

RESUMO

Este artigo trata do estudo da existência de um constitucionalismo global. Para tanto parte-se do reconhecimento de que o constitucionalismo representa mais do que a mera descrição da Constituição de um país, mas também concebe a limitação jurídica do poder e o respeito aos direitos fundamentais. O conceito de soberania é revisto nos âmbitos internos e externos do Estado nação motivado principalmente pelas mudanças de uma sociedade integrada através da globalização. Os efeitos do Direito comunitário no Direito Constitucional acarreta na verificação de uma nova forma de pensar a soberania e de sua limitação. Com este traço principal vê-se que efetivamente existe uma vertente que possibilita a afirmativa da existência de uma ideologia mundial que limita as ações dos Estados, que se chama constitucionalismo global.

PALAVRAS-CHAVES: Constitucionalismo, Soberania, Constitucionalismo global.

ABSTRACT

This article aims to show the first thoughts about the existence of a global constitutionalism. To do so, the starting point is the recognition that the constitutionalism represents more than just the mere description of the constitution of a country but also the conception that it conceives a power limitation by law and the respect for the human rights. The concept of sovereignty is reviewed as from the inside as well as the outside perspective of the State driven mainly by changes in an integrated society through globalization. The effects of Community law in constitutional law involves the verification of a new way of thinking about sovereignty and its limitations. By this main feature it is possible to assure the existence of a global ideology that limits states' actions, which is called global constitutionalism.

KEYWORDS: Constitutionalism, Sovereignty, Global Constitutionalism

INTRODUÇÃO

O objetivo proposto para este artigo é instigar a percepção sobre a existência de um constitucionalismo global como corrente informadora do Direito Internacional. Para tanto inicialmente identificam-se os elementos do constitucionalismo, levando-se em consideração principalmente questões como soberania e a internacionalização dos direitos humanos como os dois elementos essenciais que levariam à identificação do objeto de estudo deste artigo.

Para melhor compreender a existência de um constitucionalismo global primeiramente pretende-se definir os elementos do constitucionalismo. Num segundo momento observando-se a inevitável contribuição que Direito Comunitário possui nas tratativas de uma ordem jurídica supranacional. Para tanto coloca-se em cheque a concepção tradicional de soberania.

Tais elementos somados à busca da paz universal e as tentativas de internacionalização dos direitos humanos, pode-se concluir pela existência do constitucionalismo global.

1 DO CONSTITUCIONALISMO

Charles Howard McIlwain menciona que antes do final do século XVIII a noção tradicional do constitucionalismo era de uma série de princípios contidos nas instituições de uma nação que não eram nem estranhos nem anteriores em sua existência a elas mesmas^[1].

Entretanto esta noção sofre mudanças, principalmente em decorrência da grande contribuição do constitucionalismo inglês para o entendimento de uma nova fase do constitucionalismo, que não deixa de ser o resultado de uma fase anterior. Esta fase “auto-consciente” eleva a interpretação da própria Constituição e do seu papel.

Ressalta-se da experiência inglesa que a existência ou não de uma constituição escrita não impede a salvaguarda dos princípios constitucionais muito menos dos direitos fundamentais (o que lá se dá através de leis ordinárias posto que até os dias de hoje não existe uma constituição escrita). Em verdade talvez a Inglaterra seja uma experiência única, onde as forças das tradições, do direito consuetudinário, da *common law*, possam prover os ingleses da segurança jurídica necessária, ainda que não tenham uma constituição escrita assim como os demais países, a exemplo da França e dos Estados Unidos.

O constitucionalismo, desta forma, não representa a mera exaltação dos princípios inseridos na Constituição de um país, posto que este existe independentemente da existência de uma constituição escrita.

Estudando Thomas Paine, McIlwain afirma que o constitucionalismo ao limitar o governo garante aos cidadãos o respeito a seus direitos fundamentais, pois são anteriores, quer interpretada na questão temporal (pelo fato de que a Constituição é anterior ao governo na ordem cronológica) quer na superioridade de sua natureza e na capacidade de obrigar^[2]. O constitucionalismo possuiu, assim, uma

qualidade essencial: de ser a limitação jurídica do governo, ser a antítese do governo arbitrário, ser o contrário do governo despótico, do governo do capricho em vez do direito[3].

Evidencia-se que na definição de constitucionalismo não se limita a descrever a Constituição, entendida esta como conjunto de normas ou de princípios, mas senão em sede prescritiva, buscam instaurar uma ordem política melhor e um governo justo, político ou legal [4]. O constitucionalismo é, desta forma, uma técnica da liberdade contra o poder arbitrário[5], isto é “a técnica jurídica pela qual é assegurado aos cidadãos o exercício dos seus direitos individuais e, ao mesmo tempo, coloca o Estado em condições de não os poder violar”[6], representando “o governo das leis”[7], a separação dos poderes e o respeito às garantias individuais.

No Estado de Direito o império da lei erradica a arbitrariedade da relação entre o soberano e o cidadão. O componente emancipatório do império da lei é que o cidadão não obedece pessoas mas normas. Assim, o Estado de Direito combate a arbitrariedade, enquanto que o Estado Liberal combate o absolutismo e o autoritarismo. O traço emancipatório do Estado Liberal é que o soberano não pode entrar nas esferas do pessoal, direitos de liberdade de expressão, liberdade religiosa.

