

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de pós-graduação em Direito – Direitos Humanos, Integração e Estado
Plurinacional

Alana Carlech Correia

INTEGRAÇÃO E RESISTÊNCIA DEMOCRÁTICA

Belo Horizonte
2020

Alana Carlech Correia

INTEGRAÇÃO E RESISTÊNCIA DEMOCRÁTICA

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Direitos Humanos, Integração e Estado Plurinacional da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Mário Lúcio Quintão Soares

Área de Concentração: Direito Público Internacional

Belo Horizonte

2020

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

C824i Correia, Alana Carlech
Integração e resistência democrática / Alana Carlech Correia. Belo Horizonte, 2020.
105 f.

Orientador: Mário Lúcio Quintão Soares
Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito

1. Integração regional. 2. Relações internacionais. 3. Democracia. 4. Estado democrático de direito. 5. Globalização. 6. Participação Popular. 7. Direito Internacional Público. 8. Direitos fundamentais. I. Soares, Mário Lúcio Quintão. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

SIB PUC MINAS

CDU: 341

Ficha catalográfica elaborada por Fabiana Marques de Souza e Silva - CRB 6/2086

Alana Carlech Correia

INTEGRAÇÃO E RESISTÊNCIA DEMOCRÁTICA

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Direitos Humanos, Integração e Estado Plurinacional da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito.

Área de Concentração: Direito Público Internacional

Prof. Dr. Mário Lúcio Quintão Soares – PUC Minas (Orientador)

Prof. Dr. José Luiz Quadros de Magalhães - PUC Minas (Banca Examinadora)

Prof. Dr. Lucas de Alvarenga Gontijo – PUC Minas (Banca Examinadora)

Prof. Dr. Airton Aloisio Schutz – Unicatólica (Banca Examinadora)

Prof. Dr. Vinicius Pinheiro Marques – Univ. Federal do Tocantins (Banca Examinadora)

Belo Horizonte, 29 de maio de 2020.

AGRADECIMENTOS

Exprimo meu agradecimento ao meu orientador, professor Mário Lúcio Quintão Soares, que desde a época em que participou da minha banca de mestrado, contribui significativamente para a minha formação acadêmica, ao me apresentar sofisticadas teorias do Estado, do Direito Constitucional e do Direito Internacional, mas, principalmente, por se fazer exemplo de professor comprometido, cortês, acessível e confiante em seus alunos, o que me inspira muito profissionalmente.

De forma também muito importante, contribuíram para essa formação os Professores José Luiz Quadros de Magalhães, Bruno Wanderley Júnior, Leonardo Nemer, Lucas Gontijo, Marcelo Galuppo e José de Alfredo Baracho Júnior, os quais agradeço pelas preciosas aulas, que estamparam muito do pensamento contido nesse trabalho.

A toda a equipe de funcionários da PUCMG, externo minha gratidão pela prontidão com que nos atendem, colaborando para que tenhamos uma experiência que só reforça o nome que essa Instituição carrega de excelência na prestação dos serviços educacionais.

Aos meus pais, Francisco e Eliane, manifesto todo o meu amor por serem sempre grandes incentivadores dos meus planos, companheiros e compreensíveis, para quem dedico toda a minha existência. Aos meus irmãos, André e Ivan, agradeço o apoio fraternal e a amizade sincera que existe em nossa família.

A minha amiga, Renata Furtado de Barros, agradeço por ter sido a maior incentivadora para que eu cursasse a linha do Direito Internacional e, sem dúvida, foi uma excelente escolha. Assim como agradeço aos meus amigos de todas as horas, sempre compreensivos e que muito ajudaram na concretização desse trabalho, em especial aos do Unicatólica que, na reta final, me deram todo suporte necessário para que eu pudesse pesquisar e escrever.

De todos esses anos, dado o amadurecimento profundo, as ricas leituras orientadas, aos exemplos de convivência, vejo que só tenho a agradecer.

RESUMO

O processo de integração regional deve considerar se é possível construir espaços integrados em Estados com déficit democrático. Utilizando-se da metodologia lógica descritiva, com pesquisa bibliográfica e documental sobre o Direito Internacional Clássico, formação do Estado Nacional, Integração Regional, Globalização e Democracia, propõe-se um modelo de retorno a intergovernabilidade como forma de se obter a discussão necessária para tomadas de decisão internacional do Estado que impliquem afetação de direitos do seu povo, criando um espaço de exercício do diálogo, do exercício do contraditório e, principalmente, de participação popular, para a busca de consensos capazes de manifestar o máximo possível da vontade popular, em oposição a irreal lógica da maioria estabelecida como manifestação democrática. Ao submeter a tomada de decisão estatal para o âmbito interno num retorno a intergovernabilidade em resistência a fórmulas externas pautadas na lógica de mercado, abre-se oportunidade de o povo decidir suas necessidades e soluções, ainda que num contexto de globalização, desde que promovido o devido processo constitucional interno com observância do interesse popular para a livre manifestação de sua vontade enquanto sujeito coletivo.

Palavras-chave: Democracia; integração regional; intergovernabilidade.

ABSTRACT

The dissertation focuses on processes of regional integration and democratic resistance, considering the following query; is it possible to build integrated spaces in States which are democratically deficient. This dissertation's methodology consists of descriptive logic and the use of both bibliographical and documental research on the topics of international classic law, globalization and democracy. The main objective of this study is to propose a model to take back intergovernability as a form of dialogical discussion for decision making at state level. Relevant factors to the decision-making process are: issues that affect the people's rights, the creation of a space to exercise dialogue, the adversarial principle and, above all, the inclusion of the people's participation for the development of a consensus that is capable of manifesting the real will of the people, in opposition to the unreal logic of the established majority as the primary symbol of democratic manifestation. When a sovereign state's decision making is submitted to an internal scope, in a return to intergovernability, as an attempt of resistance to external formulas inspired in market logic, there is a democratic window for the people to exert its will and think about solutions to its needs. This democratic opportunity, even when performed within the context of globalization, can be promoted through constitutional internal processes and is crucial for popular discursives and free manifestation of the people as a collective entity.

Keywords: Democracy; regional integration; intergovernability.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	15
2 TEORIAS SIGNIFICATIVAS DO DIREITO INTERNACIONAL NECESSÁRIAS A COMPREENSÃO DO PROCESSO DE INTEGRAÇÃO	19
3 FORMAÇÃO DO ESTADO MODERNO	29
4 MECANISMOS DE DEMOCRACIA E PROCESSOS DE INTEGRAÇÃO.....	39
4.1 A lógica democrática no contexto globalizado	41
4.2 Processo de integração	53
5 CRISE NO PROCESSO DE INTEGRAÇÃO E VOLTA À INTERGOVERNABILIDADE	59
6 REFUNDAÇÃO DA DEMOCRACIA.....	67
7 INTEGRAÇÃO VERSUS RESISTÊNCIA DEMOCRÁTICA.....	81
8 CONCLUSÃO.....	97
<u>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</u>	99

1 INTRODUÇÃO

A integração regional entre os Estados foi uma tendência verificada especialmente no pós-Segunda Guerra, numa tentativa de os Estados se unirem, voluntariamente, por meio de um tratado internacional, na perspectiva de estabelecer uma pauta econômica comum que os favorecessem no cenário global.

Esse processo de integração pressupõe algumas etapas, que vai desde a formação de uma zona de livre comércio, perpassa pela união aduaneira, com a adoção de uma tarifa externa comum, e pode alcançar o mercado comum, em que há a livre circulação de pessoas, serviços e capitais.

Mas pode ir além, chegando à união econômica, em que há unificação das legislações nacionais nos assuntos previamente acordados ou, até mesmo, na integração econômica, em que há adoção de políticas econômicas comuns pelos países envolvidos.

O objetivo desse processo de integração é resolver problemas comuns entre os Estados membros diante das tentativas globais de uniformização das práticas econômicas.

Essa integração entre os Estados necessita de análise a partir dos objetivos de cada parte integrante, para que se tenha condição de verificar se a integração, tal qual ocorre, coaduna com esses objetivos.

Para tanto, faz-se necessário estudar a própria formação estatal, desde o Estado Liberal, passando pelas transformações implementadas a partir do Estado Social, até chegar a lógica democrática do Estado Democrático de Direito.

Somente a partir dessa reflexão, será possível verificar se o processo de integração atende a expectativa do Estado ou, se na verdade, atende tão somente a uma lógica de mercado, em busca de homogeneização trazida pela ideia da globalização.

Com o advento da onda globalizante, há a tentativa de padronização do consumo, da estrutura social e até mesmo do direito. Percebe-se que ao longo da história não houve a superação do déficit democrático.

E é aí que surge o problema, ou hipótese suscitada na tese: em face desse permanente déficit democrático, pode-se falar em processo de integração, com a livre manifestação da vontade soberana?

A hipótese levantada parte da premissa de que o déficit democrático gera reflexos nos processos de integração e crise nos Estados membros, especialmente no que diz respeito à proteção de seu próprio povo.

Para responder essa pergunta, deve ser feita análise das teorias clássicas do Direito Internacional Público, bem como compreender o processo de formação do Estado Moderno. Indaga-se: como se manifesta o ideal democrático, principalmente se considerada a produção de norma jurídica e, inclusive, a norma jurídica internacional, perpassando pelas correntes que justificam o Direito Internacional?

Será que o processo de integração atende ao ideal democrático?

Há uma lógica democrática que coadune com a contemporaneidade, para se pensar a integração regional dentro do contexto efetivo de resistência democrática, a fim de que a proteção do indivíduo não seja deixada de lado em nome do ideal globalizante de mercado?

A metodologia utilizada na tese é a lógica descritiva, ou seja, a de pesquisa bibliográfica e documental sobre o Direito Internacional Clássico, formação do Estado Nacional, integração regional, globalização e democracia.

Nesse sentido, a pesquisa abordará, no primeiro capítulo, as teorias significativas do Direito Internacional necessárias à compreensão do processo de integração, destacando o papel do Direito Internacional Público na regulação dos Estados, as normas de Direito Internacional, o papel do consentimento e as teorias ligadas a este.

No capítulo seguinte, será analisada, criticamente, a formação do Estado Moderno e os paradigmas constitucionais de Estado Liberal, Estado Social e Estado Democrático de Direito, em termos de soberania popular.

A seguir, será feito um confronto entre os mecanismos existentes para efetivação da democracia e a representatividade necessária num processo de integração.

Tal tarefa exige a compreensão do significado da globalização e da corporativização do espaço, do desenvolvimento dos blocos econômicos e da resistência democrática possível do Estado diante de um contexto globalizado e pautado pela lógica do mercado.

Após, será demonstrado como o processo de integração entre Estados em desenvolvimento compromete a própria ideia de integração.

A partir disso, será proposta a refundação da democracia capaz de resistir à imposição de mercado, apontando a necessária reconstrução do Estado Democrático de Direito enquanto processo contínuo para atender às necessidades de um povo.

Por fim, será abordada a estabilidade do processo de integração diante da resistência democrática, mantendo-se o *pacta sunt servanda*, pressuposto das relações entre Estados, mas considerando um devido processo democrático para legitimar as decisões estatais, tendo como pressuposto a participação do povo tanto na criação, quanto na modificação, interpretação,

aplicação e fiscalização do processo, o que significa, no fundo, legitimar ou dinamizar as relações em vez de estabilizá-las.

2 TEORIAS SIGNIFICATIVAS DO DIREITO INTERNACIONAL NECESSÁRIAS A COMPREENSÃO DO PROCESSO DE INTEGRAÇÃO

O agrupamento de seres humanos em blocos de indivíduos com características sociais, culturais, religiosas e políticas comuns, faz surgir espontaneamente e, com certa identidade, a comunidade humana (MAZZUOLI, 2011).

O fato de existir diversas comunidades no globo terrestre, cada uma delas com suas próprias afinidades, enseja a necessidade de coexistência entre elas, mas não mais por afinidades comuns, mas por uma relação negocial, que suporta a coexistência em sociedade.

A existência do Direito Internacional enquanto ramo do Direito pressupõe a vivência de uma sociedade internacional que diverge da sociedade nacional (DINH; DAILLIER; PELLET, 2003), eis que quanto mais se intensificam os intercâmbios internacionais, mais se faz necessária a criação de um sistema capaz de coordenar esses vários interesses (MAZZUOLI, 2011).

Assim, pode-se dizer que o Direito Internacional disciplina a sociedade internacional diante das divergências suscitadas por cada um dos agrupamentos que o compõe, sendo o Estado seu ator principal, pois os demais atores do Direito Internacional somente podem existir a partir da sua vontade (MAZZUOLI, 2011).

É de se destacar, portanto, a diferença entre comunidade e sociedade.

Enquanto na comunidade o vínculo formado faz com que as partes pertençam a ela, com convergência de seus membros; na sociedade as partes participam, mas diante de uma ideia de divergência, caso que se faz necessária a normatização. Porém, alguns desses próprios documentos internacionais não se atentam para essa diferenciação.

É o que se vê, por exemplo, no Art. 53 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, que utiliza a expressão comunidade internacional, onde se percebe, na verdade, o conceito de sociedade internacional.

A diversidade dos Estados acaba sendo incompatível com a ideia de comunidade internacional, em face da diversidade de raça, cultura e civilização que separam os povos.

O vínculo comunitário se funda, portanto, no sentimento de parentesco, vizinhança ou amizade, ao passo que o vínculo societário se embasa no interesse.

Assim, a relação na sociedade internacional é de suportabilidade, e essa relação interessa, ainda que não haja vínculo moral, ético ou identidade cultural, social ou econômica (DINH; DAILLIER; PELLET, 2003).

Para regulação dessa sociedade internacional, faz-se necessário que se tenha normatização própria, seara do Direito Internacional Público, que regula a ordem jurídica da sociedade internacional, garantindo a coexistência dos Estados, organizando a interdependência e preservando a independência (DINH; DAILLIER; PELLET, 2003).

Daí emergir ponto importante para o desenvolvimento dessa tese: o consentimento que se manifesta no Direito Internacional.

Questiona-se como ser possível a coercibilidade da ordem jurídica internacional, uma vez que essa não centraliza o poder, tampouco há uma autoridade dotada de competência para impor aos demais Estados sua decisão, como ocorre no âmbito dos Estados.

As relações jurídicas internacionais, portanto, ocorrem em nível horizontal e a eficácia de normas internacionais decorre em razão do aceite de cada um dos Estados envolvidos em determinada pendência internacional.

A subordinação vista na ordem interna dá espaço à coordenação na ordem internacional, o que faz da vontade ou consentimento dos Estados imprescindíveis para a existência do Direito Internacional.

Esse indicativo aparece nos Tratados de Westfália, que colocaram fim à Guerra dos Trinta Anos, reconhecendo o princípio da igualdade formal entre os Estados (DINH; DAILLIER; PELLET, 2003).

No exercício dessa igualdade formal e manifestando a vontade estatal, recorda-se a existência da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969), que em seu artigo 27 consagra a supremacia do Direito Internacional sobre o Direito interno estatal, impedindo que um Estado evoque norma de seu direito interno para descumprimento de norma de Direito Internacional por este assumida, sob pena de responsabilidade internacional do Estado infrator (MAZZUOLI, 2011).

