>16</sup> SECRETÁRIO-GERAL, 'Annual report on strengthening and coordinating United Nations Rule of Law Activities' (UN Doc A/64/298) de 17 de Agosto de 2009, síntese (itálico nosso). Mas veja-se a crítica de Ugo MATTEI e Marco DE MORPURGO, 'The Dark Side of the Rule of Law: Reassessing Global Law and Its Legitimacy', (2010) *Juridikum* 15-23.

<sup>17</sup> Cf. p.e. o preâmbulo da AG Res. 50/133 (1996) e o Cardoso Report de 2004 (United Nations, *We the Peoples: Civil Society, the United Nations and Global Governance, Report of the Panel of Eminent Persons on United Nations-Civil Society Relations*, UN Doc A/58/817 (11 de Junho de 2004). O Secretário Geral da ONU Boutros Ghali interpretou o preâmbulo da carta da ONU 'We the Peoples' como reivindicando a soberania do povo, e portanto visando os países membros democráticos (Secretário Geral, *Supplement to Reports on Democratization* (Anexo ao UN Doc A/51/761 de 20 de Dezembro de 1996), par. 28).

<sup>18</sup> SECRETÁRIO-GERAL DA ONU, *Agenda for Development* (UN Doc A/478/935 (1994)), par. 118-138 sobre 'democracy as good governance'. Para a mais recente posição da Assembleia Geral, cf.: *Promoting and Consolidating Democracy* (UN Doc A/55/96 (2001)); *Implementation of the United Nations Millennium Declaration*, Part V: 'Human rights, democracy and good governance' (UN Doc A/57/270 (2002) par. 82 *et seq.*)

é propriedade exclusiva de nenhum país ou região...'. Os governos renovaram o seu 'empenhamento em apoiar a democracia mediante o reforço da capacidade de os países implementarem os princípios e as práticas da democracia'.<sup>19</sup> E essa implementação é levada a cabo por meio da observação de eleições e de outros tipos de assistência financiados, entre outros, pelo Fundo das Nações Unidas para a Democracia, estabelecido em 2005.

Os outros *bens globais* (i.e., bens que não possam ser assegurados por um estado ou por todos os Estados agindo individualmente) são reconhecidos e, pelo menos provisoriamente, protegidos pelo direito internacional. Destacam-se, pela sua importância, a paz e a segurança internacional (protegidas mediante a proibição do uso de força militar), a liberdade no alto mar, os recursos naturais em espaços fora da jurisdição territorial dos Estados (protegidos pelo princípio do património comum da humanidade), o clima global, o comércio livre e o investimento estrangeiro (transfronteiriço).

No quadro do paradigma constitucionalístico, estes interesses podem-se considerar valores constitucionais. Os princípios em que assentam as instituições e os procedimentos de protecção de tais bens são princípios constitucionais globais, que no entanto se revelam extremamente vagos – pois é nos pormenores que está o diabo. O apoio dos governos é capaz de não passar de conversa barata, dado que foram muitas as vezes em que não se não deram passos concretos para implementar os princípios, como tão nitidamente se vê no domínio da protecção do clima.

### G) A constitucionalização da resolução de conflitos

Um outro aspecto da constitucionalização é o da legalização e mesmo judicialização da resolução de conflitos. Foram muitos, especialmente a partir de 1989, os novos tribunais a serem estabelecidos ou activados (o Tribunal Internacional para o Direito Marítimo, a arbitragem do CIRCI, os diversos tribunais penais internacionais ou híbridos, e o organismo para a resolução de conflitos da Organização Mundial do Comércio). Resolver conflitos por via jurídica e judicial, e não pela via política e diplomática, significa reforçar o império do direito, que é mais formali-

<sup>19</sup> UN Doc A/60/1 de 24 de Outubro de 2005, par. 119 e 135-136.

zado, mais capaz de proporcionar garantias processuais e mais apto a aplicar padrões jurídicos (não políticos). Tudo isto reduz a margem de pressão política da parte política mais forte em determinado conflito e acaba por favorecer uma solução respeitadora do direito.

Os tribunais penais, e principalmente o Tribunal Penal Internacional, que iniciou funções em 2003, são peças fundamentais na prossecução do objectivo geral de combater a impunidade. O fim da impunidade é um ponto nuclear do império do direito.

É geralmente considerada um êxito a resolução de conflitos comerciais mediante os painéis da Organização Mundial do Comércio e o Órgão de Recurso em procedimentos quase-arbitrais, e não através do anterior modo de resolução pela via diplomática preconizado pelo velho GATT anterior a 1994. Como quer que seja, o mecanismo está a ser bem utilizado – e cada vez melhor – pelos Estados em vias de desenvolvimento.