Foi justamente desta a tensão vivida durante os séculos XVIII e XIX que a cultura racionalista pode se tornar realidade, e isto se deu através da codificação[8]. Norberto Bobbio, na análise histórica da produção legislativa, afirma que “o impulso para a legislação nasce da dupla exigência de por ordem no caos do direito primitivo e de fornecer ao Estado um instrumento eficaz para a intervenção na vida social”[9].

À época as mudanças eram vistas como atentados à própria Constituição[10], pois somente o que era imperfeito muda – ou porque se corrompe ou porque melhora – sendo que a imutabilidade deveria ser garantida para o que era perfeito a fim de preservá-lo como tal, a imutabilidade era ao mesmo tempo consequência e prova da perfeição. De outra monta a imutabilidade absoluta da Constituição poderia voltar-se ao seu contrário.[11] Assim desenvolveu-se outro pensamento, enraizado num individualismo exacerbado, de que nenhuma lei e Constituição são tão sagradas que não podem ser modificadas[12].

Para Josep Arguiló Regla[13] a Constituição do constitucionalismo possui um papel ideológico de reconhecimento dos direitos frente à legitimidade de um sistema jurídico político não se desprezando a forma constitucional, como garantia dos direitos. A Constituição do constitucionalismo não pode ser tida como uma mera função do poder político existente, o seu núcleo central deve girar em torno dos adequados critérios de legitimidade que se incorporam à Constituição e o procedimento idôneo é a argumentação racional, devendo possuir uma clara vocação universalista, racional e imparcial[14].

A forma constitucional é uma característica do constitucionalismo da qual, a exemplo da ideologia positivista[15], decorre que a Constituição é uma codificação – ou conjunto de normas fundamentais (aquelas que, superior a elas não há nada) que dizem e explicam o funcionamento do sistema – diferenciada da forma legal ordinária[16]. A forma constitucional pressupõe codificação, sendo esta normalmente rígida[17]. Como a cultura jurídica dominante é a do positivismo daí decorre, para Josep Arguiló Regla, que grosso modo, a tese das fontes sociais do Direito significa que o direito é uma ordem artificial, e portanto não natural, acarretando no problema permanente de que o conceito do Direito tem sido o de distinguir o Direito de seu ambiente, de seu entorno, de determinar o conjunto de normas jurídicas – que se identificam conforme os critérios formais dados pelo próprio ordenamento jurídico[18].

Conclui o autor que o desenvolvimento do constitucionalismo contemporâneo pode ser observado através da evolução de um modelo de conexão externa entre direitos e princípios constitucionais e ordem jurídica – operando como limites negativos à ação do Estado limitando a soberania e a ação política legítima – para um modelo de conexão interna – operando como força expansiva fundamental na determinação do conteúdo do ordenamento jurídico[19].

Em verdade insta-se como necessário tratar da nova compreensão de soberania para compreender a atual concepção do constitucionalismo, bem como para observar a influência que os momentos históricos e sociais possuem e, também, sobre o Direito Internacional Público, em especial no Direito Comunitário, na formação do Constitucionalismo Global.

2. A REVISÃO DO CONCEITO DE SOBERANIA NO DIREITO COMUNITÁRIO EM FACE DA GLOBALIZAÇÃO

O significado de soberania, de matriz jusnaturalista, envolve desde as atribuições do príncipe até as concepções organicistas do “Estado-pessoa e da soberania como atributo ou sinônimo do Estado” [20]. Entretanto, a idéia de soberania, tal qual se reconhece, envolvendo tanto a soberania interna – relativa à “progressiva limitação e dissolução paralelamente à formação dos Estados constitucionais e democráticos de direito” – bem como a soberania externa que, para Ferrajoli, sua história “ainda está longe de concluir-se e continua a mostrar como uma ameaça permanente de guerras e destruições para o futuro da humanidade”[21].

Ferrajoli, destaca que desde o século XVI, com autores como o teólogo Espanhol, Francisco de Vitoria, já lançava as bases do direito internacional moderno colocando o Estado como sujeito soberano,

destacando três idéias basilares: “a) a configuração da ordem mundial como sociedade natural de Estados soberanos; b) a teorização de uma série de direitos naturais dos povos e dos estados; c) a reformulação da doutrina cristã da “guerra justa”, referida como sanção jurídica às injúrias sofridas.” [22]

O pensamento de Vitoria de que o Estado vincula-se, em suas relações externas ao direito das gentes “não somente como *ius dispositivum* (direito dispositivo) com a força própria dos pactos, mas também como *ius cogens* (direito coagente) como força de lei”, chega inclusive a “conceber não só a *universalis respublica* (a república universal) das gentes, mas também a humanidade como um novo sujeito de direito”. Extrai-se deste pensamento um grande legado ao se reconhecer a humanidade como a representação de todo o gênero humano, constituindo a idéia de soberania externa como “conjunto de direitos naturais dos povos” que legitimariam o direito internacional. Por tais motivos a guerra se tornaria justa, pois não se submetendo um Estado ao direito das gentes, mediante a falta de um tribunal superior, se reconhece a guerra, entre outros aspectos, como sanção [23].