Aqui, há de se atentar sobre a relevante discussão a respeito da eficácia e aplicabilidade do Direito Internacional frente ao direito interno dos Estados, segundo as correntes monista ou dualista¹.

Ou seja, uma mesma matéria poderia ser regulada tanto pelo Direito Internacional, quanto pelo direito interno, pelo que se faz necessário compreender se o Direito Interno e o Direito Internacional seriam duas ordens

¹ Observe-se que, diante da diversidade de sistemas jurídicos existentes em cada realidade estatal, não se deveria falar em dualismo, mas, sim pluralismo jurídico, inclusive, considerando-se o Direito Comunitário (DINH; DAILLIER; PELLET, 2003).

jurídicas independentes e distintas, conforme a corrente dualista preleciona, ou se seriam sistemas decorrentes um do outro, segundo a corrente monista.

Indaga-se: um tratado internacional já ratificado seria imediatamente aplicável internamente pelo Estado ou dependeria, ainda, de uma recepção no âmbito do direito interno?

Para os monistas, o Direito Internacional seria aplicável diretamente aos Estados, pertencentes a um sistema único e, em caso de conflito material, a decisão se daria de forma uniforme, com base em princípios únicos. Para os dualistas, não haveria que se cogitar de conflitos entre essas normas, vez que não regulam as mesmas relações sociais – relações interestatais no caso do Direito Internacional e interindividuais no caso do direito interno.

Por isso mesmo, a penetração da norma internacional no âmbito interno depende de uma transformação, mediante processos internos de recepção como lei ou regulamento nacional e, a partir daí, ser aplicável ao direito interno.

Percebe-se que a primeira corrente sugere uma ordem internacional mais sólida, por vezes sacrificando o direito interno, visto que o Direito Internacional é regido por costumes e tratados (DINH; DAILLIER; PELLET, 2003), o que enseja o primado do Direito Internacional sobre o direito Interno.

Por outro lado, para a corrente dualista, a solidez do Direito Internacional estaria alicerçada em razão de se tratar de ordem jurídica diferentemente organizada em relação à ordem interna.

Assim, na ordem jurídica interna se aplicariam as normas jurídicas internas e na ordem jurídica internacional se aplicariam as normas jurídicas internacionais. E nos casos em que as próprias constituições dos Estados remetem à aplicação de norma de origem internacional no âmbito interno, isso se daria por imperativo de direito interno.

Outro ponto que merece atenção é o que discute a natureza normativa do Direito Internacional, eis que tem especificidades que o diferenciam do direito interno, tais como a inexistência de uma constituição global ou de um Poder Legislativo universal e de um monopólio de poder de polícia.

O Poder Jurisdicional exercido pelas Cortes Internacionais também carrega características distintas do direito interno, assim como pode possuir um secretariado que possa fazer às vezes de Poder Executivo internacional.

A dúvida sobre a normatividade do Direito Internacional encontra resistência na alegada inexistência de poder coercitivo das fontes do Direito Internacional, o que a descaracterizaria enquanto norma jurídica.

Kelsen (2016) afirma que o Direito é um instrumento social inserido numa ordem social. Assim, o Direito Internacional simultaneamente molda uma estrutura social, revela essa estrutura e a esta se adequa, sob pena de não ser aplicado pela lógica social.

Por sua vez, por a sociedade internacional estar em uma estrutura social distinta, de imediato se percebe a diferença essencial entre a ordem interna e a internacional, a saber, a soberania daqueles sujeitos que compõem a estrutura social internacional.

Os Estados que compõem a sociedade internacional são soberanos e a forma como se relacionam é muito diferente da esfera doméstica e o Direito Internacional deve se moldar a isso, sendo, portanto, dinâmico (BRANT, 2013).

Ao mesmo tempo, não existe norma que não se inseriria em alguma ordem social. A ideia de norma está relacionada com a ideia de destinatário da norma, refletindo as características dos seus destinatários - grupo social sob o qual recai.

As características do grupo social também implicam a construção da norma, em um duplo movimento em que se percebe que as características dessa ordem normativa estão profundamente assentadas nas características do destinatário da norma.

Deve-se se atentar para uma peculiaridade do destinatário da norma de Direito Internacional: a soberania, característica elementar dos Estados. A soberania engloba a capacidade de produzir a norma. A norma originária, inclusive, nasce da soberania. Em face desta, não se submete a nenhuma produção normativa produzida por outro Estado (KELSEN, 2016).

No plano interno, tem-se que “todo poder emana do povo” (BRASIL, 1988). E povo, elemento estruturante do Estado, é um agrupamento de pessoas que existe enquanto identidade cultural (HELLER, 1968). A soberania dos Estados advém dessa identidade.

Se a origem soberana da norma reside nessa identidade, esta é formalizada na Constituição. A origem da força normativa da norma reside no fundo na identidade e não no indivíduo. Por isso, no plano interno, a estrutura é vertical e os indivíduos passam a ser destinatários da norma mesmo que em desacordo com ela.

No Direito Internacional, a lógica é outra, uma vez que, como demonstrado, a identidade em princípio não existe.

Daí falar-se em sociedade internacional, no lugar de comunidade internacional. Tampouco existe, em princípio, um Poder que, teoricamente, represente a figura estatal acima dos Estados; não existe um Poder Global, não existe uma autoridade acima dos membros do grupo social. Não há contrato social, logo, a norma não pode ser produzida por terceiro reproduzindo a identidade, pois essa sequer existe (BRANT, 2013).

O autor da norma no Direito Internacional é aquele a quem a própria norma se destina. A estrutura internacional é horizontal, por ser formada por entidades soberanas, formalmente iguais. A obrigação decorre do ato daquele que produziu a norma.

Existe, aqui, o consentimento como elemento central da formulação do Direito Internacional e como fonte da autoridade desse, o que o distingue do direito interno (BRANT, 2013).

Um grupo social é algo que se movimenta, inclusive no âmbito internacional.

Os Estados, entidades soberanas que formam a sociedade internacional, passaram, no final do século XIX, a perceber que alguns interesses comuns permitiam que os tratados se transformassem em acordos multilaterais, havendo um interesse coletivo comum na produção de certas normas (BRANT, 2013).

Assim, especialmente no pós-Segunda Guerra, a ordem normativa internacional passou a ter uma nova dinâmica, permitindo que terceiros produzam norma jurídica para Estados soberanos na promoção do interesse comum desses Estados.

O surgimento da Liga das Nações, instituída por meio de um tratado constitutivo em 1919, é um exemplo disso, na medida em que cria uma organização competente para realizar o objetivo de manutenção da ordem e da paz, previsto no seu tratado constitutivo e, por isso, pode criar, no seu bojo, órgãos competentes para realizar aquele objetivo.

O interesse existe no interior da organização internacional e esta, com respaldo em seu tratado constitutivo, instituirá órgãos produtores de norma. A partir de então, a norma passa a ser produzida por terceiros e não pelo próprio destinatário da norma (ACCIOLY, 2017).

Esse movimento modifica a sociedade internacional exatamente por conta da dinâmica, que integra certo interesse comum, localizado em assuntos difusos, como paz, comércio, meio ambiente e direitos humanos.

Essa modificação aproxima a sociedade internacional do conceito de comunidade, pois quanto maior o interesse comum, maior a ideia de comunidade, e quanto mais forte a comunidade, maior a possibilidade de uma norma ser produzida por terceiros em nome do interesse comum (BRANT, 2013).

De toda sorte, o consentimento Estatal, na expressão de sua soberania, fundamenta a normatividade do Direito Internacional, de modo que a vontade consentida é o elemento central da produção da normatividade estatal (BRANT, 2013).

O Art. 11 da Convenção de Viena do Direito dos Tratados de 1969 traz, inclusive, os diferentes modos de expressão desse consentimento para os casos acordados.

Ao se compreender que o Direito Internacional existe em razão desse consentimento, não se reconhece qualquer limite relativo ao conteúdo da norma.

Qualquer conteúdo normativo é norma, pois esta não vem de limitação decorrente de valores. É um Direito Internacional puramente relacional, que não se submete a nenhum ato normativo oriundo de terceiros.

Não obstante, esse raciocínio gera insegurança jurídica, pois o direito é oriundo da vontade e, portanto, basta que a vontade se modifique para que a norma deixe de existir.

Além do mais, a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados traz como fonte do Direito Internacional, além dos tratados internacionais, os costumes. Reconhece, ainda, a existência de normas imperativas.

Nesses dois últimos casos, a manifestação do consentimento estatal resta dispensada e, ainda que o Estado lhes seja contrário, haverá de observá-los. Esse destaque se oriunda na ideia de existência de uma norma fundamental hipotética, cuja existência é presumida na busca de manutenção da paz, da dignidade da pessoa humana e dos interesses da comunidade internacional (BRANT, 2013), mas não encontra fundamento na corrente voluntarista, que ignora os costumes e as normas imperativas de Direito Internacional.

Ora, certos conjuntos normativos são imperativos e estão acima de qualquer outra norma, prevalecendo.

A Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados não indica o conteúdo dessas normas imperativas, chamadas normas de *jus cogens*; apenas aponta sua existência como fonte do Direito Internacional no seu Art. 53.

Essa crítica ao voluntarismo traz à discussão o que Kelsen chama de formalismo jurídico, entendendo que a norma existe por via do consentimento formal. Mas tenta modificar aquilo que precede a determinação formal, que para os voluntaristas seria a vontade.

Para Kelsen, a norma hierarquicamente inferior encontra fundamento de validade na hierarquicamente superior, justificando o sistema piramidal. Isso se faz visível no universo doméstico, tendo em vista o ápice piramidal constitucional.

Não obstante, no universo internacional, a unidade constitucional não existe e, por isso, a norma fundamental reside no que ele chama de *pacta sunt servanda*, ou seja, na ideia de que os acordos realizados devem ser preservados. Tal fato está na essência da formação do direito.

Kelsen é monista e enfatiza a primazia do Direito Internacional, pois o próprio Direito Internacional acabaria por encontrar seu fundamento de validade no *pacta sunt servanda*, de modo que a força do direito decorre do direito produzido e só pode ser modificado se o direito assim o permitir (BRANT, 2013).

Aponta-se uma fragilidade desse argumento, quando confrontado com as fontes do Direito Internacional que, classicamente, são os costumes e tratados internacionais, não havendo hierarquia entre si.

Ora, o *pacta sunt servanda* é uma norma e sua força está no costume de que os acordos devem ser cumpridos e, caso seja entendido como fundamento de validade do Direito Internacional, estaria hierarquizado em relação às demais fontes.

Daí surge a teoria do objetivismo jurídico em meados dos anos 1930, quando ainda havia uma sociedade internacional formada unicamente por Estados soberanos, de modo que o Direito Internacional era um direito relacional que coordenava sujeitos soberanos.

Por razões geopolíticas, os Estados começaram agregar-se para instituir organizações internacionais. A vontade de cada Estado nessa formação viu-se substituída pelo interesse social representado pela organização internacional, compondo grupos institucionalizados via de tratados constitutivos. Essas organizações internacionais terão papéis definidos, inclusive de limitação internacional.

A norma não é mais produzida a todos por via de uma prática reconhecida como direito - costume -, nem por via do consentimento direto, mas por via de um consentimento delegado.

Ao fazer parte de uma organização internacional, o Estado reconhece a competência dos seus órgãos, inclusive para produção de normas. Assim, surge a possibilidade em Direito Internacional de produção de normas por terceiros. Essa norma tem sua força e autoridade em um consentimento delegado de um tratado constitutivo, em uma perspectiva próxima a pensada por Rousseau (2009), eis que fundada no bem comum.

O destaque está em que o destinatário da norma não é mais o autor da norma como no voluntarismo, pois se admite a formação da norma por terceiros, de forma delegada e objetiva (BRANT, 2013).

A crítica ao objetivismo jurídico decorre do bem comum não ser o mesmo para todos os sujeitos de Direito Internacional e em razão do direito não ser uma ciência neutra, sem vocação política.

Assim, se não existe Direito que não seja uma manifestação política, a autoridade da norma não decorreria do interesse social, mas de uma esfera puramente de poder e de manutenção ou oposição ao poder.

A sociedade internacional, portanto, não usufruiria de uma relação de cooperação, mas de opções jurídicas. É isso o que assinala o militantismo jurídico (BRANT, 2013).

Uma guinada significativa acontece no ocaso do século XX, com as lições humanistas de Trindade (2015), ao afirmar que o foco do Direito Internacional não deve ser o Estado, mas

o indivíduo. Retoma, assim, o jusnaturalismo, ao partir da premissa de que o Estado se apropriou do Direito Internacional, mas que a origem do Direito Internacional é, na verdade, o Direito das Gentes (VATTEL, 2008) e não dos Estados.

Desse modo, a norma poderia ser relativizada para que cumpra sua vocação de garantidora da dignidade da pessoa humana. O Direito Internacional não existiria para garantir a coexistência dos Estados, mas para garantir direitos humanos.

O *jus cogens* é manifestação dessa teoria humanista proposta por Trindade (2015), hierarquizando o Direito pelo imperativo de garantia da dignidade da pessoa humana. O Direito teria que ser válido segundo sua finalidade, que é a pessoa humana.

A par de toda essa discussão, é importante frisar que a corrente majoritária hoje, clássica, é o pragmatismo jurídico, que afirma que o Direito Internacional nasce das fontes do Direito Internacional.

A autoridade da norma reside no fato de derivar de uma fonte previamente prevista como fonte de Direito Internacional. Se produzida pela autoridade competente, com matéria competente, é Direito Internacional. É uma sistematização dos mecanismos possíveis de produção normativa (DINH; DAILLIER; PELLET, 2003),

Ou seja, as fontes do Direito Internacional, hoje, encontram-se listadas no Art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2018), quais sejam: convenções internacionais, costume internacional, princípios gerais do Direito, auxiliamente, decisões judiciais, doutrina e equidade.

O pragmatismo jurídico considera a previsão do Art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça uma questão de pretensão de universalidade pelo número de Estados submetidos à Corte, como se observa a seguir.

Durante séculos, a estrutura estatal de relações entre os Estados existia independentemente da existência de uma Corte para solução de eventuais conflitos, que eram resolvidos por meio de guerra ou, quando pacífico, de uma espécie de arbitragem.

Segundo Mazzuoli (2011), a Corte Permanente de Arbitragem é a primeira experiência universal jurisdicional permanente. Na sequência, teria surgido, em 1922, a Corte Permanente de Justiça Internacional.

Após a Segunda Guerra, optou-se pela constituição de outra jurisdição, chamada de Corte Internacional de Justiça, em razão do envolvimento de outros Estados diferentes daqueles que compunham a Corte Permanente de Justiça Internacional, que não era vinculada a Liga das Nações.

A nova Corte Internacional de Justiça tornou-se o principal órgão jurisdicional da Organização das Nações Unidas, tendo seu Estatuto como parte integrante da Carta das Nações Unidas, de modo que o Estado que ratificar esta Carta estará, conseqüentemente, se submetendo a jurisdição da Corte Internacional de Justiça (MAZZUOLI, 2011).

Nesse contexto, uma das normas previstas no Estatuto da Corte Internacional de Justiça, a saber, o Art. 38, determina que a Corte, ao julgar, deve aplicar o Direito Internacional, ou seja, julgará de acordo com o Direito Internacional e não segundo o direito de um Estado específico, o que faz daquele um sistema normativo autônomo.