Em plena expansão encontramos também a arbitragem pelo CIRCI entre Estados e investidores. Contudo, as recentes decisões que impunham pesadas penas pecuniárias a Estados anfitriões desencadearam um retrocesso. Critica-se neste mecanismo de resolução de conflitos a sua excessiva 'privatização'. Foi conferida legitimidade activa a investidores privados para exigirem arbitragens, ao passo que os interesses públicos que motivem a regulação dos investimentos correm o risco de ficar marginalizados, e os árbitros poderão não ser suficientemente independentes dos interesses económicos. Este tipo de crítica mostra em que medida um esquema mental constitucionalístico pode ajudar a detectar deficiências em ordenamentos jurídicos existentes, podendo também ser frutuamente utilizado para a formulação de críticas à lei em vigor.

O problema dos conflitos de jurisdição entre os diferentes tribunais, que tanto se temia nos inícios da década de 1990, acabou por ser menos complicado do que se esperava. Aliás, esses conflitos podem resolver-se justamente através do recurso a princípios processuais discerníveis no quadro do estado de direito, como são os princípios da subsidiariedade e da complementaridade, *ne bis in idem* e *res iudicata*.



### 3. PROBLEMAS NA CONSTITUCIONALIZAÇÃO

#### A) Deficiências estruturais da constitucionalização enquanto processo jurídico

Além dos referidos problemas que persistem no seio das novas tendências que referi como pertencentes à esfera da constitucionalização, persistem também outros problemas estruturais ainda maiores. Um dos mais evidentes é o da *fraca legitimidade democrática* do processo jurídico internacional,<sup>20</sup> a que voltarei na Secção 4(C).

De um modo geral, a ordem jurídica internacional é *minimalista e soft*. Em domínios problemáticos importantes, como no da protecção ambiental, incluindo o aquecimento global e os direitos dos animais, os padrões jurídicos internacionais são muito pouco exigentes, demasiado vagos, formalmente não vinculativos, ou simplesmente não existem. De modo especial, o crescente recurso ao direito internacional *soft*, sob a forma de declarações em cimeiras ou semelhantes, em vez de pactos vinculativos, é sintoma de falta de consenso político e de falta de empenhamento. O *soft law* pode facilmente ser usado para camuflar a passividade, ou como encobrimento do exercício de poder baseado na força bruta.

A *aplicação* do direito internacional é deficiente, chegando muitas vezes ao ponto de funcionar com dois pesos e duas medidas, conforme indica o facto de Estados mais débeis, sob pena de sanções económicas principalmente, serem forçados a acatar o direito internacional, em matéria de direitos humanos ou de direito do investimento, por exemplo. Os Estados mais fortes são, por sua vez, dificilmente pressionáveis através de sanções, e muitas vezes nem sequer se coíbem de desafiar a opinião pública global, como sucedeu em 2003 quando os Estados Unidos utilizaram ilegalmente a força militar contra o Iraque.

A ordem jurídica internacional está a ficar muito mais diversificada. Apesar disso, não se deveria dar demasiado peso àquilo que se designou como a *fragmentação* do direito internacional. Tomada em si mesma, a explosão de ramificações do direito internacional, como o direito penal

internacional e o direito internacional do clima, mais do que constituir um perigo para o funcionamento da ordem jurídica internacional, é antes um sinal da sua vitalidade e maturidade. O paradigma constitucionalístico é frequentemente apresentado como antídoto contra a fragmentação e como demanda de uma ilusória unidade que não deixará de se revelar sem sentido. Efectivamente, o tradicional constitucionalismo continental e estado-unidense tendia a ser holístico, no sentido de que se esperava de um único documento constitucional a capacidade de fornecer à vida em sociedade todos os seus alicerces jurídicos e políticos. Só que, na actual organização multinível de governança, não há estado que continue a possuir uma constituição total capaz de governar todos os intervenientes políticos. A existência de múltiplas constituições é compatível com a ideia de constitucionalismo. O constitucionalismo global admite que existam sub-constituições internacionais específicas, como por exemplo uma constituição económica internacional.

É indispensável referir a crescente *recusa* dos Estados, por intermédio dos seus supremos tribunais, em reconhecerem a *supremacia do direito internacional no seu todo* (inclusivamente a decisões de tribunais internacionais) sobre todo o direito nacional, e de modo particular sobre conceitos constitucionais nucleares. Esta atitude acaba de ser perfilhada de forma paradigmática pelo Tribunal Europeu de Justiça (TEJ) (que para o efeito configura um tribunal ‘nacional’) na sua decisão *Kadi*, que conduziu à não implementação de resoluções do Conselho de Segurança da ONU por parte da UE (que para o efeito configura uma entidade política ‘nacional’).<sup>21</sup> Todavia, esta postura de ‘resistência constitucional’ deve ser encarada, não como puramente prejudicial para a ordem jurídica internacional, mas como um desafio susceptível de desencadear progresso constitucional no plano internacional. É provável que a (modesta) melhoria dos procedimentos de listagem e deslistagem e a criação do provedor de sanções<sup>22</sup> se tenham devido à resistência da UE. Esta interacção é também um exemplo de constitucionalismo multinível em que princípios

<sup>21</sup> TEJ, casos C-420/05P e C-415/05P, *Kadi and Al Barakaat*, decisão do Tribunal (tribunal pleno) de 3 de Setembro de 2008.