A solidificação dos Estados nacionais e do reconhecimento do tratamento igualitário de Estados soberanos é marcada pela desigualdade decorrente do papel desempenhado pelas grandes potências. A violência da guerra, ainda que justa, não se sustenta sua lógica por contrastar-se ao direito [24]. A partir de Hobbes tem-se o reconhecimento da personificação do Estado-pessoa, caracterizando-se como um atributo da soberania, nascendo assim a “metáfora antropomórfica do Estado ‘pessoa’ ou ‘homem artificial’ [...] à qual a soberania é associada como essência ou ‘alma artificial’ e, concomitantemente, como poder absoluto” [25]. Assim igualmente o Estado teria a mesma liberdade que o homem, “assim como entre os homens sem um senhor existe uma guerra perpétua [...] eles (os Estados) vivem na condição perpétua de guerra prontos para batalha” [26].

Os sujeitos soberanos apresentam-se no cenário internacional unicamente como os “novos Leviatãs: máquinas e lobos artificiais, em estado de guerra virtual e permanente, livres de todo vínculo legal, subtraídos ao controle de seus criadores, para cuja paz e tutela tinham sido inventados e, aliás, em revolta contra aqueles e capazes de destruí-los” [27]. A metáfora antropomórfica do Estado-pessoa “são levadas a sério, abrindo espaço para uma metafísica de cunho idealista e autoritário, que reconhece o Estado como única fonte do direito” aperfeiçoando-se o estado de direito em “estado constitucional de direito, e a soberania interna como *potesta absoluta* (poder absoluto), já não existindo nenhum poder absoluto, mas sendo todos os poderes subordinados ao direito, se dissolve definitivamente”. Como prova disto Ferrajoli destaca do primeiro artigo da Constituição italiana que “a soberania pertence ao povo” mas logo em seguida acrescenta-se que o povo “a exerce nas formas e nos limites da Constituição”, de onde conclui o autor, que nem mesmo o povo é soberano [28].

No contexto externo, destaca-se com de grande importância histórica, no mundo pós Segunda Guerra, quando a absolutização desta soberania externa chega ao ápice. Isto por decorrência de uma série de eventos conexos e contraditórios [29], quer na postura assumida pela soberania quer quanto ao tratamento dos direitos fundamentais, onde o Estado, reconhecido como única fonte do direito, exclui destes direitos aqueles que não são seus cidadãos; e estes mesmos cidadãos não possuem “garantias supra-estatais de direito internacional contra as violações impunes de tais direitos, cometidas pelos próprios Estados” [30].

A soberania no plano normativo, o mundo pós-guerra, especialmente pelos documentos elaborados pela Organização das Nações Unidas, “a deixa de ser, com eles, uma liberdade absoluta e selvagem e se subordina, juridicamente, a duas normas fundamentais: o imperativa da paz e a tutela dos direitos humanos.” [31] Nesta nova ordem são sujeitos de direito internacional não apenas os Estados, mas também os indivíduos e os povos.

Na década de 1950, Bélgica, Holanda, Luxemburgo, Itália, França e Alemanha unem-se, através do Tratado de Paris, em 1951, criam a Comunidade Européia do Carvão e do Aço (CECA). Mais tarde, através dos Tratados de Roma, em 1957, surgem a Comunidade Européia da Energia Atômica, (CEEA ou EURATOM), e a Comunidade Econômica Européia (CEE), este último, destacado como o mais importante, visava a formação do mercado comum europeu. [32]

É justamente na década de 1950, a partir da experiência européia, ainda que timidamente, surge o Direito Comunitário. Este relativamente novo ramo do Direito busca entrelaçar os ramos do Direito Público e do Direito Privado pertencentes a ordenamentos jurídicos estatais diversos que visam à integração. [33] Esta integração, que se apresentava precipuamente sob o enfoque econômico, foi-se estendendo a outras áreas, culminando hoje, com o que parece ser, a necessidade de uma integração legislativa e jurídica, além da mercadológica.

Este novo ramo apresenta como principais fontes criadoras de direitos e obrigações para os Estados-Membros, as seguintes categorias: Tratados Constitutivos, Acordos Internacionais, Princípios Gerais e Princípios Fundamentais. [34]

Desde a Criação da Comunidade Econômica Européia, em 1957, quando a compunham apenas seis Estados-Membros, vários outros Estados Europeus foram aderindo à comunidade. Esta união de Estados representou uma inovação em termos de estrutura estatal e um dos principais problemas enfrentados foi – e ainda é – a dificuldade em se integrar os sistemas jurídicos destes entes, sem se olvidar o necessário conceito

de soberania.

A dificuldade está em enquadrar a natureza jurídica desta nova forma de Estruturação de Estado(s) que traduza a condição *sui generis* da Comunidade Européia, já que não há, dentre as categorias jurídicas conhecidas até então, uma que se enquadre na conceituação do modelo. Assim, a teoria sente a necessidade de se amoldar à realidade fática, renovando e recriando seus conceitos.

A União Européia, originária do Tratado de Maastricht (Tratado da União Européia – TUE), de 1992, efetivamente estabeleceu suas bases através do Tratado de Amsterdã, de 1997, onde buscava-se a colaboração em matéria de política exterior e segurança comum; cooperação no âmbito judicial e policial e em matéria penal e Comunidades. Através do Tratado de Nice, de 2001, a União Européia se preparou para novas adesões a partir de 2003, passando de 15 membros nesta data para 27 membros em 2007.