Os Estados vinculados à ONU reconhecem que o Direito Internacional é aquilo que o próprio Estatuto diz que é. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1945).

Embora o Art. 38 descreva a forma de elaboração do Direito Internacional, não existe hierarquia entre essas fontes, valendo destacar o que afirma o Art. 53 da Convenção de Direito sobre Direito dos Tratados: as normas de *jus cogens* são superiores a qualquer outra que as contrariem².

Outra observação importante é que o rol do Art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça é aberto, de modo que outras fontes podem surgir. Basta pensar no caso de uma organização internacional criada por meio de tratado constitutivo – fonte do Direito Internacional - para alcançar uma finalidade comum.

Essa organização está autorizada pelo seu tratado constitutivo a instituir órgãos com a finalidade de se alcançar o objetivo previsto e, para tanto, nada impede que seja delegada a esta, também, a capacidade de produzir normas.

Ressalte-se, ainda, a existência de *hard law* e *soft law*.

Embora o Art. 38 do Estatuto não estabeleça hierarquia entre as fontes, estabelece implicitamente uma distinção entre fontes auxiliares e a principal.

Basta verificar o Art. 59 do Estatuto, que dispõe que as sentenças da Corte Internacional de Justiça são obrigatórias para as partes e para o caso em questão. Embora o Direito Internacional seja uma fusão do *common law* e *civil law*, não reconhece o princípio do *stare decisis*, ou seja, do precedente vinculante.

² Art. 53 - É nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza.

Ao não reconhecer o precedente vinculante, trata a sentença a partir de um duplo olhar: para as partes litigantes, a sentença é obrigatória, executória, definitiva, gera direito normativo, oriunda de uma fonte principal; para terceiros, que não são partes, ou para outros casos, aquela sentença é fonte auxiliar.

As fontes principais – *hard law* - seriam aquelas que geram a produção de uma norma de natureza obrigatória e as fontes auxiliares – *soft law* - contribuiriam para a construção por outros meios, por outras fontes principais, para a constituição de uma norma futura, mas, estas, em si, não seriam vinculantes.

Por fim, faz-se necessária a leitura hermenêutica da introdução da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, que considera que, para a elaboração de tratado internacional, deve-se estar consciente dos princípios que compõem a Carta das Nações Unidas, ao enfatizar a igualdade de direitos e os princípios da autodeterminação dos povos, da igualdade soberana e da independência de todos os Estados, além da não-intervenção nos assuntos internos.

Considerando que a integração regional se dá por meio de um tratado internacional, tais princípios devem nortear as discussões, sob pena de, em tese, sequer haver pressuposto para a tratativa.

3 FORMAÇÃO DO ESTADO MODERNO

Feita a pré-compreensão das teorias que envolvem o Direito Internacional, é possível adentrar ao tema relativo ao Estado moderno, tendo como referência o ano de 1492, data significativa no que diz respeito à ocupação das Américas pelos ibéricos e da expulsão dos mouros de Granada (MAGALHÃES, 2015).

Esses dois eventos são apontados como fundamentais para o entendimento do que se conhece por modernidade e Estado Moderno.

A chegada de Cristóvão Colombo nas Américas em 1492, além de marcar o extermínio e encobrimento dos sujeitos ali existentes, foi decisiva para o modelo de desenvolvimento econômico mercantil europeu, vez que as riquezas subtraídas das colônias proporcionaram a industrialização na Europa e erguimento do capitalismo.

Esse fato desencadeou uma série de outras consequências marcantes para o que se chama de Estado Nacional, como a criação e fortalecimento de moeda nacional, exército nacional, política excludente, direitos diferenciados voltados para os nacionais, além da massificação e uniformização de valores voltados para o consumo (MAGALHÃES, 2015).

Nesse fortalecimento da identidade do europeu, houve a imposição ao mundo de um modelo de vida centrado na perspectiva por este imposta, oprimindo qualquer possibilidade de vida diferente da ótica eurocêntrica.

Já a queda do domínio mulçumano na Europa ocorrido em Granada desencadeia a construção de uma ideologia que afasta e menospreza o diferente, inventando a ideia de existência do europeu, pertencente e merecedor da proteção nacional, e de existência do “outro”, o inimigo, aquele não uniformizado e que pode, portanto, ser combatido, sustentando o aparato de fortalecimento da identidade nacional do europeu (MAGALHÃES, 2015).

Para a prevalência do poder europeu e construção do pensamento capitalista, o Estado Nacional surge como grande uniformizador da identidade, utilizando-se do direito, da religião, da polícia e exército nacional, da educação e de toda a burocracia estatal que passa a tomar conta da vida.

Isso faz com que o que se chama de Estado Moderno seja um conceito distinto na Europa em relação ao mundo por esta colonizado, vez que enquanto a Europa usufruiu da exploração das riquezas alheias, as colônias sofreram com a imposição de valores, expropriação de recursos naturais, exploração da força de trabalho e, principalmente, violação da sua identidade.

Nesse contexto, as teorias e mudanças de paradigmas constitucionais estatais foram desenvolvidas, até chegar no formato em que se encontra hoje, tendo como pilar o Estado

Liberal, perpassando pelo Estado Social, até chegar no que hoje se denomina Estado Democrático de Direito, sendo que especialmente no pós-segunda Guerra, esses modelos estatais passaram a contar também com o desenvolvimento de integração regional na tentativa de fortalecer suas experiências.

O Estado de Direito liberal foi formulado segundo a premissa de que o poder soberano não mais advém da qualidade divina do monarca, mas com limitação do poder estatal, por meio da garantia das liberdades individuais, a partir de um Estado organizado, submetido à ordem jurídica.

Canotilho (1998) afirma que o Estado deve ser subordinado ao direito, de modo que o poder político não é livre, desvinculado. Tal submissão se deve ao princípio da separação dos poderes, em que se desenvolveram as funções estatais, de modo a evitar a hipertrofia.

O princípio da separação dos poderes surgiu da evolução do pensamento de Montesquieu, ao analisar a experiência constitucional inglesa.

Significou uma resposta liberal ao Estado Absolutista, no qual todo o poder se encontrava nas mãos da Monarquia.

Diante da necessidade da garantia das liberdades públicas para desenvolvimento do incipiente capitalismo, atendendo aspirações da burguesia, limitou-se o poder político.

Streck e Oliveira destacam que desde Aristóteles e Cícero já era possível identificar o conceito de separação dos poderes, que, posteriormente, foi retomado na Grã-Bretanha (STRECK; OLIVEIRA *in* CANOTILHO, 2013).

A estratégia era de que o espaço político deveria ser organizado de forma que o poder se encarregasse de controlar a si próprio e a soberania deveria ser deslocada das mãos do monarca para as mãos do povo, a fim de garantir a liberdade dos súditos.

Pretendia-se que aquele poder real, absoluto, derivado da vontade divina, encontrasse limite na lei.

O embrião desta concepção pode ser verificado em dois instrumentos anteriores: a Carta de Liberdades, firmada por Henrique I no ano de 1100, e a Magna Charta Libertatum, de 1215, prevendo a liberdade no que tange ao direito de propriedade e ao julgamento legal por pares (STRECK; OLIVEIRA *in* CANOTILHO, 2013).

Em que pese o argumento de que a separação dos poderes pretendia limitar o poderio do monarca, há que se observar que também o Parlamento deveria ser contido, já que a pretensão era que nenhum dos poderes acumulasse atribuições, no intuito de se evitarem arbitrariedades e abusos, garantindo liberdades, direitos, isonomia e estabilidade (STRECK; OLIVEIRA *in* CANOTILHO, 2013).

A hipótese suscitada para a solução desse problema se deu com a ideia de separação dos poderes, mediante a utilização do sistema de freios e contrapesos para limitação e controle de um poder sobre o outro.

O império das leis, o sistema de garantias e o princípio da separação dos poderes são pilares do Estado de direito liberal, onde deveria prevalecer a liberdade de contratar, ou seja, a livre concorrência e o livre mercado.

Daí a preocupação de ideologicamente se assegurar o abstencionismo do Estado em face das relações privadas.

Vale dizer, o Estado somente poderia agir quando o ordenamento jurídico assim o permitisse. E a lei, nesse momento, cuidava basicamente de atribuir ao Estado a função de manutenção da ordem interna e de condução da política exterior (CLÈVE, 2000, p. 35).

O liberalismo trouxe, num primeiro momento, a forte característica de separar as funções típicas de cada poder do Estado das funções atípicas.

No intuito de limitar o poder do próprio Estado, adquire espaço o Legislativo, supostamente formado por representantes do povo, incumbido de dizer a vontade do povo por meio da lei. O voto era excludente, ou seja, censitário.

Tanto assim, a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, afirma que a lei é a expressão da vontade geral (FRANCE, 1789).

Conforme J.J. Rousseau, a vontade geral é a vontade do corpo político e moral que se manifesta nas leis.

Segundo Montesquieu, “[...] a lei, em geral, e a razão humana, na medida em que governa todos os povos da terra, e as leis políticas e civis de cada não devem ser apenas os caso particulares em que se aplica essa razão humana” (MONTESQUIEU, 1973, p. 36).

Ao representar o povo, o Legislativo deveria ter em mente a força da razão, que, para os revolucionários liberais da época, embasava-se na justiça e na liberdade.

Nessa esteira, o século XIX consolidou o pensamento desenvolvido anteriormente, com a proliferação de códigos capazes de normatizar toda a vida dos homens, na pretensão de que o respeito às leis pudesse assegurar a ordem e a paz (CLÈVE, 2000).

Acontece que esse modelo estatal trouxe consequências, pois o direito passou a ser positivado e, lentamente, o conteúdo deixou de importar, prevalecendo como legitimador apenas a forma.

Se possuía forma de lei, era direito, e discussões acerca do conteúdo fugiriam do papel do jurista (KELSEN, 1979).

Ora, a lógica sob a qual o Estado Liberal de Direito foi forjado pressupunha liberdade e igualdade entre os indivíduos.

Consequentemente, a teoria formulada de separação dos poderes e de racionalidade na obediência da lei elaborada pelos representantes do povo deveria corresponder à realidade.

Ocorre que o liberalismo, que pregava a igualdade e liberdade, não nasceu em um contexto de tanta igualdade.

A burguesia que clamou pelo não intervencionismo estatal já estava dotada de poder econômico, necessitando, apenas, de poder político.

Ao mesmo tempo em que a burguesia alcançava essa posição, durante o século XVIII, percebeu-se o advento do capitalismo de manufatura e da maquinofatura, começando a haver pagamento em dinheiro pelo trabalho realizado, havendo clara distinção entre os donos dos meios de produção e aqueles que alienam seu labor (proletariado).

Essa alienação se dava por meio de contratos, sem qualquer órgão intermediando a contratação, tampouco o Estado.

Em 1776, promulgou-se o Editto de Turgot, que extinguiu as corporações e, posteriormente, a Lei Chapelier, de 1791, que decretou a liberdade para dedicar-se o trabalho diretamente ao tomador do serviço, sem interferência sindical ou corporativista (BARROS, 2007).

No final do século XVIII e início do século XIX, o capitalismo, impulsionado pela Revolução Industrial, por meio da tecnologia então empregada, acabou por enterrar o regime artesanal.

O sistema liberal clássico pregava a ideia de liberdade negativa, em que o Estado não interferiria nas relações privadas, especialmente no que dissesse respeito à economia, conforme reivindicado pelo ideal burguês.

Esse abstencionismo estatal fez com que o setor econômico privado se desenvolvesse embasado nas noções do capitalismo, notadamente liberal, em que se buscava o maior lucro, com os menores gastos, com a ideia simples de que o próprio mercado seria capaz de se autorregular, por meio de suas leis básicas, especialmente a lei da oferta e procura.

Barros (2007) bem resume o ideal da época: o liberalismo e o individualismo eram a base de todo o mecanismo constitutivo das relações jurídicas até surgir o Estado intervencionista.

A vontade dos indivíduos bastava para os atos jurídicos, que passavam a ser lei entre as partes, uma vez que eram presumidos como voluntariamente aceitos.

Concomitantemente, surgiu a classe operária. E uma das formas adotadas para maximizar os lucros era a utilização exaustiva da mão de obra humana, a fim de se produzir muito, em pouco tempo.

Assim, os esforços se voltaram no sentido de desenvolver técnicas de trabalho que pudessem aproveitar ao máximo a força de trabalho humano (taylorismo, fordismo, entre outros).

A máquina tornou possível utilizar a mão de obra infantil e da mulher, dóceis e não preparados para reivindicações.

O que se percebeu é que a noção de livre mercado e livre concorrência reforçou a acumulação de riqueza e desigualdade social, de modo que a própria sociedade mudou, clamando por um Estado mais presente, emergindo, então um segundo paradigma estatal.

O contraponto à exploração capitalista surgiu com as ideias de Karl Marx, que, nos dizeres de Barros (2007), despertou no trabalhador a consciência coletiva.

A organização do proletariado pressionou o Estado a tomar medidas capazes de oferecer um mínimo de dignidade para a classe.

Nesse ponto, é possível observar que as proposições de liberdade e igualdade formuladas sob a lógica do liberalismo eram ilusões constitucionais, pois jamais foram efetivadas e o próprio povo notou que a hipótese de liberdade e igualdade não se aproximava da verdade ou realidade.

Nesse contexto de extrema desumanização do trabalho, houve alguma investida estatal em legislação social, ainda na segunda metade do século XIX e, em 1917, houve a revolução comunista, que acabou por pressionar os grandes capitalistas (ANTUNES, 2000) a se atentarem para a organização do proletariado.

O Estado precisou, então, buscar novas formas de atuação que mantivesse sua existência e ao mesmo tempo resguardasse os interesses hegemônicos e a solução mais adequada pareceu ser a concessão de direitos sociais, migrando o Estado do contexto liberal para o social-intervencionista.

Nessa época, o viés econômico era de fornecimento de bens e serviços. Ora, o trabalho era massacrante, repetitivo, de modo que se necessitava de um atrativo que mantivesse o trabalhador no ritmo da produção.

Para compensar a falta de motivação para o trabalho, a saída era o consumo, disseminado pelas propagandas. O consumo servia de lazer para o trabalhador, ao mesmo tempo, que agradava ao capital.

É de se observar que do lado dos trabalhadores, nesse mesmo período, formou-se o movimento sindical revolucionário, visando mais que melhorias de condições de trabalho, mas a derrubada do próprio sistema, o que poderia representar alguma ameaça ao modelo capitalista.

A resposta estatal a essa pressão do grupo foi a concessão desses direitos sociais, porém, direitos de índole individual e não coletivos, uma vez que direitos coletivos fortaleceriam a entidade sindical, o que não era a vontade do poder dominante (DELGADO, 2006).

Além disso, assevera-se que exploração nos primeiros anos do século XX foi tanta que culminou com uma crise econômica severa, acentuando a pobreza da população. A consequência foi o aumento da revolta contra o sistema vigente, o que fez com que o Estado se visse obrigado a assumir um papel mais provedor (ANTUNES, 2000, p. 40).

Fala-se, então, no paradigma constitucional do Estado Social, exemplificado pelo New Deal de Roosevelt e Keynes, momento em que o Estado passou a interferir de forma aguda, em resposta à crise do capital que se instalou no período anterior.