<sup>22</sup> SC Res. 1409 (2009); Kimberley Prost foi nomeada Provedora pelo Secretário-Geral por um primeiro período de funções até ao dia 30 de Junho de 2011 (UN Doc S/2010/282 de 4 de Junho de 2010).

<sup>20</sup> Anne PETERS, ‘Dual Democracy’, in KLABBERS, PETERS e ULFSTEIN, n 1, 263-341; Steven WHEATLEY, *The Democratic Legitimacy of International Law* (Oxford: Hart Publishing, 2010).

do constitucionalismo, como os de auditoria e de fiscalização independente, estão sendo implementados em diferentes níveis de governo.

Uma avaliação realista destas deficiências e lacunas poderia levar a concluir que o direito internacional não foi constitucionalizado. A constitucionalização é, no entanto, uma questão de grau. É um processo contínuo, embora não linear; um processo não raro interrompido e por vezes invertido. Não sendo abrangente, ela abarca contudo tendências antagônicas.

### B) Debilidades da constitucionalização enquanto discurso

A par do problema dos limites da constitucionalização enquanto processo jurídico, existem problemas diferentes, como o das potenciais debilidades da constitucionalização enquanto discurso, e o do paradigma constitucionalístico enquanto tal.

Existe um certo perigo de os aclamados princípios constitucionalísticos serem demasiado europeus, o que implicaria a possibilidade de o discurso concomitante ser eurocêntrico. Esse eurocentrismo ou pendor ocidentalizante poderia acabar por intensificar uma hegemonia ocidental sobre o resto do mundo. Além disso, o constitucionalismo – que é uma ideia nascida no século XIX – poderia parecer demasiado ‘liberal’ e insensível à enorme desigualdade social no mundo, à exploração de grandes grupos de pessoas e de recursos naturais. Um ponto relacionado é o de que, no fundo, o constitucionalismo pode ser antipluralista e, por isso, particularmente desadequado para se aplicar à escala global, num mundo cujos habitantes têm visões morais e políticas tão diferentes entre si e cujas condições de vida são profundamente distintas umas das outras.<sup>23</sup>

Outro problema é o de que os princípios supostamente constitucionalísticos são demasiado gerais e imprecisos para se resolver qualquer problema político ou orientar uma reforma jurídica. Esta sedutora indeterminação poderia mesmo impedir a elaboração de sugestões concretas

<sup>23</sup> Nico KRISCH, *Beyond Constitutionalism: The Pluralist Structure of Postnational Law* (Oxford: Oxford University Press, 2010).

para problemas concretos, caso a linguagem constitucionalística sirva apenas como tranquilizante.<sup>24</sup>

Finalmente, o putativo processo de constitucionalização pende só para um lado. É conduzido principalmente por académicos e, até certo ponto, por tribunais internacionais, mas não pelos governos e pelas entidades contratantes. Isto significa que a constitucionalização, ou não passa de uma quimera de académicos, ou – se ela for real – levanta a questão da legitimidade democrática em face de um não-democrático *governo de juizes* em que a auto-afirmação judicial se obtém à custa de uma linguagem constitucional.

Por outro lado, o discurso constitucionalístico tem o mérito de pôr a descoberto as deficiências estruturais do direito internacional e de aquilatá-las a partir de uma perspectiva nova. O exemplo mais saliente é o défice democrático do processo jurídico internacional. Tradicionalmente, esta questão não era percebida como um problema. A questão da democracia foi completamente eclipsada pela focalização na soberania e na convicção de que a base de legitimidade do direito internacional reside na soberania dos Estados. Não se ralaram os juristas internacionais com perceber se essa soberania era, ou não, internamente desencadeada pela soberania popular. Já o constitucionalismo global leva essa questão muito a sério. Tudo somado, tenho de admitir que o potencial determinante do discurso constitucionalístico é maior do que os seus perigos. É essa a razão por que vamos esboçar na secção seguinte as suas propostas práticas.

## 4. PROPOSTAS CONSTITUCIONALÍSTICAS DE LEGE FERENDA

### A) Sujeitos

A perspectiva constitucionalística proporciona uma nova fundamentação para a ideia de que os sujeitos últimos de direito internacional são *indivíduos*. O constitucionalismo postula que são as pessoas singulares a unidade última sobre as quais o direito se debruça.

<sup>24</sup> Jeffrey DUNOFF e Joel TRACHTMAN, ‘The Lotus Eaters’, in Epilogue to Jan KLABBERS, Anne PETERS e Geir ULFSTEIN, *The Constitutionalization of International Law* (ed. ampliada, Oxford: Oxford University Press, 2011).