Mesmo já esboçado para si uma Constituição própria, longe está de ser um Estado Unitário, situando-se sua forma de organização em um meio termo entre a federação e a confederação, aproximando-se mais do modelo proposto por esta última. Não pode ser considerada uma federação, pois nesta, sendo seus entes autônomos, mas não soberanos, não há a possibilidade de secessão. Mais próxima estaria da confederação, pois nesta, sendo os entes soberanos, preservam para si sua soberania original. Mas, ainda assim, não se pode dizer ser o caso da União Européia. Karine de Souza Silva, estudando a União Européia e o Sistema Institucional de suas Comunidades^[35] afirma nem ser federação tampouco confederação, asseverando que a alternativa é qualificar a Comunidade Européia como organização internacional *sui generis*, pois apresenta diversas características essenciais como o caráter voluntário, a interestatalidade, sistema orgânico permanente, autonomia na tomada de decisão, competência própria no âmbito de determinadas matérias e cooperação internacional institucionalizada.

Importante é a discussão acerca de conflitos entre norma nacional e norma comunitária que são possíveis e neste caso, resta analisar se os Estados abrirão mão de sua soberania para submeter-se às regras gerais que, uma vez aceitas, deverão revestir-se de caráter coercitivo, sob pena de invalidá-las e torná-las inefetivas.

Leva-se assim a outra questão a ser considerada quando de uma implementação de uma Constituição comum a vários Estados está na variedade de desenvolvimento econômico e social conhecidos por estes, o que poderá prejudicar a efetiva aplicação de normas que não considerem as particularidades de cada região.

Jürgen Habermas tratando do Estado nacional europeu afirma que “o Estado nacional impôs-se definitivamente sobre as formações políticas mais antigas”^[36] entretanto, confirma a possibilidade de superar este modelo histórico rumo às sociedades pós-nacionais.

Os conceitos de “Estado” e “nação”, ainda que andem lado a lado em muitas designações, têm origens e fundamentos diferentes. Enquanto que o Estado territorial demarca o monopólio do poder e de administração autônoma financiada por impostos o conceito de nação só avança a partir da revolução do final do século XVIII, onde uma tomada de consciência – “inicialmente burguesia cidadina, sobretudo academicamente letrada” – alcança “camadas mais amplas da população e ocasionar progressivamente uma mobilização das massas”^[37]

O conceito de nação também levou a uma mudança no conceito de legitimação – antes baseada na “graça divina” – fazendo da participação democrática (com a elevação do status da cidadania) a “fonte secularizada de legitimação”^[38] do Estado. Os súditos passam a ser sujeitos de direitos (direitos do homem e do cidadão). “A nação ou o espírito do povo – a primeira forma moderna de identidade coletiva – provê a forma estatal juridicamente constituída de um substrato cultural”.^[39] Adiciona-se uma “liberdade nacional” que “consiste essencialmente na capacidade de afirmar sua própria independência, até mesmo pela força militar, em casos extremos”^[40]

Habermas destaca que numa sociedade pluralista a cultura política precisa “desacoplar-se do plano das subculturas e de suas identidades, cunhadas de uma maneira anterior à política”^[41]. Nesse sentido a constituição possui papel fundamental, revelando-se “como moldura institucional eficiente para uma dialética entre a igualdade jurídica e factual, que ao mesmo tempo fortalece a autonomia privada dos cidadãos, bem como sua autonomia cidadão no âmbito do Estado”.^[42]

Entretanto, com a globalização, este cenário se encontra modificado. Os mercados financeiros e de trabalho estão hoje organizados em rede mundial, enfraquecendo as influências dos governos sobre as empresas.

Neste sentido o Estado nacional seria “suprassumido” e não extinto, como figuras capazes de agir em plano supranacional dando condições de atuação às organizações internacionais^[43].

Afirma Antônio Negri^[44] que ainda que ocorra uma diminuição do poder do Estado-nação isto não significa “que a soberania como tal esteja em declínio”. Segundo Negri o conceito de soberania deve ser revisto, pois esta “tomou nova forma, composta de uma série de organismos nacionais e supranacionais, unidos por uma lógica ou regra única”. Neste particular discursa que: “as distintas cores nacionais do mapa imperialista do mundo se uniram e mesclaram, num arco-íris imperial global”^[45].

O Império de Antônio Negri é caracterizado “pela ausência de fronteiras: o poder exercido pelo

Império não tem limites”, tratando-se de “um regime que efetivamente abrange a totalidade do espaço, ou que de fato governa todo o mundo ‘civilizado’”. Este Império tem como objeto de governo a “vida social” constituindo-se uma forma “paradigmática de biopoder [...] sempre dedicado à paz – uma paz perpétua e universal fora da História” [46].

Ademais “as fontes da solidariedade social secam, de tal modo que as condições de vida existentes até então no Terceiro Mundo expandem-se nos grandes centros do Primeiro. Essas tendências intensificam-se no fenômeno de uma nova ‘subclasse’” [47].

Diante destes intrincados sistemas jurídicos que põem à prova conceitos de Estado nacional e, de outra monta, parecem demonstrar a existência de um regramento supranacional com objetivo de regulamentar toda a vida no planeta, pergunta-se sobre a existência de um fundamento teórico que possibilitaria a formação de uma Constituição supranacional.