Clève (2000, p.37) faz um paralelo entre o contexto do período histórico e o papel do Estado:

O Estado mínimo, com reduzidas competências, vai assumindo mais e mais funções. O Estado-árbitro cede espaço para o Estado de prestações. A própria idéia dos direitos fundamentais sofreu sensível deslocamento: em face do poder público, os cidadãos não dispõem, agora, apenas de direitos que possuam como contrapartida um dever de abstenção (prestações negativas); eles adquiriram direitos que, para sua satisfação, exigem do Estado um dever de agir (obrigação de dar ou de fazer: prestações positivas). Aos direitos clássicos, individuais (liberdade de locomoção, propriedade, liberdade de expressão, ou de informação, etc.), acrescentou-se uma nova geração de direitos como os relativos à (proteção da) saúde, educação, ao trabalho, a uma existência digna, entre outros.

De fato, as técnicas implementadas pelo capitalismo foram responsáveis por fragilizar o próprio liberalismo, abrindo espaço para o retorno do papel mais intervencionista do Estado. Ficou evidente a impossibilidade de seguimento de um modelo liberal, de modo que o Estado ganha espaço como agente regulador da economia, ainda que a serviço do mercado.

Assim, a autonomia da vontade e as práticas comerciais contrárias à livre concorrência foram mitigadas para se alcançar maior dignidade. Esse era o problema a ser resolvido diante dessa nova realidade.

Além disso, o Estado passou a ser incentivador do desenvolvimento econômico, oferecendo oportunidades para a atuação do particular e, ainda, participando diretamente da atividade econômica por meio das empresas estatais (CLÈVE, 2000).

Obviamente, os problemas sociais continuaram a surgir e novos modelos foram criados a fim de atender às necessidades do povo. E, assim, a partir dos testes, as teorias são refutadas e outros problemas surgem.

Somente no período pós Segunda Guerra, ao se verificar o radicalismo que um Estado totalitário poderia alcançar, é que se cogitou conciliar as experiências liberais, no que tange às liberdades individuais, com as conquistas sociais, aproximando novamente o Estado da ideia de Estado de Direito, limitado pelo ordenamento.

Aqui, retoma-se a ideia de separação dos poderes, com harmonia e equilíbrio, notadamente por ter-se vislumbrado que o desequilíbrio entre os poderes poderia levar a atrocidades.

Por isso, Clève (2000) afirma que o homem hoje deve se preocupar com o Estado, se proteger dos grupos e limitar o Estado e a sociedade para que não se retorne ao cenário dos séculos XVIII e XIX.

Desse modo, o Poder Público deve evitar o domínio dos grupos e corporações.

Assim, tem-se a possibilidade de um Estado que consiga responder às exigências sociais, e, ao mesmo tempo, devem coexistir mecanismos de controle seguros e eficazes, a fim de se evitar arbitrariedade.

O novo modelo estatal, capaz de atender aos novos problemas e que concilia a base liberal com as necessidades sociais, foi recepcionado pela Constituição Brasileira de 1988 com a denominação de Estado Democrático de Direito.

Retome-se: o surgimento do Estado marca o início da era chamada de modernidade, na qual a razão cartesiana imperava.

Essa modernidade surgiu com características marcantes, como o culto ao desenvolvimento técnico-científico, os esforços econômicos no sentido de concentrar os meios de produção e com a característica mais evidente de criação do Estado moderno.

Essas características demonstram o processo de racionalização da própria organização social (CHEVALLIER, 2009).

Com isso, construiu-se um modelo estatal em que há a institucionalização do poder e o estabelecimento do monopólio da força, sendo o Estado delimitado por suas fronteiras, onde exerce sua soberania.

Além disso, entendia-se o modelo estatal por uma unidade de valores, em que o Estado representava a totalidade coerente, a ordem e a estrutura (CHEVALIER, 2009).

Porém, a crise das instituições, principalmente no que tange à representação política, levou à construção, gradual, de um modelo estatal diverso.

Chevalier (2009, p.16) destaca alguns fatores determinantes para esta mudança de paradigma estatal:

- a) O individualismo que levou à perda do sentido, pelo “desaparecimento dos ideais e pelo recentramento sobre o si mesmo”;
- b) a primazia da razão instrumental que só se preocupava com a eficácia máxima;
- c) a perda da liberdade em consequência do sentimento de impotência do cidadão subjugado pelo mercado e pelo Estado.

Somem-se a estes fatos as mudanças em nível social: revoluções tecnológicas, mutação do sistema produtivo, transformação da estratificação social, entre outras.

As sociedades estão dominadas pela urgência e por incertezas que colocam em xeque o mito da razão.

E o mais grave: a razão não foi capaz de atender eficientemente os anseios sociais, de modo que esta sociedade agora se ampara na imprevisão.

Chevalier (2009) destaca ainda a modificação da relação com o coletivo: passa-se a viver o tribalismo; o “precário o consentimento em face à autoridade”; em engajamentos contínuos e voláteis; e o desaparecimento da “linha de demarcação que separava a vida pública e a vida privada tende a desaparecer” (CHEVALLIER, 2009, p. 19).

Em verdade, existia o direito moderno, alicerçado no processo de racionalização, com um rigor formal bastante característico, em que se destacavam a generalidade e a estabilidade da lei (CHEVALIER, 2009).

O direito tinha, portanto, autoridade em razão da sua origem.

No entanto, esse direito regulador passou a sofrer críticas, sobretudo em relação ao próprio avançar da atividade normativa, que rompeu com fetichismo da lei.

As novas fontes normativas (tratados, regulamentos, decretos, súmulas) fizeram com que o direito perdesse a sistematicidade típica da modernidade, juntamente com a perda da generalidade e da estabilidade.

Visualizou-se uma proliferação anárquica de regras, o que indeterminou os contornos do Direito.

Assim, surge o modelo denominado Estado Democrático de Direito, que em sua idealização deve ter como justificação o povo, vale dizer, o povo como destinatário da atividade estatal e, notadamente, a consciência política popular como sustentáculo da soberania estatal (LEAL *in* MURTA; LEAL, 2012).

De acordo com a ideologia do Estado Democrático de Direito, recepcionada na atual Constituição brasileira, o aparelho estatal deve ater-se a princípios e normas democráticas como determina o art.1º da Constituição.

Assim, a participação do povo que não deve ser limitada pela maioria, e o povo deve poder se pronunciar sobre temas fundamentais como dívida interna e externa, privatização, desnacionalização, dentre outros(LEAL *in* MURTA; LEAL, 2012).

Trata-se de paradigma de Estado não dogmático (LEAL *in* MURTA; LEAL, 2012), em que se permite que todos, em um ambiente de procedimentabilidade,³ tenham a possibilidade de manifestação, legitimando a democracia.

Vale dizer, o Estado Democrático de Direito seria, em verdade, um Estado de Direito Democrático, com ambiente procedimentalizado para que maiorias e minorias, em perfeita isonomia, possam exercer o devido processo constitucional, com contraditório e ampla defesa, em face das decisões estatais.

Nesse contexto, o princípio da separação dos poderes manifesta-se como separação de funções estatais, principalmente no que diz respeito ao controle dessas funções, porquanto o exercício das funções estaria submetido à apreciação crítica dos demais poderes.

Em um primeiro momento, seria por meio desse controle que se legitimariam as atuações estatais, sendo necessário que, para que se alcance um pleno Estado Democrático de Direito, não apenas sejam incorporadas à ideia de controle as funções estatais, mas que se garanta a participação popular.

É de se notar, portanto, que, para a criação de um ordenamento jurídico democrático, não basta o exercício do sufrágio e a eleição dos representantes. Faz-se é necessário, antes de tudo, que sejam implementados mecanismos capazes de permitir a participação popular, superando encobrimentos históricos.

Não se trata da simples oitiva dos movimentos populares, o que, claro, tem certo êxito na influência das decisões dos representantes parlamentares; trata-se, na verdade, de efetivamente buscar a legitimação das normas por meio da participação do povo.

É que o direito não nasce por geração espontânea; é construído pela humanidade diante das necessidades surgidas e, a partir delas, produzido para regular os interesses prevalecentes em cada época.

Desse modo, a insatisfação da humanidade acaba por ser fonte de construção do direito.

³Possibilidade de articulação dos direitos fundamentais do contraditório, ampla defesa e isonomia como desdobramento do Estado Democrático de Direito (LEAL *in* MURTA; LEAL, 2012).

Tanto é assim, que foi por meio dessa insatisfação que o direito deixou de ser mera técnica de aplicação da vontade divina, exercida pelo monarca absoluto, para se tornar uma ciência ordenada pela consciência de atuação das estruturas formadas para assegurar a satisfação social (LEAL, R., 2011).

Além das práxis de Estado mencionadas nessa digressão histórica, houve ainda um movimento de caráter internacional para resolução de questões internas de modo uniformizado entre algumas nações. É o caso dos processos de integração regional, explicados no próximo capítulo.

4 MECANISMOS DE DEMOCRACIA E PROCESSOS DE INTEGRAÇÃO

Para se estudar os processos de integração é importante considerar, antes de tudo, a reconfiguração do espaço geográfico, segundo a perspectiva trazida por Milton Santos, uma vez que, para esse autor, o foco da geografia mudou (SANTOS, 2009).

A geografia espacial tradicionalmente lida com mapas políticos (ocupação do espaço pelo homem) e relevos (natureza) ganharam novos elementos, em razão do processo de globalização.

Assim, Milton Santos propõe um novo olhar, analisando a relação emocional do indivíduo, suas ações e objetos, englobando tudo que for referência para o indivíduo no seu local.

Nessa perspectiva, o indivíduo se situa no seu local e também no mundo, estabelecendo uma necessária relação com o outro, o que aproximou a ciência social da geografia.

Isso porque Milton Santos não discute apenas o homem no espaço, mas a história do homem no espaço ao longo dos tempos. (SANTOS, 2009).

Um ponto relevante dessa abordagem diz respeito aos efeitos do processo de globalização. Ao contrário do que aponta o senso comum, nem todos os efeitos da globalização são globais, eis que identifica situações comuns em que os efeitos locais são distintos (SANTOS, 2008).

O espaço geográfico e os sistemas de ações têm condições de transcender das próprias ações, como o que ocorre no espaço chamado internet, em que o espaço é global, mas os efeitos são sentidos de forma local, o que traz a consequência de que o pensamento pode ser global, mas a ação é local.

Nesse sentido, embora o processo de globalização sugira padronização e uniformização, em termos de aplicação na vida real, é possível vislumbrar ações regionalizadas.

As corporações, no processo globalizado, criam as normas que favorecem sua capacidade produtiva em razão do lucro.

É o que Milton Santos denomina “corporativização do território”, como a transformação desses espaços globais em extensão das próprias empresas, com a convivência dos poderes públicos.

Questiona-se, por exemplo, se as obras de estrutura pública seguem a lógica do indivíduo e suas necessidades ou das empresas e suas necessidades.

Basta lembrar que em dado momento a principal utilização dos trens era no transporte de pessoas e hoje o sistema ferroviário frequentemente pertence a uma grande corporação, que

escolhe para onde quer transportar seus produtos, ficando o indivíduo diminuído nesse processo, pois o interesse de uma corporação é diferente do interesse público.

Além disso, Milton Santos ressalta um momento paradoxal no que diz respeito à globalização.

Ao mesmo tempo em que se fala em grandes comunidades e nações, com fim das fronteiras e criação de espaços supranacionais, ressurgem a ideia de nacionalismo e ultranacionalismo, inclusive xenóforo.

Esse movimento de tensão tem explicação: quanto mais próximo do fim de uma realidade, mais outra parte vai endurecer sobre essa questão (SANTOS, 2008).

É de se questionar se se enfrenta atualmente o fim de uma era. Cada etapa do tempo da vida dos seres humanos é medida pela técnica.

O início e fim de uma era são determinados pelas grandes revoluções da técnica. Exemplo disso seriam as grandes navegações que marcaram o início da modernidade, uma vez que o europeu, por meio da técnica, encontrou novas verdades.

Nesse movimento, o domínio da técnica tende a ser opressor, o que fez, por exemplo, com que o europeu cobrisse a América com sua cultura, apropriando-se do sagrado dos povos originários, doutrinando os povos originários na uniformidade no modelo eurocêntrico.

Contemporaneamente, vive-se a era da técnica informativa e da comunicação.

O sujeito pensante dentro dessa lógica é retirado de seu lugar de origem e é cooptado pelas grandes corporações. O que produz não será, em regra, para seu lugar de origem e o desenvolvimento local por meio da técnica é apropriado pelas empresas globais.

Esses saltos tecnológicos têm o poder de impulsionar mudanças políticas que avançam no espaço geográfico, mas não localmente.

Essa premissa anuncia a crise do Estado Nacional, pois esses efeitos globalizados indicam a substituição da lógica da territorialidade do Estado pela lógica globalizante.

Para o direito e para a Teoria do Estado surge um dilema que envolve a ordem local e a nova ordem mundial globalizada.

Em um sistema localizado, havia o conflito de leis no espaço, bastando uma regra da lei local de conexão para dirimir o conflito. As regras para solução de antinomia eram de caráter local, com regras fixadas pelo Estado e aplicadas pelo próprio Estado.

Com o advento da arbitragem, por exemplo, afastou-se o Estado da solução da controvérsia, privatizando a solução do conflito, mantendo o Estado como validador da decisão.

As empresas resolvem sua controvérsia privadamente, mas a decisão é chancelada pelo Estado e pode ser, inclusive, homologada em outro território soberano.

Daí notar-se o impacto das revoluções tecnológicas até mesmo nas formas de dominação mais fortes, como o direito e o próprio Estado.

Assim, existe uma tensão entre o local e o global, com relativização das fronteiras, da soberania e os espaços são cada vez mais supranacionais.

Mas, como demonstrado, o domínio da técnica tende a oprimir os demais, de modo que essa relativização geográfica e política movimenta-se no sentido de atender aos interesses das grandes corporações, detentoras da técnica (SANTOS, 2009).

4.1 A lógica democrática no contexto globalizado

O direito é necessariamente um instrumento social, inserido numa ordem social. Assim, o Direito Internacional vai, simultaneamente, moldar a estrutura social, revelar a estrutura social, se adequar a estrutura social, sob pena de não ser aplicado pela lógica social.

O Direito Internacional, portanto, é um embate entre o que é e o que deve ser, em uma operação de poder e paz (SOARES, 2016).

Os Estados que compõem a sociedade são soberanos e a forma como se relacionam é muito diferente da esfera doméstica e o Direito Internacional deve se moldar a isso, o que faz do Direito Internacional progressista e conservador, ao mesmo tempo.

Ora, o Direito Internacional é um sistema normativo autônomo aplicável à sociedade internacional (SOARES, 2016). Se é um sistema, se distingue de normas morais; é um conjunto coeso de normas, com uniformidade. Logo, esse sistema é norma.

É autônomo, por ser distinto da ordem normativa doméstica. O destinatário do Direito Internacional é a sociedade internacional.

Há, portanto, três princípios considerados apenas nesse conceito: sistema, normativo, autônomo, que se relaciona com um quarto princípio: sociedade internacional.