Os *Estados* não são fins em si mesmos; eles existem apenas em função dos direitos e das necessidades de indivíduos. Numa ordem global constitucionalizada, esta *finalité* torna os Estados indispensáveis, seja enquanto pólos em que se cristalizam identidades (colectivas), seja enquanto instâncias primárias de produção e aplicação de normas jurídicas, seja ainda enquanto mediadores nos conflitos decorrentes da vida em sociedade. Contudo, esta *finalidade* exige contenção constitucional da parte dos Estados. Na perspectiva constitucionalística, a igualdade dos Estados perante a lei não representa uma exigência abstracta e absoluta. O que o constitucionalismo reclama é que haja igualdade proporcional (*suum cuique tribuere*, e não *idem cuique tribuere*). Nesse sentido, um tratamento formalmente diferenciado dos Estados (ou seja, as distinções jurídicas entre Estados) é admissível se, e na medida em que, seja necessário e adequado à prossecução de objectivos legítimos da comunidade constitucional global. Por outras palavras, o direito dos Estados à igualdade de direitos no quadro de um regime jurídico concreto pode ser cerceado por considerações contrapostas. A igualdade formal está portanto sujeita a uma ponderação de diferentes factores, como os da segurança ou da efectiva manutenção da paz. Por fim, a imunidade do Estado deve ser limitada para não encobrir crimes contra a humanidade.<sup>25</sup>

As organizações internacionais e outras instituições devem tornar-se mais eficazes e mais legítimas, valendo-se de instrumentos de natureza constitucionalística. Talvez seja preciso, por exemplo, criar uma nova instituição global no domínio do direito do ambiente. O problema é que as instituições puramente intergovernamentais nem sempre são a resposta institucional mais adequada para problemas de ordem global. Em certos domínios, poderiam funcionar tão bem ou melhor certas parcerias público-privadas globais (PPPs). Por exemplo, o Fundo Global [*Global Fund*], que é uma PPP global criada em 2002 para combater o SIDA, a malária e a tuberculose, parece ser mais eficiente na actualidade do que a própria Organização Mundial de Saúde.<sup>26</sup>

O importante fenómeno recente de entregar funções públicas a entidades externas – mesmo a nível internacional – não tem quaisquer

limites intrínsecos ou naturais. Os limites têm de ser estabelecidos no plano normativo, e os juízos de valor devem decorrer do constitucionalismo. Donde, a actual privatização de organizações internacionais como a Organização Internacional para as Telecomunicações e a importância crescente de instituições informais como o G20 deveriam ser cuidadosamente escrutinadas por juristas internacionais que lhes detectassem eventuais défices de legitimidade.

Os recursos privados de entidades sócio-caritativas devem ser investigados. Não lhes afrontando a iniciativa, devia aplicar-se às suas decisões de financiamento um conjunto moderado de exigências procedimentais e de transparência informativa.<sup>27</sup>

A micro-constitucionalização *no seio* das organizações internacionais vai requerer, em primeiro lugar, a percepção da sua responsabilidade jurídica e política em relação a indivíduos atingidos (e não apenas em relação a Estados membros), mediante controlo judicial e procedimentos democráticos (pelo menos de consulta). (Sobre a democratização, veja-se infra a Secção 4 (C)).

É pernicioso o irregular estatuto internacional das *empresas transnacionais* (ETN), e também das ONG's, pois abre espaço a que do seu poder se aproveitem certos interesses particulares em detrimento do interesse público e dos indivíduos atingidos. Em relação às ETN's, convém ter presente que não é desejável uma constitucionalização completa do sector privado, no sentido de os actores privados ficarem sujeitos, tal como as entidades do sector público, à panóplia completa das normas (internacionais) constitucionais (obrigações em matéria de direitos humanos, p.e.). Talvez fosse útil transferir para a esfera económica alguns dos princípios e instrumentos do constitucionalismo, com a condição de se respeitar a lógica própria da sua esfera. Em termos gerais, contudo, o constitucionalismo é a favor de uma formalização do estatuto jurídico internacional daqueles actores que, na actualidade, ainda carecem de personalidade jurídica internacional, pois isso haveria de produzir uma clareza e contenção jurídicas que, na perspectiva constitucionalística, são sempre de louvar.

<sup>25</sup> A italiana Corte Suprema di Cassazione, *Ferrini*, Decisão em recurso, de 11 de Março de 2004, No. 5044/4; ILDC 19 (IT 2004).

<sup>26</sup> <<http://www.theglobalfund.org/en/>>.

<sup>27</sup> Tine STEIN, *Global Social and Civil Entrepreneurs: An Answer to the Poor Performance of Global Governance?* Social Science Research Center Berlin Discussion Paper No. SP IV 2008-304.