3. DA NECESSIDADE DO CONSTITUCIONALISMO GLOBAL

O sexto capítulo da obra “A Inclusão do Outro” de Jürgen Habermas questiona justamente as proposições de Dieter Grimm acerca de uma Constituição europeia. Habermas afirma que normativamente não há como existir um Estado federativo europeu (com o nome de uma Europa democrática) sem a existência de “um contexto comunicacional que avance para além das fronteiras de opiniões públicas de inserção meramente nacional, até o momento” [48].

A análise de Habermas, ao final, é de que a Europa cresce unida (econômico, social e administrativamente) superando, através de uma base cultural, o nacionalismo. Afirmado a possibilidade de uma Constituição europeia conclui: “na verdade, para que esse contexto de comunicação se estabeleça parece faltar apenas um desencadeamento por via jurídica constitucional” [49].

José Joaquim Gomes Canotilho, estudando o projeto de uma Constituição Europeia afirma que esta é recusada em Portugal, “não porque se trate de uma constituição dirigente mas porque, pura e simplesmente, pretende arrogar-se a Constituição supranacional”. Destaca ainda que, em assim agindo a Constituição Europeia unifica a história europeia mesmo quando reconhece divergências antigas [50]. Conclui que “a Constituição europeia não substitui sequer as constituições nacionais quanto ao problema central da *competência da competência*, desde logo, porque a delimitação das competências da União se rege pelo *princípio da atribuição*.” [51] Neste sentido “o direito constitucional europeu continuaria um direito de ‘restos’ de atribuições” [52].

Neste sentido vê-se claramente que, embora se pretenda delinear uma Constituição supranacional, ainda que pareça tratar de questões apenas econômicas, como se fosse mera consequência do desenvolvimento de uma área de livre mercado, é nítida a preocupação com as consequências com o aspecto social envolvido.

Flávia Piovesan afirma existir uma emergência do Direito Internacional dos Direitos Humanos [53], principalmente no período do Pós-Guerra. Aliado a este aspecto existe uma nova feição do Direito Constitucional aberto a princípios e valores, como o da dignidade humana. A autora coloca que “é como se se projetasse a vertente de um constitucionalismo global, vocacionado a proteger direitos fundamentais e a limitar o poder do Estado.” [54]

A expressão “constitucionalismo global” é igualmente empregada por Canotilho, que sugere três traços caracterizadores “deste novo paradigma emergente”: (1) alicerçamento do sistema jurídico-político em relações entre Estado/povo, isto é, não de relações horizontais entre Estados mas sim com as populações dos próprios estados; (2) emergência, através das declarações e documentos internacionais, de um *jus cogens* internacional (que “inclui um mínimo de proteção à vida, liberdade e segurança, no âmbito das liberdades pessoais, e o direito à autodeterminação como direito básico da democracia”) legitimado em *valores, princípios e regras* universais; (3) a dignidade humana fixada como pressuposto de todos os constitucionalismos. Assim, compreende a transformação do Direito Internacional como um “*parâmetro de validade* das próprias constituições nacionais cujas normas deveriam ser consideradas nulas se violassem as normas do *jus cogens* internacional” [55].

Luigi Ferrajoli percebe que tais questões decorrem de uma crise do Estado de Direito oriunda, dentre outros aspectos, da perda da unidade e coerência das fontes do direito e da convivência e superposição de diversos ordenamentos concorrentes [56].

Vários desafios são lançados, alguns sob o aspecto liberal e outros sob o aspecto social do Estado legislativo de Direito. Justamente sob este último aspecto, é que Ferrajoli destaca como um desafio ao Estado de Direito que é a perda de soberania dos Estados que decorre justamente pelo deslocamento das fontes de Direito para além das fronteiras do Estado. Diante disto, para o autor, acarreta uma debilidade do papel garantista das Constituições nacionais [57].

Tendo em vista o declínio do Estado de Direito, que viu deslocado o espaço de poder para além da esfera estatal, a proposta é promover, frente a este desafio colocado pela globalização, uma integração jurídica e institucional como complemento à integração econômica e política. Para alcançar tal intento, Ferrajoli sugestiona o desenvolvimento de um constitucionalismo sem Estado, que estaria à altura dos novos espaços supraestatais.

Tratando “por um lado, um constitucionalismo europeu e, por outro, um constitucionalismo internacional, idôneos para limitar o absolutismo dos novos poderes” [58].

A idéia de um constitucionalismo internacional é de mais longo prazo, constituindo, senão, “a única alternativa a um futuro de guerra, violência e crescimento exponencial da miséria e da criminalidade” o que não apenas desacreditaria, senão também ameaçaria a própria sobrevivência da democracia. Assim, deve-se buscar um Direito público, que é decorrente de uma sociedade globalizada, como forma de garantia idônea da paz e dos direitos humanos[59].

O autor não descuida, entretanto, de reconhecer a impossibilidade de se discutir uma forma de Estado de Direito supranacional, pois se poderia “formular uma hipótese na perspectiva de um constitucionalismo e de uma esfera pública já não exclusivamente estatais senão supraestatais, um espaço da Constituição supraordenando a qualquer outra fonte e a regulação sobre ela do paradigma constitucional como dimensão necessária do Direito em qualquer nível e como limite intrínseco de todo poder legítimo” [60].