Além disso, deve-se pensar o Direito Internacional como algo dinâmico, o que determina a própria essência desse direito.

Inexiste direito que não esteja relacionado a uma ordem social. Qualquer ordem social, por mais primitiva, tem um conjunto de regras.

Simultaneamente, não existe norma que não se insira em alguma ordem social. Assim a ideia de norma está relacionada com a ideia de destinatário da norma.

A norma, como já demonstrado, reflete as características do destinatário - grupo social sob a qual recai.

As características do grupo social também implicam a construção da norma, o que gera um duplo movimento.

As características dessa ordem normativa estão profundamente assentadas nas características do destinatário da norma, o grupo social sobre o qual recairá a norma.

Daí porque se frisar os elementos centrais desse grupo social destinatário do Direito Internacional.

A soberania é um elemento central dessa discussão.

Em regra, a sociedade deve legitimar um Estado soberano, em sua capacidade de produzir direito, norma, para o plano interno.

A norma originária nasce da soberania, polo positivo. Mas, por ser soberano, não se submete a nenhuma produção normativa realizada por outro: polo negativo.

É uma dupla função da soberania, quando pensada sob a perspectiva do direito interno.

Ora, todo poder emana do povo. E povo é um agrupamento de pessoas, pautado na nacionalidade, que existe enquanto identidade.

A nação é um reflexo dessa identidade, da qual advém a soberania.

No caso brasileiro, o Art. 1º da Constituição delimita a identidade do Estado, ao afirmar que é formado pela união indissolúvel da União, Estados, Município e Distrito Federal, constituindo-se em Estado Democrático de Direito (BRASIL, 2019).

Se a origem soberana da norma reside nessa identidade, a formalização está na Constituição. A origem da força normativa da norma reside, assim, na identidade e não no indivíduo.

Por isso a estrutura é vertical: os indivíduos passam a ser destinatários da norma mesmo que não estejam de acordo com esta, pois sua força normativa encontra-se além do indivíduo: na identidade.

Ocorre que a origem da soberania deve considerar tanto o plano interno, como o plano internacional, haja vista ser o Direito Internacional autônomo.

Porém, sob o ponto de vista do Direito Internacional, a lógica é diferente. Essa identidade, vista no plano interno, em princípio, não existe.

Conforme demonstrado, não existe um poder que, teoricamente, represente a figura estatal acima dos Estados; não existe um poder global, não existe um legislativo global, não existe uma autoridade acima dos membros do grupo social. Não há contrato social em princípio, logo, a norma não pode ser produzida por terceiro reproduzindo a identidade, porque a identidade não existe.

O autor da norma no Direito Internacional é aquele a quem a própria norma se destina. A estrutura internacional é, em princípio, horizontal, por ser formada por entidades soberanas, não tendo, portanto, norma produzida em nome da identidade.

A obrigação decorre do ato daquele que produziu a norma e não de terceiro. Existe o consentimento como elemento central da formulação do Direito Internacional e é o que distingue o Direito Internacional do direito interno. A fonte de autoridade da norma é muito diferente: é o consentimento.

Mas como já demonstrado, há uma dinâmica, já que um grupo social é algo que se movimenta, inclusive na esfera internacional.

Daí o Art. 53 da Convenção de Viena afirmar a existência das normas de *jus cogens*, em que certos conjuntos normativos são imperativos e prevalecem sobre qualquer outra norma.

A Convenção não indica o conteúdo dessas normas de *jus cogens*, mas mesmo assim relativiza a soberania, uma vez que a determinação desses conteúdos se dará na medida da dinamicidade da sociedade internacional.

A relativização da soberania não é algo que se atribua aos tempos recentes.

Historicamente, a convivência entre os povos sinaliza para a necessidade de estipulação de regras de convivência que muitas vezes relativizam e determinavam a atuação externamente⁴.

Sabe-se que Ásia Ocidental e Europa mantinham forte relacionamento internacional mesmo durante o período de ascensão dos impérios persas e romano e desde então vigorava o princípio do *pacta sunt servanda* não apenas nas relações civis, mas também nas relacionamentos com outras nações.

A guerra somente aconteceria se houvesse a chamada justa causa.

Nesse sentido, as contribuições de VITÓRIA e SUAREZ são determinantes para a sociedade internacional, na medida em que anunciam a interdependência do gênero humano (ACCIOLY, SILVA, CASELLA, 2017).

Embora, portanto, não se negue a existência de regras de relacionamento entre os Estados desde épocas remotas, o mais frequente é se falar em Direito Internacional e,

⁴ As noções, compartilhadas por inúmeros autores, quanto à Antiguidade do direito internacional podem levar a situar o surgimento deste nos tempos mais remotos, praticamente desde o momento em que ocorrem registros escritos de história. Nesse sentido, se pode fazer remontar o direito internacional à passagem do quarto para o terceiro milênio a.C., por volta de 3010, no limite entre a cronologia mítica e a cronologia histórica. Em sentido oposto, tradicionalmente se faz começar, grosso modo, no fim do século XV e mais precisamente no XVI, citando alguns grandes autores, dentro os quais dois nomes voltam constantemente, do dominicano espanhol Francisco de Vitória (1480-1546) e o holandês Huig de Groot, dito Grocio (1583-1646). (ACCIOLY, SILVA, CASELLA, 2017)

consequentemente, regras de Direito Internacional, a partir da modernidade, tendo como marco documental a Paz de Westfália de 1648 e, como se verá a seguir, em cada um dos momentos históricos necessários o Direito Internacional se impulsionou pela dinâmica vigente (ACCIOLY, SILVA, CASELLA, 2017).

Para Francisco de VITÓRIA (1480-1546), o Direito Internacional são as normas que a razão natural estabelece entre as nações, afirmando a interdependência dessas nações, uma vez que compreendia que o mundo não é formado por nações isoladas, sem vínculos, mas, sim relacionadas umas as outras, com direitos e deveres, cujo um dos principais seria o de respeito entre as sociedades naturais.

SUAREZ (1548-1617), em seus estudos, ao tratar do Direito das Gentes, entendia como sendo algo no meio do caminho entre o Direito Natural e o Direito Civil, tendo elemento de ambos. Por se tratar do conjunto de normas que regem as relações entre os Estados, o Direito das Gentes acaba por refletir a sociedade existente entre os Estados, que tem unidade moral e política.

Da necessidade dessa sociedade política estabelecer relações, surgiram as normas regentes, adotadas em razão da conveniência particular de cada Estado (ACCIOLY, SILVA, CASELLA, 2017, p. 70).

VITÓRIA e SUAREZ são vinculados à Igreja Católica. O primeiro tenta humanizar o processo de colonização ibérica, com suas lições ditadas em aulas. O segundo, a pedido do Papa, constrói os fundamentos dogmáticos da soberania popular, contrapondo-se a origem divina do poder, que passou a ser esposada pelos reis protestantes, após a Reforma.

GENTILI (1552-1608), protestante, necessitou refugiar-se na Inglaterra para escapar da Inquisição. Seus estudos trazem a ideia de equidade entre os povos e preconizou a imunidade diplomática. Afirmava que os preceitos de Justiniano, legado do Direito Romano, eram plenamente cabíveis nas relações estatais.

Tinham mesmo razão os partidários de Filipe quando diziam que entre as leis de Justiniano há uma que diz (e é uma daquelas que faz para nós) que não se deve comprometer coisas sobre as quais não incide dúvida. Era falso, contudo, o que logo depois acrescentavam, que a causa de Filipe não era dúbia e que era unânime a opinião de todos os doutores sobre ela. Como de todos? Cujas não esteve a favor de Catarina de Medici? Contra Filipe não estiveram os coimbrianos? E, para não falar de outros, aqueles três esplendores do mundo inteiro, a Academia de Perúgia, aquela de Bolonha, aquela de Pádua, não discutiram, não responderam a favor de Farnese? Suas respeitadas estão abertas ao públicos. Mas não pesquisamos isso no presente EM favor de Filipe se poderia talvez dizer (e isso vem ao encontro do tema que estudamos) o que lemos que foi respondido aos habitantes de Corcira que, como se faz para provocar uma discussão pacífica, é preciso começar por deixar aquilo de que se ocupou, a fim de que sejam iguais as condições daqueles que devem julgar. O próprio rei respondia, não faz muitos anos, que não queria depor as armas porque nesse

momento lhe teria escapado a ocasião que se lhe oferecia, não estando à espera dela (GENTILI, 2004, p. 70).

GENTILI, ainda, conclui:

É lícito ao vencedor, salvo do direito de natureza, fazer todas aquelas coisas que, em si, contribuam para tornar duradoura a vitória e, em relação a si próprio, e ao vencido, tornar justa a paz. Todas as coisas estão nas mãos do vencedor, exceto aquelas que procedem do direito das gentes (GENTILI, 2004, p. 520).

GRÓCIO (1583-1645) faz a distinção entre o direito natural e o direito positivo, demonstrando a autonomia do Direito Internacional, determinando que as disposições dos mandamentos foram prescritas para certas utilidades, o que colocou, à época, o jusnaturalismo à mercê de voluntarismo difícil de determinar princípios e conteúdos universais (ACCIOLY, SILVA, CASELLA, 2017) distante da realização de valores efetivamente comuns, especialmente no período de grandes navegações e colonização.

GRÓCIO, principal redator da Paz de Westfália, afirma que a construção do direito no âmbito internacional deveria fazer-se mediante consenso, ou seja, aceitação e adoção do acordado entre as unidades políticas (ACCIOLY, SILVA, CASELLA, 2017).

VATTEL sugere o Direito das Gentes necessário para todas as nações que pretendem ter tranquilidade, devendo ser, portanto, por todos universalmente respeitado, implicando, inclusive que, caso alguma nação o infrinja, todas as demais deveriam reunir-se para coibir e punir o inimigo transgressor.

O Direito das Gentes poderia ser equiparado ao Direito Internacional cogente, previsto na Convenção de Viena.

Sabe-se que após a Guerra dos 30 anos entre Países Baixos e Espanha, que instituiu a Paz de Westfália, a soberania estatal, como se concebe nos tempos atuais, passou a ser considerada e o Direito Internacional deixou de ser um Direito das Gentes, para regular as relações entre as estruturas interestatais. O jusnaturalismo viu-se substituído pelo voluntarismo.

VATTEL (2008) define o Direito Internacional, embasado em dois elementos: o primeiro seria um elemento subjetivo: vontade; o segundo seria o objetivo: consentimento.

A soberania decorre da vontade da entidade soberana como elemento subjetivo e do consentimento como elemento objetivo formal. Identifica a vontade com liberdade, eis que apenas quem goza de liberdade goza de vontade e, tendo vontade, expressa essa vontade formalmente por via do consentimento.

A fonte do Direito Internacional e consequentemente de suas normas só poderiam advir, portanto, dos tratados que formam as normas, vez que o tratado é a única fonte em que o consentimento formal pode se dar.

Na visão voluntarista, o costume não é fonte, exatamente por não ter o elemento objetivo do consentimento.

Partindo-se dessa premissa, o direito existe em razão desses dois elementos, não se conhece qualquer limite relativo ao conteúdo da norma. Qualquer conteúdo normativo é norma, pois a norma não vem de limitação decorrente de valores.

Trata-se da compreensão de um Direito Internacional puramente relacional que não se submete a nenhum ato normativo oriundo de terceiros.

A crítica cabível aqui é a insegurança jurídica, pois o direito é oriundo da vontade e, portanto, basta que a vontade se modifique para que a norma deixe de existir.

VATTEL foca na soberania e nas relações entre os Estados, que se fazem como únicos juízes de seus atos, de seus direitos e deveres, adotando o posicionamento de que é justamente a soberania que iguala os estados e que ordena suas relações.

Assim, seria legítimo que os Estados soberanos defendessem o bom direito e compelissem os injustos a respeitarem e manterem-se no limite da decência e essa legitimidade já seria recompensa para que qualquer autor respeitasse o direito. A insegurança se reforçaria também nesse quesito, como se pode ver:

A adoção da igualdade soberana dos Estados, como critério ordenador das relações entre sujeitos de direito internacional, tem, entre outras a consequências, a de tornar legítima a guerra entre iguais, desde que as formas devidas tenham sido observadas, independentemente das causas (VATTEL, 2008, p. 407).

Daí porque os positivistas Jellinek e Kelsen se atentarem para a insegurança que as concepções voluntaristas poderiam trazer aos Estados.

Para Jellinek(1958), a norma decorre da soberania, mas uma vez externada ela passa a limitar o próprio Estado. O Estado se autolimita no momento em que manifesta sua vontade, e uma vez externada, não pode modificar.

O modelo do Estado, assim, refletiria uma sociedade evoluída, pois essa autolimitação impediria a exorbitância, ou seja, o abuso de poder. Desenvolve, portanto, uma teoria de autolimitação do Estado, coadunando conceitos liberais com a segurança necessária para manutenção das relações.

Nessa linha de argumentação, o Estado seria uma dupla construção: social e jurídica. Pela concepção social, o Estado deve ser uma estrutura que exerce poder em determinado território, cujo objetivo seria defender a vontade coletiva de seus indivíduos.

No âmbito jurídico, o Estado deve ser sujeito de Direito, institucionalizador do poder político e limitado juridicamente por si mesmo, no exercício de sua soberania (JELLINEK, 1958).

A soberania seria a manifestação de uma vontade jurídica, derivada do direito, na medida em que ao externar sua vontade num conteúdo concreto, vincularia a todos os súditos, inclusive a si próprio.

A autolimitação não se daria por questões morais ou naturais, mas por força do próprio direito.

A atuação do Estado estaria pautada naquilo por este positivado. Dada a dinâmica social, o Estado não estaria absolutamente limitado pelo que fora externado, mas também não poderia estar totalmente livre em mudar sua vontade, de modo que o Estado poderia subtrair uma limitação que tenha sido autoimposta, desde que, por meio do direito, crie outras.

No que tange ao Direito Internacional, JELLINEK considera ramo do Direito que regula por meio de princípios e normas convencionadas ou de costume as relações internacionais entre os Estados, abordando a existência de um elemento psicológico que determina a convicção da comunidade sobre a obrigatoriedade do Direito Internacional, justamente porque o Direito Internacional estaria a serviço desses Estados.

A submissão dos Estados ao Direito Internacional estaria legitimada pela vontade dos Estados.

JELLINEK, considerado um voluntarista, compreende que é a plena vontade dos Estados em pactuar que geraria o Direito Internacional, que a limitaria.

Logo, a justificativa de ser do Direito Internacional estaria atrelada à vontade dos Estados de estarem vinculados (e limitados) a determinadas matérias, que por si próprios determinaram e se auto-obrigaram a cumprir.

Aqui, temos, portanto, um autor monista, com primado do direito interno, que considera que todo o sistema jurídico conforma uma unidade universal, originada de uma só fonte, que seria justamente a ordem interna.

Tal manifestação de vontade, além de ser livre, deve ser reconhecida por todos como uma manifestação de liberdade. E a partir dessa consideração, deve-se determinar o alcance e o resultado dessa manifestação, pois não se trata de se fazer apenas o que se deseja, mas

especialmente agir sobre uma decisão refletida para se alcançar algumas finalidades comuns (BRANT, 2013).