## B) Responsabilidade soberana

Numa perspectiva constitucional, tanto os que participam no processo jurídico como os observadores devem insistir na responsabilidade que cabe à soberania. Em vez de se continuar a dar tanta importância ao dever de os Estados se conterem na acção e na intervenção, convém antes valorizar o possível dever de se agir internacionalmente ('da não intervenção à não-interferência'). Esta ideia progressista pode assentar em quatro argumentos consecutivos. Em primeiro lugar, se tomarmos como ponto de partida as necessidades e os direitos humanos, cada estado tem a responsabilidade soberana de proteger a sua população de crimes que lhe ponham em risco a própria existência. Em segundo lugar, um estado que de forma grosseira e ostensiva não cuide de cumprir tais deveres fica com a soberania suspensa. E isso acarreta que a sua soberania deixa de valer como escudo contra a intervenção externa. Em terceiro lugar, num sistema multinível de governança e sob o princípio da solidariedade, a responsabilidade residual ou subsidiária de protecção recai sobre a comunidade internacional, uma vez que no actual sistema global de governança multinível as competências e as obrigações têm de ser atribuídas àquele nível de governança no qual as funções da governança podem efectivamente ser levadas a cabo. Em quarto lugar, a comunidade internacional só há-de intervir por intermédio do Conselho de Segurança, e não por intermédio de determinados Estados agindo unilateralmente. De outro modo, ficaria aberta a porta a que as superpotências pudessem abusar da responsabilidade de protecção.

## C) Outros princípios constitucionais

Uma exigência crucial do constitucionalismo global é a de que os princípios constitucionais se apliquem não só dentro dos Estados como também às relações entre Estados e a organizações internacionais.

*Direitos humanos:* cumpre reconhecer que certas organizações internacionais, e possivelmente certos intervenientes 'privados' internacionais, como grupos armados ou mesmo TNC's, podem estar vinculados (porventura apenas de forma indirecta) pelos direitos humanos e que as condições e o âmbito dessa vinculação têm de ser definidos. Além disso, face

à sobreposição jurisdicional e à jurisdição extraterritorial, é preciso definir os parâmetros da aplicabilidade extraterritorial dos direitos humanos – parâmetros, esses, que se revestem de importância constitucional para o funcionamento de todo o sistema. Contudo, a expansão multidimensional (no plano substancial, pessoal e territorial) dos direitos humanos corre o risco de aviltar a própria ideia de direitos humanos. Na perspectiva constitucionalista justifica-se alguma prudência. Parece importante reconhecer direitos internacionais individuais além dos direitos humanos, por forma a evitar-se uma inflação e desvalorização, e também para se sublinhar a estrutura cada vez mais complexa de uma ordem jurídica internacional que contém um nível constitucional e um nível de regras internacionais ordinárias com recortes de direito penal, de direito civil e de direito administrativo.

O princípio da *separação de poderes* e de *pesos e contrapesos* pode e deve influir nos órgãos das organizações internacionais. A noção de contrapeso institucional em direito internacional deve ser densificada e aplicada com critério constitucionalista por forma a preservar-se a liberdade humana mediante a fiscalização do poder e o estabelecimento do controlo recíproco entre as diferentes instituições – do Conselho de Segurança pela Assembleia Geral, por exemplo.

Outros princípios constitucionais globais existem que, sendo genuinamente internacionais na sua génese, podem receber ulteriores aprofundamentos em chave constitucionalista. Acerca da proibição do uso da força, por exemplo, podia-se deixar cair a duvidosa qualificação de que ela é *jus cogens*,<sup>28</sup> porquanto tal qualificação revela-se praticamente incapaz de se acomodar as excepções à proibição. O significado do não-uso da força percebe-se melhor, em meu entender, se o considerarmos como princípio constitucionalista. Esta qualificação permite expressar as funções do princípio enquanto preceito fundamental que incorpora o valor supremo da paz internacional, assegura a contenção do poder estatal, a coexistência pacífica e a cooperação dos Estados, e serve de linha orientadora na interpretação do direito internacional no seu todo. Concebida como princípio constitucionalista, a proibição da força deve ser

<sup>28</sup> Cf. ICJ, *Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v United States)*, Merits, ICJ Reports 1986, 14, par. 190.

tratada quer ao nível dos Estados quer também, em certas circunstâncias, junto de entidades não-estatais como os regimes estabilizados *de facto*.

O conceito jurídico de *património comum da humanidade* precisa de ser refinado e estendida a sua aplicação. O seu uso não deveria restringir-se à classificação de determinados domínios que caem fora da jurisdição territorial, como o fundo do mar e o espaço extra-atmosférico. Poderia aplicar-se com proveito a domínios espacialmente localizados dentro dos Estados, como as florestas tropicais e as espécies em perigo. Assim, seria possível através dele justificar proibições e limitações ao seu uso exagerado e aniquilamento, mas a sua aplicação teria de ser através de organismos internacionais.

*Solidariedade*: no direito actual, entende-se ser inerente a certos regimes um princípio internacional de solidariedade.<sup>29</sup> Por exemplo, a responsabilidade comum mas diferenciada no direito internacional do ambiente<sup>30</sup> e o (controverso) direito à assistência humanitária<sup>31</sup> podem interpretar-se como manifestação desse princípio jurídico. Por enquanto, contudo, a solidariedade não constitui um princípio jurídico abrangente a partir do qual se poderiam deduzir obrigações jurídicas concretas. Uma maior constitucionalização exige que a solidariedade venha explicitada como princípio constitucional internacional.<sup>32</sup>

A *democracia* há-de, também essa, aplicar-se tanto no plano interno dos Estados como no plano internacional, no âmbito de organizações internacionais e no de relações não institucionalizadas entre Estados. Em matéria de direito internacional e de decisões (p.e. sob a forma de tratados e resoluções), tem de melhorar a legitimidade democrática transitiva que decorre da participação de Estados democráticos, mediante o reforço

<sup>29</sup> Rüdiger WOLFRUM e Chie KOJIMA (ed.), *Solidarity: A Structural Principle of International Law* (Heidelberg: Springer, 2009).