Ferrajoli defende que a concepção comunitária deve ser invertida. Uma Constituição não serve para representar a vontade comum de um povo, senão para garantir os direitos de todos, inclusive frente à vontade popular. Sua função não é expressar a existência de um *demos*, é dizer de uma homogeneidade cultural, identidade coletiva ou coesão social, senão o contrário, de garantir, através daqueles direitos, a convivência pacífica entre sujeitos e interesses diversos e virtualmente em conflito. O fundamento de sua legitimidade, a diferença do que ocorre com as leis ordinárias e as opções de governo, não reside no consenso da maioria, senão em um valor muito mais importante e prévio: a igualdade de todos nas liberdades fundamentais e nos direitos sociais, ou seja, em direitos vitais conferidos a todos, como limites e vínculos, precisamente, frente às leis e aos atos de governo expressados nas contingentes maiorias. É também certo que a efetividade de qualquer Constituição supõe um mínimo de homogeneidade cultural e pré-política. Mas é todavia mais certo o contrário: que é sobre a igualdade nos direitos, como garantida da tutela de todas as diferenças de identidade pessoal e da redução das desigualdades materiais, como maduram a percepção dos outros como iguais e, por ele, o sentido comum de pertencer e a identidade coletiva de uma comunidade política. Se pode, mais ainda, afirma que a igualdade e a garantia dos direitos são condições não somente necessária, senão também suficientes para a formação da única “identidade coletiva” que vale a pena perseguir: a que se funda no respeito recíproco, antes que nas recíprocas exclusões e intolerâncias geradas pelas identidades étnicas, nacionais, religiosas ou lingüísticas[61].

Segundo o próprio Ferrajoli, “por ironia da história, assumem uma atualidade singular muitas das indicações de Francisco de Vitoria [...] sendo que hoje parece possível despi-las de sua dimensão utópica [...] e amarrá-las a garantias efetivas de direito positivo”. [62] Assim propõe quatro indicações para se perceber a humanidade como referencial unificador do direito por meio de um “*constitucionalismo mundial*”. São elas[63]:

1º Preenchimento obrigatório pela ONU da *lacuna* política e de cultura jurídica para a “limitação efetiva da soberania dos Estados por meio da introdução de garantias jurisdicionais contra as violações da paz externamente, e dos direitos humanos, internamente”;

2º Proibição de todas as guerras através de garantias adequadas da caráter preventivo, “não apenas armando a ONU, mas sobretudo desarmando os Estados”;

3º Reconhecimento como direito a todos os povos do mundo: o “*ius societatis et communicationis*, o *ius peregrinandi* para nossas *provincias et illic degendi* (de nelas morar), o *ius migrandi* para nossos países ricos e de neles adquirir a cidadania por força do simples título, proclamado por Vitoria, de todos nós sermos homens, e *ergo videtur quod amicitia inter hominis sit de iure naturali, et contra naturam est vitare consortium hominum innoxiorum* (é, portanto, evidente que a amizade dos homens faz parte do direito natural, e que é contra a natureza evitar o consórcio dos homens probos)”.

4º O direito, bem como o direito internacional, “como é” e “como será” depende de todos nós “enquanto pessoas e enquanto filósofos ou juristas”.

Entretanto o autor não é otimista quanto à perspectiva de um constitucionalismo ampliado em escala internacional por questões políticas, pois dependeria da vontade dos países mais fortes no plano econômico e militar. Entretanto reconhece-se uma espécie de constituição embrionária no mundo e, valores como da proibição da guerra e os direitos dos homens e dos povos, não são externos ao ordenamento. A validade das normas dependem também da observância de “novos princípios positivos do direito internacional” [64].

Embora as dificuldades de ordem prática, é possível se considerar a necessidade do desenvolvimento de um constitucionalismo global, especialmente no plano teórico, pois, assim como da passagem do Estado absolutista para o Estado de Direito, também a sociedade global atual, principalmente após a Segunda Guerra Mundial, preocupa-se com a limitação do poder do próprio Estado-nação para proteger um novo valor, a humanidade e a paz universal. Ferrajoli clama à doutrina internacionalista a “livrar-se daquela falácia realista [...] e assumir uma tarefa científica, além de política, a crítica jurídica dos perfis de invalidez e de caráter incompleto do direito vigente e o planejamento das garantias do direito futuro” [65].

CONCLUSÃO

Por todo o exposto pode-se concluir que o constitucionalismo não representa, necessariamente, a exaltação dos princípios da Constituição de um dado país, isto porque ele existe independentemente dela. Sua qualidade essencial, perante o Estado nacional, é a limitação do poder pelo direito, sendo contrário ao governo arbitrário. Outra característica fundamental é a garantia dos direitos fundamentais, especialmente dos Direitos Humanos.

Neste sentido que também no Direito Internacional pode-se falar em constitucionalismo. Isso porque com a preocupação de uma nova situação de guerra com contornos globais, a partir da década de 1950, diversos foram os tratados que, ainda que restritos às questões econômicas, visavam a integração entre os Estados, até mesmo o objetivo de intervir nas políticas internas dos países, que passaram a renunciar a uma parcela de sua soberania para cooperarem e colaborarem com políticas externas e de segurança, entre outros aspectos, além da questão econômica.