Nesse ponto, JELLINEK se opõe a KELSEN, embora ambos sejam monistas. O primeiro compreende que a limitação do Estado se daria por sua própria vontade, manifestada na ordem interna e que vincula também a ordem internacional. O segundo considera que a vontade que vincula o Estado não seria decorrente deste, mas de origem metajurídica.

KELSEN preconiza o formalismo jurídico, pelo que a norma existe por via do consentimento formal. Mas tenta modificar aquilo que precede a determinação formal, que para os voluntaristas é a vontade.

Para KELSEN, não é a vontade que precede a determinação formal, mas a vontade nasceria da norma, no sentido que uma norma hierarquicamente inferior encontra fundamento de validade na hierarquicamente superior, justificando o sistema piramidal.

Essa lógica é muito simples no universo doméstico, vez que o ápice normativo estaria limitado pela Constituição.

Ocorre que no universo internacional a unidade constitucional não existe e, por isso, a norma fundamental residiria no *pacta sunt servanda*, na ideia de que os acordos realizados devem ser preservados.

Para KELSEN, o próprio Direito Constitucional acabaria por encontrar seu fundamento de validade no *pacta sunt servanda*. Elimina-se, pois, a vontade depois que o direito foi produzido.

Nessa linha de argumentação, a manifestação de soberania, como elemento de liberdade e vontade, encontra-se no direito, no sentido de que a força normativa decorre do próprio direito produzido e só pode ser modificado se o direito assim permitir.

Considerando que uma ordem normativa internacional existira unicamente na medida em que a validade das suas normas residiria em uma única norma fundamental que lhe confere unidade e pluralidade, observa-se que o verdadeiro problema para a teoria pura do direito consiste em determinar a gênese da validade normativa da norma fundamental, que estaria no topo da pirâmide normativa. Recorre-se, portanto, ao princípio do *pacta sunt servanda*. Os acordos bilaterais ou multilaterais devem ser cumpridos e o sentimento espontâneo de tal obrigação é determinante na manifestação da norma fundamental. Se nós nos perguntarmos por que uma norma é válida, a resposta será dada pelo acordo que fundamenta a sua criação. Se, novamente, nos perguntamos por que esse acordo é válido, essa questão levará à norma geral que obriga os Estados a respeitar os acordos consentidos por eles, isto é, à norma que se exprime habitualmente por meio da expressão do *pacta sunt servanda* (BRANT, 2013, p. 26).

O *pacta sunt servanda* é uma norma e sua força está no costume de que os acordos devem ser cumpridos: boa fé.

Assim, entende-se que o Estado aceita a subordinação de uma norma externa, o que orienta a superioridade do Direito Internacional.

Nesse sentido, o *pacta sunt servanda* é norma que decorre do costume, prática reiterada e reconhecida como direito. Assim, a norma base da qual se ergueria todo o direito internacional adviria do costume, de modo que aquele estaria abaixo deste.

Ora, o costume não é oriundo de uma norma formal, de modo que não se justifica dentro da lógica positivista, pelo contrário, trata-se de norma suposta.

Daí porque recorrer-se à teoria da norma fundamental hipotética kelseniana para falar sobre o fundamento de validade dessa ordem internacional, sem afastar-se da disposição positivista.

Nessa linha de reflexão, a presunção de existência da norma hipotética fundamental para validar o Direito Internacional conduz ao reconhecimento da interdependência dos sujeitos de Direito Internacional, para que se garanta a previsibilidade e segurança jurídica de uma ordem sistematizada (BRANT, 2013).

Além disso, entender a construção do Direito Internacional totalmente alicerçado no costume do *pacta sunt servanda*, colocaria o costume, fonte do direito, como superior as demais fontes, de forma hierarquizada.

No entanto, a realidade internacional aponta que a coesão jurídica do sistema encontra-se justamente num modelo adequado a horizontalidade, sem diferenciação entre a autoridade e seus subordinados.

Assim, o princípio da igualdade soberana dos Estados exclui toda diferenciação hierárquica entre normas, posto que estas repousam, em última instância, em um ato de vontade. Teoricamente, os Estados são partes entre si e desconhecem qualquer ente superior comum. (BRANT, 2013, p. 39).

Nesse aspecto, percebe-se a soberania estatal numa perspectiva normativista, como expressão da unidade de uma ordem, em que os Estados pactuam cumprir determinados acordos e, a partir daí, se obrigam.

É que a lógica normativista é coerente no âmbito interno, mas pode deixar graves lacunas no Direito Internacional, já que o direito não é puro e menos ainda neutro.

Aliás, o direito é criado justamente para regular um universo social, do qual não se dissocia, especialmente quando colocado diante das estruturas econômicas e sociais em que

está inserido, em que cada um dos autores acaba por ter maior ou menor influência (BRANT, 2013).

Essa tentativa de despojar o direito de qualquer fragmento exterior não explica questões morais, políticas e de justiça vislumbradas durante o século XX, como as duas Guerras mundiais.

Vivia-se até então em uma sociedade internacional formada unicamente por Estados e o Direito Internacional era um direito relacional, que coordenava Estados soberanos.

Houve, após a Segunda Guerra, a inclusão de novos sujeitos no Direito Internacional em face do advento de novas áreas necessárias de proteção e que deveriam ter grande estabilidade, impondo uma reorientação no processo normativo, além do interestatal (BRANT, 2013).

É esse o movimento que coaduna aos objetivos desta tese, quando se reflete sobre a relevância e participação daqueles que detêm o poder nas tomadas de decisão no plano internacional.

Deve-se realizar uma construção humanista para colocar o indivíduo como foco do Direito Internacional.

Nota-se, nesse sentido, que há na sociedade internacional uma marca que vai além da relação entre os Estados, eis que se vale muito mais do que realiza o agrupamento de indivíduos, na medida de suas necessidades sociais.

Assim, o Direito Internacional deixa de ser apenas uma expressão de voluntarismo dos Estados e adquire valores morais e éticos, na medida em que deve buscar concretizar necessidades sociais.

Assim, o Direito Internacional poderá ser útil aos seus destinatários, representando fielmente os interesses do agrupamento social, que significa muito mais do que atender a vontade do Estado, mas, de fato, atender os indivíduos que formam aquele Estado.

É de se relembrar, inclusive, que o próprio *pacta sunt servanda* tem como base o princípio da boa fé e que o direito costumeiro existe a partir de uma resposta a uma necessidade social, que forma espontaneamente essas normas e faz com que tenha validade para todos justamente porque atende à realidade social.

Tudo isso traz para a discussão do Direito Internacional a comunidade internacional como elemento formador, parte de sua própria natureza, conforme demonstra Cançado Trindade ao falar sobre a fundamentação de seus votos na Corte Internacional de Justiça:

Efetivamente, ao longo dos anos, tenho me referido em meus Votos e escritos à fonte material por excelência do Direito Internacional dos Direitos Humanos, assim como de todo o Direito Internacional, que identifico na consciência jurídica universal, e não na mera vontade dos Estados, articulada no direito positivo, e por eles acordado consoante suas relações de poder e de interesse estatal. No meu entender a consciência situa-se necessariamente acima da vontade (TRINDADE, 2015, p. 651).

Mas se essa humanização do Direito Internacional retoma bases jusnaturalistas, enraizado em princípios imutáveis e universais, a força normativa desse direito estaria também correspondente a uma ordem moral universal.

E essa ordem seria o humanismo, que pretende retomar o direito das gentes, fundamentado na solidariedade e na vocação de se garantir dignidade para os indivíduos, o que, para Cançado Trindade, seria o maior legado do Direito Internacional no século XX, já que haveria a prevalência da razão de ser da humanidade sobre a razão do Estado, conforme se vê:.

Em um estudo publicado na década depois da realização da II Conferencia Mundial de Derechos Humanos (VIENA, 1993), examina-se com detalhes a emergência e a consolidação, na doutrina jusinternacionalista, da personalidad e capacidade jurídicas das personas como sujeto do direito internacional. Caracteriza esse auspicioso desenvolvimento como o maior legado do pensamento jurídico jusinternacionalista do século XX, a dar expressão ao primado da razón da humanidade sobre a razón do Estado, e inspirar o processo histórico em curso de gradual humanización do direito internacional contemporâneo. (TRINDADE, 2015b, p.97) (tradução nossa)⁵.

O diferencial do humanismo encontra-se justamente na consideração de que no centro de todas as discussões estatais estaria o indivíduo, em certa medida impactado por qualquer norma ou decisão produzida. Daí a necessidade de não se considerar no Direito Internacional apenas as relações entre Estados, mas levar em conta o elemento humano que o compõe.

Qualquer pretendida renúncia pelo Estados dos direitos inherentes a pessoa humana seria contrária, em meu entendimento, a ordrepública internacional, e estaria desprovida de quaisquer efeitos jurídicos. Afirmar que isto ainda não estava reconhecido a época da II Guerra Mundial – uma visão própria da velha postura positivista, com sua inevitável subserviência ao poder estabelecido, - seria, a meu ver, infundado. Equivaleria a admitir que os Estados poderiam perpetrar crimes contra a humanidade com total impunidade, que poderia sistematicamente perpetrar massacres, humilhar e escravizar grupos de pessoas, deportá-las e submetê-las a trabalhos forçados, e então escudar-se por detrás de uma cláusula de renúncia negociada com outros Estados, e tentar resolver todas as contendas por meio de tratados de paz com seus Estados contrapartes (TRINDADE, 2015, p. 652).

⁵Em um estudio publicado na década depués de la realización de la II Conferencia Mundla de Derechos Humanos (VIENA, 1993), examine com detalles la emergencia y la consolidación, en la doctrina jusinternacionalista, de la personalidad y capacidad jurídicas de la persona humana como sujeto Del derecho internacional. Caracterizé este auspicioso desarrollo como el mayor legado del pensamiento jurídico jusinternacionalista del siglo XX, a dar expresión al primado de la razón de humanidad sobre la razón de Estado, y inspirar el proceso histórico en curso de gradual humanización del derecho internacional contemporaneo (TRINDADE, 2015b, p. 97).

Esse posicionamento humanitário de garantia de dignidade da pessoa humana aparece em Trindade mesmo em contextos mais conservadores, como no voto externado no caso da *Disputa Fronteiriça entre Burkina Faso e Níger*, sentenciado na Corte Internacional de Justiça em 16 de abril de 2013.

Neste caso a CIJ procedeu, a pedido das partes, a determinar o curso de parte de sua fronteira, tendo presente a promessa de ambas de que as condições de vida das populações locais – nômades e semi-nômades – que habitam a região não seriam afetadas pelo traçado da fronteira. Em meu voto arrazoado, concentrei-me sobretudo no fator humano e assinaléi que as próprias partes litigantes, no decorrer do procedimento perante a CIJ (particularmente na fase oral), haviam expressado sua preocupação com as populações locais (principalmente nas extensas respostas a perguntas que me permiti formular-lhes em uma audiência pública perante a CIJ). Chegaram elas inclusive a externar seu entendimento no sentido da conformação de um regime de *transhumance* como um verdadeiro “sistema de solidariedade” (TRINDADE, 2015, p. 653).

No caso acima citado, a territorialidade foi considerada a partir da população envolvida, evocando o princípio da humanidade⁶, buscando efetivar melhoria nas condições de vida daqueles que litigavam, no sentido de se garantir o bem comum, determinando o território e sua linha fronteiriça a partir das necessidades das populações envolvidas.

Trata-se muito mais de uma disputa inter-estatal, mas de garantia de vida e dignidade para os litigantes que habitam a região⁷. Trindade conclui estar diante da construção de um novo *jus gentium*, em que o Direito Internacional ultrapassaria o positivismo externado por ideologias predominantes para erguer um Direito para a Humanidade (TRINDADE, 2015).

Ao analisar os direitos fundamentais e direito da União Européia, Soares (2016) enfrenta a questão desse novo ordenamento, que passa pelo pluralismo de ordenamentos superiores ao Estado, emergindo um *ius cogens* internacional informado por valores, princípios e regras que

⁶ “Hay que tener siempre presentes los fines humanos del Estado, - como me permití advertir en mis Votos Razonados en la Opinión de la Disputa Fronteriza entre Burkina Faso y Níger. No se puede seguir haciendo abstracción del principio básico de la igualdad procesal (equality of arms/égalité des armes)” (TRINDADE, 2015b, p. 131).

⁷ De fato, Trindade deixa assente em vários de seus votos proferidos na Corte Internacional de Justiça sobre a necessidade de se considerar o princípio da humanidade: “Em mi Voto Razonado en la referida Interpretación de Sentencia en el caso del Templo de Preah Vihear, señalé ser este un caso de soberanía territorial, pero no exclusiva, sino más bien a ser ejercida por el Estado en cuestión para la preservación del Templo, como parte del patrimonio mundial (debidamente incorporado a la lista de la Unesco), en beneficio (cultural) de la humanidad, - me permití agregar, - asilo determinó, al considerar, conjuntamente, el territorio, el Pueblo y los valores humanos en una dimensión inter-temporal propia, endossando así, en mi percepción, el proceso en curso de la humanización del derecho internacional (TRINDADE, 2015b, p. 129).

são paulatinamente materializados em declarações e documentos formais internacionais, reforçando a tendência de se elevar a dignidade humana a um pressuposto básico.

Porém, o conceito de *ius cogens* permanece ambíguo, apesar de incluir o direito à autodeterminação como direito fundamental da democracia, bem como, no âmbito das liberdades pessoais, um mínimo de proteção a vida, a liberdade e a segurança da liberdade. O *ius cogens*, na ordem jurídica internacional, designa o conjunto de normas internacionais (costumeiras), que têm, por principal particularidade formal, a inderrogabilidade por outros atos jurídicos, sob pena destes incorrerem em nulidade absoluta; e por particularidade material tutelarem os interesses da comunidade internacional em seu conjunto, acarretando sua violação um ilícito erga omnes (SOARES, 2016, p. 114).

Sua observação ampara-se no fato de que o direito internacional esbarra frequentemente em questões relativas ao constitucionalismo nacional, cujas bases são a soberania do Estado que pressupõe um sistema de relações horizontais interestais; centralidade jurídica e política da constituição interna que garante soberania e independência em relação aos demais Estados; o povo daquele Estado como único capaz de adquirir a carta da nacionalidade e, principalmente, o fato de o direito internacional ser aplicado internamente na medida daquilo definido pelo próprio texto constitucional (SOARES, 2016).

Diante disso, a lógica do Direito Internacional só é possível em razão de uma tendência de os Estados atrelarem-se aos princípios e regras internacionais, que se pretendem posicionar-se como validade das próprias constituições nacionais. Soares (2016) denomina de seiva comum os valores ligados aos direitos humanos fundamentais que estão estampados em diversas constituições nacionais, afirmando que esses valores são mais fortes que os próprios limites materiais de revisão constitucional, o que fica evidenciado no fato de que direitos garantidos na ordem internacional estão presentes também nos textos constitucionais nacionais.

4.2 Processo de integração

A globalização, analisada no início desse capítulo, demonstra o equívoco da premissa da *lex mercatória* de que os Estados deveriam adotar o modelo hegemônico americano e europeu, como ideal do mundo globalizado.

Sob o pretexto de que todos devam viver com acesso aos benefícios proporcionados pela globalização, coloca-se o mundo globalizado dentro das identidades locais, impondo o modelo hegemônico, levando a uma padronização no consumo de informação, serviços e bens, independentemente da localidade.