<sup>30</sup> Cf., p.e., Art. 3(1) UN Framework Convention on Climate Change.

<sup>31</sup> ILC, Protection of Persons in the Event of Disasters, Memorandum by the Secretariat, UN Doc A/CN/590 de 11 de Dezembro de 2007 com Ad. de 26 de Fevereiro de 2008 (UN Doc A/CN/590/Add.1); ILC, Report of the International Law Commission on its 60th session, UN Doc A/63/10, Cap. IX ('Protection of Persons in the Event of Disasters'), esp. par. 241-250 ('Right to humanitarian assistance').

<sup>32</sup> Cf., entre os Autores, Karel WELLENS, 'Solidarity as a Constitutional Principle: Its Expanding Role and Inherent Limitations', in R. St MACDONALD e D.M. JOHNSTON (ed.), *Towards World Constitutionalism: Issues in the Legal Ordering of the World Community* (Leiden: Martinus Nijhoff, 2005) 775-807.

do envolvimento dos parlamentos nacionais na governança internacional.<sup>33</sup> E tem de melhorar, também, a participação directa de pessoas singulares nas vestes de cidadãos globais, independentemente da sua nação-estado. A democratização das organizações internacionais poderia consistir no estabelecimento de assembleias parlamentares ou populares (por oposição a assembleias governativas).<sup>34</sup> Para a sua composição deveria pesar a quantidade de população dos Estados membros, e os seus poderes deveriam ir passando gradualmente de consultivos a co-legislativos.

Na era da internet, terá de ser levada a sério como factor de governança a *opinião pública global*, que tanto se fez sentir contra a guerra do Iraque de 2003, por exemplo. Na perspectiva constitucionalística, o impacto provavelmente crescente da contestação pública às decisões governamentais representa um desenvolvimento positivo, porquanto funciona como factor (modesto) de controlo dos abusos de poder.

#### D) Procedimentos

O constitucionalismo reclama inclusividade e capacitação (*empowerment*). Vistas desde a perspectiva constitucionalística, as actividades transnacionais das ONG's e das TNC's são expressão de uma emergente sociedade civil global. Na perspectiva constitucionalística, representa um problema a actual discrepância entre a influência efectiva destas entidades e a sua incapacidade formal. Daí o esforço por que os processos de desenvolvimento e implementação do direito internacional sejam mais *inclusivos* e se tornem uma iniciativa comum às instituições (inter)governamentais, aos negócios e àquelas ONG's cuja participação deva ser intensificada, simplificada e mais formalizada.

As ONG's e as ETN's não devem, no entanto, participar com o mesmo estatuto que os Estados, e é necessário ter mais cuidado com a desproporcional influência das ONG's 'do norte'. A entidades não-estatais há-de ser concedida apenas 'voz', e não 'voto', seja por elas serem nor-

<sup>33</sup> Cf. especialmente o 'Cardoso Report' de 2004, n. 17.

<sup>34</sup> Markus KRAJEWSKI, 'Legitimizing Global Economic Governance through Transnational Parliamentarization: The Parliamentary Dimensions of the WTO and the World Bank' (2010) Transtate Working Papers No. 136, 2010.

malmente menos representativas do que os Estados, seja porque têm uma responsabilidade inferior à destes. Mercê desta nova forma de 'regulação civil', poderiam ir-se anulando os défices de legitimidade de cada uma destas entidades parcialmente antagónicas, mas só na medida em que as partes se mantiverem independentes entre si e suficientemente distantes. Só assim se evita a captura e a colisão, e só desse modo poderão as entidades não-estatais cumprir a sua função de vigilância [*watchdog*] e de oposição.

Para se melhorar a *eficácia* de certas organizações em matéria de *normação e de tomada de decisões*, devia ser introduzida ou retomada, na Organização Mundial do Comércio por exemplo, a prática das *decisões por maioria*. Outra coisa é a questão do carácter vinculativo dessas leis e decisões. Não é de todo imprescindível que as medidas por voto de maioria sejam imediatamente vinculativas para membros recalcitrantes. Se elas apenas vincularem os membros que as votam favoravelmente, o correspondente regime do tratado ou organização será um regime multiclasse que, embora possa gerar certas complicações práticas, não só não comprometerá irremediavelmente o funcionamento do regime como poderá mesmo incentivar uma adesão gradual – desde que efectivamente se acabe com o oportunismo [*free riding*] mediante mecanismos inteligentes.