Neste cenário surge a discussão acerca de uma Constituição supranacional, que, apesar das críticas e divergências, contribui para a afirmação da existência de um constitucionalismo global. Isso porque a possibilidade de existir um ponto em comum entre os povos já significa que há um nível mínimo de entendimento de que há a necessidade de se limitar arbitrariedades também no âmbito do Direito Internacional com a perspectiva de se observar a “primazia do valor da dignidade humana, como paradigma e referencial ético, verdadeiro superprincípio a orientar o constitucionalismo contemporâneo, nas esferas local, regional e global” [66].

Por fim, observa-se a existência do constitucionalismo global como algo necessário para a proteção e promoção da paz e dos direitos fundamentais, não apenas restrito aos tratados e/ou Constituições supranacionais que venham a ser escritos, mas também no reconhecimento da validade de normas internas dos Estados, com o reconhecimento dos novos princípios de direito internacional.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

- AGUILÓ REGLA, Josep. **La Constitución del Estado Constitucional**. Bogotá: Temis, 2004.
- BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. Lições de Filosofia do Direito. Compiladas por Nello Morra. Tradução de M. Pugliese, E. Bini e C. E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. A Constituição Européia entre o programa e a norma. In: NUNES, António José Avelãs. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Diálogos Constitucionais: Brasil/Portugal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- _____. **Direito Constitucional**. 7. Ed. Coimbra: Almedina, 2008.
- FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro Del Estado de derecho. In: **Neoconstitucionalismo(s)**. Trad. Miguel Carbonell. 2 ed. Madrid: Trotta, 2005.
- _____. **A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do Estado**. Trad. Carlo Coccioli, Márcio Lauria Filho. 2. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. São Paulo: Loyola, 2002.
- MATTEUCCI, Nicola. Verbete “Constitucionalismo”. In: BOBBIO, Norberto; **Dicionário de política**. Tradução de João Ferreira et alii. Brasília: Editora UnB, 1986.
- _____. **Organización del poder y libertad**. Historia del constitucionalismo moderno. Presentación de Bartolomé Clavero. Traducción de F. J. Ansuátegui Roig y M. Martínez Meira. Madrid: Trotta; Universidad Carlos III, 1998.
- McILWAIN, Charles Howard. Algunas definiciones modernas Del constitucionalismo. In: _____, **Constitucionalismo antigo y moderno**. Traducción de Juan José Solozábal Echaarría. Madrid: Centre de Estudios Constitucionales, 1992.
- NEGRI, Antonio; HARDT, Michel. **Império**. Tradução de Berilo Vargas. 6. Ed. Rio de Janeiro: Record, 2004. p. 11-84
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**. São Paulo: Saraiva, 2006.
- SEITENFUS, Ricardo. VENTURA, Deisy. **Direito Internacional Público**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- SILVA, Karine de Souza. **Direito da Comunidade Européia: fontes, princípios e procedimentos**. Ijuí: Ed. Unijui, 2005.