Identifica-se, assim, a relação de verticalidade, no sentido de que não há um diálogo, mas a imposição de um pensamento globalizado.

A questão local é uma ilusão da identidade, mas o pensamento e a lógica são padronizadas.

E sentir-se bem nesse mundo impõe a necessidade de se adaptar ao que for padronizado, sacrificando a identidade local (SANTOS, 2009).

Como alternativa local, a lógica do mercado global, propõe-se a integração regional, em que, embora haja a imposição do pensamento globalizado, uma ordem local é estabelecida, resistindo à corporatização territorial e a relação de dependência dos Estados em relação às grandes empresas.

Ocorre que esse grau de identidade só pode ser mantido caso os Estados envolvidos estejam em condições de resistir a uma lógica global que não os atendam, sob pena de sucumbirem ao mesmo processo.

SOARES (2016) aponta para o que denomina de constitucionalismo global, como uma nova ordem internacional, estruturado no sistema jurídico-político do paradigma hobbesiano e centrado nas relações entre Estado e povo, que paulatinamente ganha forma em documentos internacionais.

Assim, para a formação de blocos, sejam econômicos ou políticos, diante de um processo de integração, os princípios e regras jurídicas internacionais devem ser observados e o Estado deve impor condições para a delegação de soberania (SOARES, 2016).

O desafio do Estado passa a ser: conseguir conciliar os parâmetros estabelecidos pelo sistema globalizado com as suas peculiaridades internas, de modo a alcançar eficácia jurídica suficiente.

O regionalismo ganha espaço no Direito Internacional no momento em que são celebrados tratados internacionais entre os sujeitos, gerando direitos e obrigações, integrando os espaços geográficos que seguirão uma lógica convergente, em um modelo de cooperação.

O regionalismo consiste em um movimento notável em todos os continentes, como desdobramento do Direito Internacional, dadas razões geográficas, mas, principalmente de ordem histórica, cultural e de interesses comuns, que levaram a formação de acordos de aproximação e cooperação (ACCIOLY, SILVA, CASELLA, 2017).

Daí o surgimento da integração regional como processo de construção e evolução de blocos econômicos, em face da necessidade das transformações dessa sociedade internacional. Nesse mundo globalizado, os Estados optaram por modelos de políticas que os protejam e ao

mesmo tempo os projetem, para que continuem tendo sua autonomia enquanto sujeito de Direito Internacional.

A integração regional revela-se, portanto, como um modelo de desenvolvimento regional que favoreça as políticas sociais e econômicas dos Estados envolvidos (MAZZUOLI e GOMES, 2015).

O regionalismo passa à esfera do direito internacional a partir do momento em que se institucionaliza, por meio de tratados, celebrados entre os sujeitos de direito internacional, estabelecendo direitos e obrigações regidos pelo direito internacional. A compreensão da base, a partir da qual se formam os espaços regionais economicamente integrados, é vital para o entendimento da inserção de todos esses processos regionais, no âmbito do direito internacional geral. Seguem lógica jurídica e dinâmica econômica convergentes, no sentido de progressiva aproximação, no que se passa de direito internacional clássico, de mútua abstenção ou mera coexistência, para setores nos quais se enceta a instauração de modelo internacional de cooperação. Este pode passar a patamares de implementação da integração, em alguns contextos regionais específicos, como se considerou, esquematicamente, em relação, por exemplo, a união europeia (ACCIOLY, SILVA, CASELLA, 2017, P. 955).

Assim, o regionalismo se apresenta como componente essencial do arranjo econômico e político contemporâneo, já que capaz de resistir a lógica uniformizadora globalizante, utilizando-se de fatores geográficos, históricos, culturais que identifiquem o interesse comum naquela formação.

Acciolly, Silva e Casella (2017) apontam alguns fatores que aceleraram a formação de blocos, especialmente no pós-Segunda Guerra, como razões de ordem ideológica, necessidade de reconstrução, racionalização e integração das economias nacionais, buscando a eficiência na alocação de recursos e otimização dos resultados, decorrentes da produção e da circulação dos agentes e fatores de produção econômica.

Os Estados, portanto, percebem as peculiaridades que os envolve, de natureza geográfica, histórica e, principalmente, interesses econômicos compartilhados, que poderiam gerar estabilidade ao sistema ali institucionalizado.

Para tanto, os Estados ajustam passos para se alcançar a integração.

Geralmente, inicia-se o processo de integração pelas seguintes etapas:

- a) diferenciações em taxas em relação aos Estados envolvidos, menores que as cobradas de outros Estados;
- b) eliminação de barreiras alfandegárias em relações comerciais dentro da zona integrada, com comércio aberto e trocas facilitadas, mas sem a imposição de taxa comum quando da comercialização com outros Estados;

- c) união aduaneira, já com a fixação da tarifa externa comum aplicável igualmente na negociação com terceiros;
- d) mercado comum, que acrescenta a livre circulação de capital, serviços e mão-de-obra, o que impõe legislações sociais semelhantes;
- e) a união econômica, com harmonização de políticas fiscais e monetárias, podendo, chegar, inclusive, a criação de moeda única (MENEZES; PENNA FILHO, 2005).

Para a estabilidade de cada uma das etapas apontadas, além de planejamento adequado dos Estados, é necessária a chancela do povo envolvido, percebendo os ganhos sociais e econômicos advindos do processo, notando as vantagens da integração.

Essas vantagens podem ser visualizadas na forma de aplicação de economia de escala para algumas atividades econômicas, aumento de produção, melhor preço e qualidade de produtos e serviços, maior força de negociação nas transações internacionais, além da diminuição de tensões políticas.

Para que o processo de integração se inicie, alguns fatores devem ser considerados.

A proximidade geográfica é um deles, vez que a proximidade sugere semelhanças inclusive no que diz respeito aos aspectos econômicos, sociais, culturais e de desenvolvimento.

Essas identidades facilitam o processo, visto que não teria um Estado mais forte desequilibrando a tomada de decisões internas do bloco. Além disso, um histórico de relacionamento comercial e cultural colabora positivamente para que a integração aconteça (MENEZES; PENNA FILHO, 2005).

Os fatores assinalados contribuem para a evolução da integração regional, além de demonstrarem peculiaridades de cada etapa do processo de integração.

O processo de integração regional passa por duas etapas, estudadas pelo Direito Internacional.

A primeira delas tem como marco a criação da teoria das Uniões Aduaneiras, logo após a Segunda Guerra, cujo exemplo prático é o das Comunidades Europeias que resultou no mercado comum europeu, servindo de paradigma para outros processos de integração.

Nos anos 1990, o comunitarismo europeu atingiu a sua forma mais avançada de integração, transformando-se na União Europeia.

A segunda etapa do regionalismo se deu na década de 1980, como resultado da globalização e dos avanços tecnológicos e está demarcada pela adesão dos Estados Unidos à formação de blocos econômicos regionais. (BRANT, 1992).

No entanto, SOARES (2016) ressalta que mesmo diante de novas configurações da globalização, o Estado constitucional, limitado pelo direito e legitimado por seu povo, ainda é estrutura existente e insubstituível, embora submetido à tensão permanente.

Assim, o Estado Democrático de Direito acaba sendo, simultaneamente, o autorizador dos avanços nas formações dos blocos econômicos e o termômetro no que diz respeito às garantias fundamentais.

Não obstante as mazelas que afligem o Estado constitucional, o Estado democrático de Direito deve ser recepcionado como paradigma das entidades supranacionais, especialmente no que tange aos direitos fundamentais, devendo-se recorrer à metódica adequada para concretização das normas pertinente, em consonância com o constitucionalismo global.

...

Cabe ao constitucionalismo do Estado democrático de direito, na expectativa de superar os paradigmas da transição, preservar o cerne de direitos básicos da pessoa humana, ao consolidar suas instituições políticas, através de metódica inspirada na multifuncionalidade dos direitos fundamentais (SOARES, 2016, p. 140).

Não obstante, perdura a tensão entre a globalização, que prioriza a economia e o Estado Democrático de Direito, com seus compromissos democráticos, especificamente com direitos fundamentais de segunda dimensão.

Assim, a concretude do Estado Democrático de Direito se apresenta como obstáculo aos interesses do mundo globalizado.

Daí falar-se em crise do modelo integrativo, em face de direitos fundamentais, que são alicerce do Estado Constitucional.

5 CRISE NO PROCESSO DE INTEGRAÇÃO E VOLTA À INTERGOVERNABILIDADE

O modelo de Estado, na atual fase do capitalismo, deve atender às demandas de segurança pública, de desenvolvimento econômico e de garantia de direitos fundamentais.

Como já demonstrado, nas últimas décadas, os Estados pretenderam formar blocos regionais, sob o pretexto de integrar o desenvolvimento econômico, pelo que alguns direitos fundamentais acabaram sacrificados.

O paradigma de Estado Social, de intervenção diversificada em busca de uma pretensa igualdade social por meio de adoção de políticas públicas de distribuição de renda, demonstra-se ineficiente e oneroso pelos defensores de uma sociedade globalizada.

Esses entendem que o Estado Mínimo, com ênfase na propriedade privada e na liberdade de mercado, seria mais adequado para a formação dos blocos (SOARES, 2016).

A ordem econômica voltada para a formação dos blocos pressupõe que para a fase inicial do processo de integração, haveria a necessidade de mínima intervenção do Estado, tendo como foco o desenvolvimento econômico.

Ocorre que, para efetivação de direitos sociais, tais como educação e saúde, esse modelo mínimo de Estado acentua as desigualdades sociais, com a perversidade de adoção de políticas públicas excludentes.

Ainda que preconize a unidade na diversidade, como o caso da União Europeia, não é possível falar de igualdade entre os Estados membros, motivo pelo qual nem sempre o interesse econômico de um coincide com o interesse social de outro.

E nessa perspectiva, percebe-se a primazia da ordem e segurança pública em detrimento de direitos sociais (SOARES, 2016).

Ora, afirmar a preponderância da liberdade econômica, materializada na propriedade privada dos meios de produção, deveria partir do pressuposto da existência de uma sociedade realmente livre e democrática, em que a dignidade da pessoa humana se concretizasse, pelo menos, em seu mínimo existencial.

Lamentavelmente, o que se entende por democracia acaba por revelar apenas o desejo da economia de mercado.

Simultaneamente, quando a preocupação com a dignidade do indivíduo retoma discussões afetas ao Direito Internacional, a lei de mercado influencia sobremaneira a tomada de decisões estatais, em uma disseminação do modelo neoliberal para pautar a economia, a política, o uso da tecnologia, a ação militar, a agenda ambiental, entre outros (SOARES, 2017).

A formação de blocos econômicos implicou redução drástica, em termos de legitimação política, da concretização do princípio democrático.

O discurso sedutor da globalização de fetiche das mercadorias, ou seja, acesso a produtos e serviços para todos, alimentou as vontades coletivas:

O discurso da *global governance* torna-se sedutor, ao perceber o mundo como fábula, recortada por metáforas e fantasias, dentre elas a multiplicação de objetos e serviços acessíveis a todos. Tais fantasias alimentam o imaginário coletivo. As bases materiais dessa mitificação situam-se na realidade da tecnologia atual, em que a técnica apresenta-se ao cidadão comum como uma mescla de mistérios e banalidade. Quando o sistema político dominante incorporam o sistema técnico contemporâneo, traz consigo seu imaginário, carregado de formas de relações econômicas implacáveis, que não aceitam discussão e exigem obediência imediata. Além disso, proclama-se o fim das ideologias e da história, restando uma única alternativa, dotada de forças irresistíveis e irreversíveis, apta a governar a história, dominada pela economia de mercado: a *global governance*. Não obstante, o Estado constitucional, mesmo debilitado pelo discurso da globalização, permanece ponto de referencia e marco de resistência obrigatório no qual se sedimentam os parâmetros reguladores da vida social e se definem e se expressão democraticamente os princípios norteadores de uma comunidade política, ou seja, o discurso da razão política. (SOARES, 2017, p. 313).

A promessa do mundo globalizado de acesso a bens e serviços influenciou políticas estatais em que as necessidades básicas do indivíduo não foram atendidas.

Havia expectativa de que o desenvolvimento tecnológico trouxesse maior dignidade para o labor humano. Pura ilusão!

A chamada governança global aparece muito bem traçada, por exemplo, no Consenso de Washington.

Nesse documento, houve a imposição de um modelo político e econômico que deveria ser aplicado dentro de cada Estado em desenvolvimento, sob a justificativa de necessária estabilidade e fortalecimento político, alinhando-se ao modelo liberal norte americano.

De fato, em que pese a reunião de onde se extraiu a cartilha do Consenso de Washington se trate de natureza informal, não deliberativa, houve a coordenação de ações significativas para a América Latina no sentido de se adotar medidas neoliberais. (BATISTA, 2019).

O que se percebe é que no mesmo período da história em que há corrente humanista sociológica no Direito Internacional e de necessidade de formação de blocos como imperativo para desenvolvimento regional, surge também a força de mercado com receituário padronizado para atender à determinada lógica do capital.

Ainda que se tratassem de economias completamente assimétricas e de culturas distintas, sob o pretexto de recebimento de investimentos estrangeiros, muitos Estados passaram a adotar a cartilha econômica imposta, que dita desde a forma de aplicação dos

recursos públicos até o incentivo a exportação de produtos primários (BATISTA, 2019), o que remete a períodos coloniais.

Assim, para o mercado, a fronteira deixa de ser uma barreira territorial e a decisão tomada fora do Estado passa a vigorar internamente, numa engrenagem mundial, pensada primordialmente para atender às necessidades do capital.

O local da produção pode estar em qualquer ponto do planeta em que os custos, a desregulamentação e poucos riscos de investimento justifiquem a escolha.

Porém, cada Estado que se predispôs da entrar nessa engrenagem neoliberal encontrava-se em uma posição distinta em termos de desenvolvimento econômico, o que aponta para o fato de que economias assimétricas adotaram o mesmo receituário global, sem o devido planejamento sustentável local que coadunasse com sua identidade.

O que se alcançou foi o acirramento de desigualdades econômicas e sociais e centralidade no que diz respeito ao consumo dos cidadãos (SOARES, 2017).

A adoção de políticas públicas que impliquem flexibilização dos direitos sociais, a depender do patamar civilizatório, pode ensejar miséria e fome.

A lógica globalizada de que tudo poderia se tornar mercado acabou por aniquilar relações sociais e políticas e influenciar na tomada de decisões internas.

Somada ao pensamento acadêmico econômico, a proposta neoliberal seduziu a imprensa que passou a expor o que seria a modernização do mercado, na tentativa de encontrar chancela junto ao povo, pois o novo modelo de Estado foi colocado de forma natural e com ares de modernidade.

Esse pensamento neoliberal acabou por influenciar a elaboração dos tratados e protocolos de formação de blocos econômicos, que cada vez mais assumiram uma postura de proteção do mercado.

A cartilha proposta pelo Consenso de Washington teve como destinatários os Estados da América Latina, na tentativa de uniformizar suas políticas econômicas em sociedades bastante assimétricas.