Um problema constante com que se debatem as decisões por maioria no quadro de um conjunto de Estados é o de que qualquer medida (internacional) tomada por voto maioritário vai contra as preferências democráticas formuladas a nível nacional no seio de um estado membro democrático. Isso só será aceitável para os membros da sub-comunidade política (democrática) quando a solidariedade internacional for suficientemente forte e quanto os procedimentos de decisão forem concebidos de molde a proporcionarem a cada estado membro uma boa possibilidade de co-determinar os resultados. No actual modelo organizativo do Conselho de Segurança, por exemplo, falta este último aspecto. Daí que a sua actividade enquanto 'legislador', e não enquanto decisor, deva continuar a ser excepção limitada.

A *transparência* do processo jurídico internacional devia ser melhorada no sentido de arcar com aquelas mesmas funções constitucionais – de modo particular as democráticas – que no direito nacional são desempenhadas pela transparência. Deviam passar a ser normalmente públicas as sessões das instituições internacionais, especialmente as sessões legislativas

(com as devidas excepções, por razões de segurança, económicas e de privacidade). Deviam ser publicados via internet os documentos da governança global, incluindo os anteprojectos, sem se confundir os cidadãos e sem lhes esconder informação importante através da sua superabundância. A facilitação do acesso técnico à internet nas regiões desfavorecidas do globo devia ser uma prioridade da política das Nações Unidas. Apesar de tudo, os arquitectos da governança têm de estar cientes dos custos que uma maior transparência acarreta. Acima de tudo, a transparência não traz por si mesma a democracia. Ela é apenas – e isso é muito importante – uma condição de possibilidade para os procedimentos democráticos. Aquilo que em 2010 as revelações Wikileaks vieram demonstrar foi que uma multidão enorme do público global anseia por mais transparência, especialmente no tocante aos negócios estrangeiros e aos assuntos militares.<sup>35</sup>

Um dos aspectos da transparência é a *obrigação de dar razões* para actos jurídicos. No estado de direito, os autores de actos jurídicos (legisladores, decisores e árbitros) estão obrigados a expor as razões em que assentam os seus actos (veja-se, p.e., o Artigo 296 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE)). O mesmo se deve exigir dos membros do Conselho de Segurança quando, por exemplo, exercem o seu direito de veto.<sup>36</sup> Se estamos de acordo que o Conselho de Segurança actua sob o império do direito, decorre daí, enquanto princípio jurídico (não escrito), a existência efectiva da obrigação que o mesmo Conselho tem de expor as razões por que adopta determinado acto jurídico. A obrigação de apresentar razões para um veto iria continuar a ser exercida dentro da esfera de discricionariedade do membro permanente, mas iria mesmo assim forçá-lo a racionalizar a sua decisão. E isso permitiria que outros Estados e o público criticassem essas decisões. No longo prazo, a obrigação de apresentar justificação para o veto haveria de acabar com aqueles abusos mais flagrantes que são não passíveis de qualquer racionalização.

<sup>35</sup> Veja-se o chamado manifesto da Wikileaks, 'Conspiracy as Governance' de 3 de Dezembro de 2006.

<sup>36</sup> Proposta da Costa Rica, Jordânia, Liechtenstein, Singapura, Suíça (UN Doc A/60/L.49 de 17 de Março de 2006). Cf. a reacção do Conselho de Segurança, na declaração de 19 de Julho de 2006 (anexo à Nota do Presidente do Conselho de Segurança, S/2006/507).

### E) Monitorização, julgamento e aplicação

É necessário melhorar a aplicação do direito internacional. Na esfera dos direitos humanos, é preciso minorar nas administrações nacionais e nas instituições internacionais o esbanjamento de recursos humanos decorrente da coexistência de numerosos organismos de direitos humanos que se dedicam a domínios de escrutínio parcialmente sobrepostos. Isso deve ser feito mediante a simplificação e junção das obrigações de prestação de informação e, possivelmente, através da criação de um organismo para os direitos humanos ou mesmo de um tribunal para os direitos humanos com secções especializadas.

Em termos gerais, deve ser mais prontamente reconhecido efeito directo àquelas disposições sobre tratados internacionais respeitantes ao estatuto jurídico dos indivíduos e que são suficientemente claras e susceptíveis de uma incondicional aplicação por parte dos tribunais (nacionais). Os indivíduos com interesses próprios em causa têm acrescida motivação em recorrerem a tribunal para pôr termo ao incumprimento de direito internacional que pessoalmente os afecte de forma negativa. Transferir para os privados a questão das queixas por violações do direito internacional tem ainda a vantagem de manter mais ou menos intactas as relações políticas intergovernamentais.

A relutância dos tribunais nacionais em aplicarem direito internacional parece ter a ver, não tanto com a separação de poderes ou com a falta de disposição para interferirem com o ramo executivo, mas com o facto de esse tipo de queixas se dirigir normalmente contra o Estado a que pertencem os indivíduos queixosos e sem qualquer garantia de que os juízes de outros Estados cheguem a conclusões similares contra os seus próprios governos. Daí a probabilidade de que os juízes nacionais, tocados por sentimentos de lealdade para com o seu país, sintam nesse contexto maior relutância em atar as mãos do seu próprio governo do que sentiriam se tivessem de actuar no quadro estritamente nacional de um processo administrativo ou constitucional.