- [1] McILWAIN, Charles Howard. Algunas definiciones modernas del constitucionalismo. In: _____, **Constitucionalismo antigo y moderno**. Traducción de Juan José Solozábal Echaarria. Madrid: Centre de Estudos Constitucionales, 1992. p. 27-28.
- [2] Op. Cit. p. 25 e 27.
- [3] Op. Cit., p. 37.
- [4] MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad**. Historia del constitucionalismo moderno. Presentación de Bartolomé Clavero. Traducción de F. J. Ansuategui Roig y M. Martínez Meira. Madrid: Trotta; Universidad Carlos III, 1998. p. 23.
- [5] Op. Cit. p. 24.
- [6] MATTEUCCI, Verbete “Constitucionalismo”. In: BOBBIO, Norberto; **Dicionário de política**. Tradução de João Ferreira et alii. Brasília: Editora UnB, 1986. p. 247-248.
- [7] Op. Cit. p. 248.
- [8] BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. Lições de Filosofia do Direito. Compiladas por Nello Morra. Tradução de M. Pugliese, E. Bini e C. E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p. 64.
- [9] Op. Cit. p. 120.
- [10] ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho ductil**. Los Derechos y justicia. Traducción M. Gáscon. Madrid: Trotta, 1995. p. 37.
- [11] Op. Cit., p. 40.
- [12] Op. Cit. p. 41.
- [13] “En mi opinión y acortando bastante el camino, puede decirse que el constitucionalismo es una ideología que *grosso modo* puede caracterizarse a partir de dos notas: 1. Sitúa el ‘reconocimiento’ de los derechos al frente de la legitimidad de un sistema jurídico político; lo que supone que el respeto a los derechos desempeña un papel central en la justificación de la acción política y jurídica de la comunidad de referencia, e 2. recurre a la forma constitucional – entendida como opuesta a la forma legal ordinaria – como garantía de ese papel atribuido a los derechos”. (AGUILÓ REGLA, Josep. **La Constitución del Estado Constitucional**. Bogotá: Temis, 2004. p. 107).
- [14] “[...] la Constitución del constitucionalismo no puede verse como una mera función del poder político existente – incluido el poder en la negociación –, entonces el núcleo central de la discusión constitucional tiene que girar en torno a la corrección de los criterios de legitimidad que se incorporan a la Constitución y el procedimiento idóneo es la argumentación racional. [...] La Constitución del constitucionalismo tiene que tener una clara vocación universalista, racional e imparcial”. (Op. Cit. p. 122-123).
- [15] “[...] para hablar de Estado constitucional, la Constitución formal del constitucionalismo tiene que ser positiva, tiene que ser usada desde los cánones del constitucionalismo”. (Op. Cit. p. 107).
- [16] Op. Cit. p. 117.
- [17] “La resistencia constitucional tiene que ver con la rigidez constitucional en cuanto que ambas responden al objetivo de garantizar la supremacía de la Constitución y de conseguir su duración a lo largo del tiempo; pero no puede reducirse a ella porque la resistencia no es sólo una cuestión de dificultar el cambio de la Constitución (no es una cuestión meramente estructural)”. (Op. Cit. p. 116).
- [18] “[...] la cultura jurídica dominante, además de normativista, ha sido también *positivista* [...] La tesis de las fuentes sociales del Derecho *grosso modo* viene a significar que el Derecho es un orden social artificial, no natural; esto es, que es producto de los hombres. [...] un problema permanente del concepto de Derecho ha sido el de distinguir el Derecho de su ambiente, de su entorno, el de determinar el conjunto de normas jurídicas. [...] El conjunto de normas jurídicas, es decir, el conjunto de normas que conforman el Derecho, se identifica conforme a criterios formales suministrados por el propio orden jurídico”. (Op. Cit. p. 154-156).
- [19] “De los derechos frente al Estado a la constitucionalización del orden jurídico”. (Op. Cit. p. 171-174).
- [20] FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do Estado**. Trad. Carlo Coccioli, Márcio Lauria Filho. 2. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 2.
- [21] Op. Cit. p. 3.
- [22] Op. Cit. p. 7.
- [23] Op. Cit. p. 9-14.
- [24] “A doutrina internacionalista e a filosofia política do século XVII dissolvem todas as ambivalências presentes na construção de Vitoria para adaptá-las, realisticamente, à divisão da Europa nos novos Estados soberanos como sancionada pela paz de Vestfália, 1648.” Op. Cit. p. 17.
- [25] Op. Cit. p. 19.
- [26] Hobbes *apud* Ferrajoli, Op. Cit. p. 21-22.
- [27] Ferrajoli, Op. Cit. p. 22.
- [28] Op. Cit. p. 31-33.
- [29] “O estado de direito, internamente, e o estado absoluto, externamente, crescem juntos os dois lados da mesma moeda. Quanto mais se limita – e, através de seus próprios limites, se autolegitima – a soberania interna, tanto mais se absolutiza e se legitima, em relação aos outros Estados e sobretudo em relação ao mundo ‘incivil’, a soberania externa. Quanto mais o estado de natureza é superado internamente, tanto mais é reproduzido e desenvolvido externamente.” Op. Cit. p. 34-35.
- [30] Op. Cit. p. 35-36.
- [31] Op. Cit. p. 39-40.
- [32] SEITENFUS, Ricardo. VENTURA, Deisy. **Direito Internacional Público**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 205.
- [33] Op. Cit. p. 205.
- [34] *Idem, ibidem*.
- [35] SILVA, Karine de Souza. **Direito da Comunidade Européia: fontes, princípios e procedimentos**. Ijuí: Ed. Unijui, 2005, p. 33-103.
- [36] HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. São Paulo: Loyola, 2002, p. 122.
- [37] Op. Cit., p. 127.
- [38] Op. Cit., p. 128.
- [39] Op. Cit., p. 130.
- [40] Op. Cit., p. 131.
- [41] Op. Cit., p. 135.
- [42] Op. Cit., p. 137.
- [43] Op. Cit., p. 145.
- [44] NEGRI, Antonio; HARDT, Michel. **Império**. Tradução de Berilo Vargas. 6. Ed. Rio de Janeiro: Record, 2004.
- [45] Op. Cit. p. 11-13.
- [46] Op. Cit. p. 14-15.
- [47] HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. São Paulo: Loyola, 2002, p. 140.
- [48] HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. São Paulo: Loyola, 2002, p. 183.
- [49] Op. Cit., p. 184.
- [50] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. A Constituição Européia entre o programa e a norma. In: NUNES, António José Avelãs. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Diálogos Constitucionais: Brasil/Portugal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 19.
- [51] Op. Cit., p. 21.
- [52] Op. Cit., p. 21.
- [53] PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 10.
- [54] Op. Cit. p. 11.
- [55] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 7. Ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 1370-1371.
- [56] FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro Del Estado de derecho. In: **Neoconstitucionalismo(s)**. Trad. Miguel Carbonell. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005, p. 20.

- [57] Op. Cit., p. 20-21.
[58] Op. Cit., p. 24.
[59] Op. Cit., p. 27.
[60] *Idem Ibidem*.
[61] Op. Cit., p. 28-29.
[62] FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do Estado**. Trad. Carlo Coccioli, Márcio Lauria Filho. 2. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 53.
[63] Op. Cit., p. 54-59.
[64] Op. Cit., p. 59-61.
[65] Op. Cit., p. 61.
[66] PIOVESAN, Flávia. Op. Cit. p. 11-12.