Seria boa solução admitir em tribunais nacionais queixas de indivíduos de qualquer nacionalidade contra infracções ao direito internacional por parte de outros Estados ou de entidades estatais, restringindo-se para esse efeito o âmbito da imunidade do Estado (tal como na lei estado-unidense 'US American Alien Tort Claims Act')? Parece duvidoso, dado

que os críticos vão estar sempre prontos a pôr em causa a neutralidade e a competência técnica dos tribunais nacionais para proferirem sentenças sobre outros Estados, permitindo que a autoridade de tais decisões seja facilmente posta em causa – para não falarmos da quase impossibilidade de executar tais decisões.

A melhor opção parece ser a de facultar mais aos indivíduos o acesso a instâncias jurisdicionais internacionais e a órgãos de monitorização. Só que, em seguida, tem de se levantar com toda a frontalidade a questão da *legitimidade do judiciário internacional*. Pode dar-se o caso de que qualquer interpretação dinâmica e teleológica dos instrumentos internacionais (como a Convenção Europeia dos Direitos Humanos) por parte de algum tribunal poderoso e activista (como o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos) só seja aceitável desde que os procedimentos na nomeação dos juízes se modifiquem na direcção, não dos interesses nacionais, mas de uma maior representação das questões da sociedade global. Além disso, os procedimentos das instâncias jurisdicionais internacionais carecem de celeridade e de abertura à participação dos grupos afectados (representados normalmente por ONG's, mediante alegações *amicus curiae*) por forma a poderem garantir a aceitação de laudas arbitrais e de sentenças.

### 5. CONCLUSÃO:

#### CONSTITUCIONALIZAÇÃO E COMUNIDADE

O surgimento e a extensão de uma comunidade constitucional global (de indivíduos, Estados, ONG's e entidades comerciais) é simultaneamente sinal e indutor do constitucionalismo global, sendo a constitucionalização do direito internacional simultaneamente explicação e catalisador dessa comunitarização. Uma comunidade mundial mais constitucionalizada assentaria normativamente no princípio da responsabilidade soberana acima descrito, e isso significa que a base da sua legitimidade seria a segurança, a liberdade e o florescimento humanos. Ao estilo de uma instituição, a comunidade mundial constitucionalizada apresentaria vários níveis de governança, consubstanciados na actuação pública a nível local, regional, nacional, supranacional e global. Isso abriria espaço à actividade de co-governança privada através de ONG's e de parcerias público-privadas. As obrigações jurídicas internacionais dos Estados e de



outros actores da governança para com outros Estados e mesmo para com indivíduos deixariam de ser apenas negativas para passarem a ser cada vez mais positivas, como as obrigações no sentido da efectiva promoção dos direitos humanos ou da intervenção contra a prática de crimes capitais.

O basilar princípio constitucional do pluralismo requer que nesta comunidade se aceite o máximo de diversidade possível. E isso significa que diferentes padrões – de um julgamento justo, por exemplo – em diferentes regimes (p.e. as Nações Unidas, por contraposição à UE) deviam merecer reconhecimento recíproco, sem nunca se comprometer o limiar mínimo. É claro que se mantém a questão de saber onde é que se encontra esse padrão e, acima de tudo, saber quem é que o define.

A linguagem do constitucionalismo global permite colocar a questão candente da legitimidade do direito internacional e facilita a crítica construtiva. Formular críticas e alternativas ao direito actual, longe de ser uma ‘mera’ actividade política e, nesse sentido, potencialmente não académica, constitui uma obrigação intelectual da comunidade académica jurídica. Contudo, a força normativa e prática do direito internacional assenta, em última análise, não no uso do termo ‘comunidade internacional’ como tal nem no uso das noções de constituição e constitucionalismo, mas antes em instituições concretas, em princípios e leis e na sua aplicação.

**ABSTRACT:** In the past 20 years international law has evolved quite dramatically. Many aspects of this evolution can be described and interpreted as constitutionalization in the sense of an evolution from an international order based on some organizing principles such as state sovereignty, consensualism, non-use of force to an international legal order which acknowledges and has creatively appropriated principles and values of domestic constitutionalism. Constitutionalization is a matter of degree. It is an ongoing not linear process, and is often disrupted. It is not all-encompassing, but is accompanied by antagonist trends. The constitutionalization process of international law is mainly driven by academics and to some extent by international courts, not by governments and treaty-makers. Nevertheless, the constitutionalist discourse has the merit of uncovering the structural deficiencies of current international law and assessing them in a new light. Thus the author points to a set of failings of the present ‘constitutionalization’ of international law and suggest ways of moving forward towards a more ‘constitutionalized’ international society.

**KEYWORDS:** *global constitutionalism; international constitutional law; sovereignty; international human rights protection; responsibility to protect; transparency; global rule of law; democracy; participation of non-state actors; international legal subjects; humanity; global public goods; majoritarian decision-making.*