Sob a promessa de criação de uma área de livre comércio nas Américas (ALALC) e sob a ilusão de que o progresso econômico colocaria os países periféricos em condições melhores, sugere-se um processo de integração pouco equilibrado, que se frustrou.

Ao mesmo tempo, há um desgaste do modelo tradicional de Estado, com suas políticas clientelistas eivadas de corrupção.

A solução para o fracasso estatal seria admitir que somente organismos internacionais especializados em desenvolvimento econômico, tais como o Banco Mundial e o Fundo

Monetário Internacional, poderiam pautar as políticas internas, inclusive no que diz respeito à preservação ambiental.

A inflação, que impacta na vida de qualquer cidadão, tornou-se o inimigo a ser combatido a qualquer preço.

O discurso de combate à inflação é sedutor e se legitima no próprio povo, cansado de não ver resultado do seu trabalho, eis que o sucesso profissional está atrelado ao poder de consumo, vendido como ápice da realização pessoal.

Assim, na guerra contra a inflação, o Estado admite adotar as medidas propostas pelos organismos internacionais, sacrificando direitos internos.

No debate sobre a inflação - obsessivamente considerada o único mal a se combater, a qualquer preço, ou seja, à custa do emprego, do salário, do desenvolvimento - contemplam-se todas as sortes de renúncia à autonomia nacional. Admite-se desde a vinculação formal da moeda nacional ao dólar, já em vigor na Argentina, até a pura substituição da moeda nacional pela moeda norte-americana, como acaba de sugerir de público o presidente do Banco Central do Uruguai. Assim, já não se guarda mais nem sequer a retórica da independência, como se esta se houvesse transformado em incômodo obstáculo à estabilidade monetária, valor absoluto e requisito essencial da modernidade. Passa-se, no caso brasileiro, pelo exame, sem constrangimento, de fórmulas indiretas ou disfarçadas de vinculação do novo padrão monetário brasileiro à moeda norte-americana (BATISTA, 2019, p. 9).

O discurso implantado, assim, afirma a incompatibilidade entre nacionalismo e livre mercado e relaciona necessariamente liberalismo econômico e político.

A lógica dessas medidas é de exclusão social: a de que os direitos sociais como saúde, educação, distribuição de renda e eliminação da pobreza não precisavam aparecer como prioridades, pois se tornariam consequências de um mercado saudável.

Enquanto essas medidas são tomadas internamente, há, paralelamente, a formação de blocos econômicos entre Estados.

Indaga-se, seria possível falar em liberdade e manifestação de vontade, voltadas efetivamente para desenvolvimento do bloco? Ou haveria também influência dos organismos internacionais nessas decisões?

Para responder a esse questionamento, basta retomar o que o Consenso de Washington estipulou à respeito da abertura do mercado para importações, o que coincide com uma das etapas da formação, por exemplo, de blocos econômicos.

O discurso é o de que o protecionismo estatal seria um obstáculo aos interesses do próprio indivíduo, enquanto consumidor, e das empresas, em termos de competitividade no mercado mundial.

Nesse discurso, desconsidera-se a existência dos grandes oligopólios internacionais ou a falta de adequada distribuição de renda que justificasse tratar todos os indivíduos como consumidores (BATISTA, 2019).

Para a América Latina, a proposta foi mais ousada, pois se sugeriu uma abertura unilateral e rápida dos mercados, com espaços destinados a multinacionais, capazes de aniquilar a indústria interna.

Nesse cenário, países do chamado Cone Sul tentaram formar um bloco econômico regional:

Em paralelo, mas em sintonia com a abertura *urbi et orbi*, Collor se dispôs a levar adiante um plano extremamente ambicioso de integração sub-regional. Comprometeu-se a realizar em apenas três anos um projeto de integração econômica com seus parceiros no Cone Sul. Com a ajuda de Menem, a Área de Livre Comércio Brasil-Argentina – que Sarney e Alfonsín haviam se comprometido a realizar em dez anos, até o final do século - se converte, subitamente, num Mercado Comum a ser concluído até 31 de dezembro de 1994, incluindo também o Paraguai e o Uruguai. O ex-presidente Collor, com os objetivos e os prazos estabelecidos para a constituição do Mercosul, desconsideraria as necessidades normais de ajustamento de importantes setores da economia nacional a novas condições de competição e, o que é ainda mais grave, se comprometeria com um grau profundo de integração - União Aduaneira ou Mercado Comum - pelo qual o país terá de abrir mão da liberdade de ação comercial e industrial. Assim entendido, o Mercosul representaria um mecanismo pelo qual Collor buscava consolidar por acordo internacional o processo de liberalização comercial que havia iniciado por via unilateral. Dada a modéstia dos mercados de nossos parceiros e o profundo compromisso dos mesmos com uma abertura e desregulamentação ainda mais intensa de suas economias, não podem ser outras as consequências do Mercosul. Será por isso, provavelmente, que receberia um claro endosso dos Estados Unidos e dos organismos multilaterais baseados na capital norteamericana. O colapso do governo Collor frustraria o alinhamento total do Brasil ao Consenso de Washington. É difícil, senão inconveniente, voltar atrás no muito que já se caminhou naquela direção. Será possível e conveniente, entretanto, reexaminar o que ainda não foi concluído, como, por exemplo, a legislação nova sobre patentes e a forma que deverá assumir o Mercosul, cuja conversão à União Aduaneira ainda não está inteiramente definida (BATISTA, 2019, p. 28).

Ora, falar em implementar desenvolvimento em Estados com economias assimétricas exige uma formulação bem mais sofisticada que a receita simplista proposta pelo Consenso de Washington.

Requer-se um projeto econômico nacional, com capacidade de definir o que será produzido, verificar as vantagens nacionais, os impactos nos recursos naturais, a capacidade empresarial, a vocação da força de trabalho, o desenvolvimento tecnológico, por exemplo.

Nessa conjuntura, no processo de integração, a vontade dos Estados acabou por não ser manifesta de forma livre, mas influenciada por uma onda de mercado mundial. Sem contar a dificuldade em se formular uma receita comum capaz de atender às peculiaridades de Estados tão díspares.

É claro que a integração regional poderia se firmar enquanto grande mecanismo de cooperação regional. No entanto, para que esta alcançasse sua vocação de desenvolvimento dos Estados, deveria ser livre o suficiente da influência de organismos externos e pautas globalizadas.

Entretanto, ao se cogitar a intergovernabilidade, há a busca por semelhanças, no sentido de reforçar as potencialidades, com a finalidade de suprir fragilidades, negociando de forma horizontal e considerando não apenas os interesses econômicos, mas também os políticos e sociais.

Há a coordenação das soberanias envolvidas, que uma vez de acordo, agem conforme determina o *pacta sunt servanda*.

Não há, portanto, um órgão superior que obrigue determinada conduta, senão a própria manifestação de vontade dos Estados envolvidos e a boa-fé que regula as relações internacionais.

E mais que isso. O que é acordado internacionalmente necessita de aprovação interna em cada um dos Estados envolvidos para que seja efetivado.

Há, assim a manutenção da soberania, havendo primazia do Direito Interno diante de algum impasse, dando oportunidade de exercício do interesse nacional frente a alguma decisão coletiva que poderia fragilizar o contexto interno (LEITE e SANTOS, 2019).

A retomada da intergovernabilidade, hoje, é medida adotada na União Europeia, em termos de supranacionalidade.

Daí porque se afirmar que o Direito Internacional se revela em permanente processo de mutação e evolução; vez que dinâmico.

Compreender os processos se torna fundamental para que o Estado se posicione, mantendo sua soberania, sem se afastar das tendências globalizadas.

Ao mesmo tempo em que os Estados devem buscar a realização econômica por meio de, por exemplo, estabilização monetária, combate à inflação, competitividade em produtos e serviços, também deve se atentar aos fins do próprio Estado, na promoção da dignidade de seu povo, como a promoção da justiça social, eliminação da pobreza e miséria, redução de desigualdades sociais, acesso a empregos e salários dignos capazes de colocar o indivíduo na posição de consumidor e cidadão.

Para isso, não se espera o aviltamento de direitos internos, sob a promessa de que um dia retornarão, mas a promoção de um progresso econômico em que cada uma das variáveis sociais faça parte do processo enquanto fim.

Há que se planejar de acordo com a dinâmica estabelecida, mas sem limitação do patamar civilizatório mínimo, para que se tenha condição de falar em autodeterminação (BATISTA, 2019).

Ao se tomar as particularidades de cada Estado e seu povo, não é possível traçar um modelo de desenvolvimento único e padronizado, como pretende a lógica globalizada de formação supranacional, na qual os Estados cederiam parte de sua soberania para uma autoridade superior.

Para se pensar em algo nesse sentido, seria necessário encontrar Estados em semelhante posicionamento econômico e social e desenvolver de forma customizada mecanismo capaz de sincronizar a transferência de soberania, em consonância com políticas nacionais, considerando as questões internas, mas garantindo o cumprimento das obrigações comunitárias.

Para tanto, é fundamental que se mantenha instituições que garantam o ambiente de negociação justa⁸.

⁸Algumas questões são de responsabilidade exclusiva dos Estados. Neste sentido, a intergovernabilidade não permite que as prerrogativas supranacionais sejam efetivadas sem que sejam aprovadas previamente no âmbito dos Estados Membros. Logo, podemos dizer, que aos Estados compete a primazia de certas atribuições. No caso da UE, quando um Estado tem a primazia do direito sobre uma questão e que, não sendo solucionada, acarreta em reflexos negativos ao conjunto, o princípio da subsidiariedade previsto nos Tratados pode atuar. Segundo o Tratado de Lisboa, o princípio da subsidiariedade visa determinar o nível de intervenção mais pertinente nos domínios de competências partilhadas entre a UE e os Estados Membros, podendo aplicar-se em ações a nível europeu, nacional ou local. Em todo o caso, a UE só pode intervir se estiver em condições de agir de forma mais eficaz do que os Estados Membros. Assim, caso o Estado não consiga solucionar, a União entra subsidiando-o para o alcance do objetivo tornando a tomada de decisão e execução das ações o mais próximo dos cidadãos. Algumas questões são de responsabilidade exclusiva dos Estados. Neste sentido, a intergovernabilidade não permite que as prerrogativas supranacionais sejam efetivadas sem que sejam aprovadas previamente no âmbito dos Estados Membros. Logo, podemos dizer, que aos Estados compete a primazia de certas atribuições. No caso da UE, quando um Estado tem a primazia do direito sobre uma questão e que, não sendo solucionada, acarreta em reflexos negativos ao conjunto, o princípio da subsidiariedade previsto nos Tratados pode atuar. Segundo o Tratado de Lisboa, o princípio da subsidiariedade visa determinar o nível de intervenção mais pertinente nos domínios de competências partilhadas entre a UE e os Estados Membros, podendo aplicar-se em ações a nível europeu, nacional ou local. Em todo o caso, a UE só pode intervir se estiver em condições de agir de forma mais eficaz do que os Estados Membros. Assim, caso o Estado não consiga solucionar, a União entra subsidiando-o para o alcance do objetivo tornando a tomada de decisão e execução das ações o mais próximo dos cidadãos. Por conseguinte, diferentemente da supranacionalidade, os Estados mantêm a soberania sobre suas decisões. Nesse sentido, o Estado possui a primazia do direito diante de algumas situações. Em blocos econômicos, por exemplo, uma regra em comum, do tipo econômica, dependerá da aprovação dos Parlamentos de cada país. Desta forma, os Estados se comunicam horizontalmente, garantindo uma maior liberdade entre eles, visto que não há um poder supranacional de controle. Contudo, um Estado pode descumprir determinada regra alegando soberania, o que poderia ocasionar tensão nas relações de interdependência entre os países. Em outras palavras, o sistema comunitário compreende as instituições comuns definidas em tratados, como o Conselho, o Parlamento e a Comissão, que apresentam certas características supranacionais e gerem as políticas comuns da União. O sistema intergovernamental compreende os órgãos coletivos onde os Estados concertam as políticas que não são comuns, criando compromissos entre eles na superação de dissonâncias e posições individuais. No entanto, a ausência de mecanismo supranacional, em algumas competências, garante aos Estados a plenitude de suas soberanias diante de decisões intrabloco. A realidade diante das dissensões promove o exercício dos interesses nacionais frente aos objetivos coletivos que vulnerabilizam o projeto de integração regional. (LEITE e SANTOS, 2019, p. 4)

Os Estados que compõem o mundo globalizado, em sua maioria, têm pouca expressão territorial, populacional ou econômica; carregam ainda pouca coesão política e social, de modo que há dificuldade em se falar em autonomia suficiente para a inserção soberana e igualitária no mundo e participação justa em órgão supranacional.

Assim, para que haja um projeto capaz de atender necessidades do bloco, sem aviltamento interno, retorna-se à ideia de intergovernabilidade, buscando-se a interdependência e não a dependência em relação a Estados mais desenvolvidos.

Os consensos pensados de fora para dentro acabam por refletir interesses que não necessariamente representam a necessidade interna verdadeira. E somente um parlamento representativo poderia analisar a questão.

Um projeto que não poderá deixar de incluir uma intensificação de nosso relacionamento com o mundo. Mas que terá de ser feito sobre a base da interdependência e não da dependência. Projeto de uma nação, que deseja cooperar com outras nações e delas receber cooperação, sempre porém em base de igualdade e do respeito mútuo, sem qualquer renúncia a sua integridade territorial nem a sua soberania. Projeto que passa por uma política externa soberana que não seja, como muitas vezes no passado, um pacto entre as lideranças internas e externas, à custa do interesse mais global do país. Uma política externa, sem parti-pris, em que não cabe nem alinhamento automático com ninguém nem tampouco discordância por princípio de quem quer que seja. Em que, respeitando o direito dos demais a defender os próprios interesses, não abriremos mão da defesa dos nossos. Uma diplomacia serena e objetiva, sem preconceitos, que buscará sempre soluções cooperativas nas quais todos tenham a ganhar e nenhum a perder mas que, nas relações tanto com as pequenas quanto com as grandes nações, se empenhará por uma repartição eqüitativa dos benefícios, sem benevolências gratuitas no primeiro caso ou concessões desnecessárias no segundo. Como dizia com propriedade o General De Gaulle, em frase muito citada mas nem sempre levada em conta, "os países, a rigor, não têm amigos, têm interesses". Só assim poderemos esperar que todos os brasileiros - não apenas alguns - sejam de fato favorecidos por uma maior inserção do país no mundo (BATISTA, 2019, p 33).

Para isso, há que se pensar no desenvolvimento da justiça social com participação de toda a sociedade, o que exige democracia sedimentada com instituições representativas, a fim de que a intergovernabilidade seja suficiente para a proteção do povo.

6 REFUNDAÇÃO DA DEMOCRACIA

As instituições estatais pensadas para relações bem mais simples do que as que existem hoje tentam resistir em face da globalização.

Para Dallari, um dos principais motivos de crise contemporânea é que o homem ainda está preso a concepções e soluções dos séculos passados, especialmente quando se trata da organização e objetivos do Estado.

O Estado Democrático de Direito busca superar os paradigmas constitucionais tradicionais.

O primeiro deles, o paradigma liberal, que rompeu com a lógica absolutista e estabeleceu os pilares do Estado de Direito; e o segundo, com o paradigma social, que procurou conciliar os interesses econômicos com as necessidades sociais.

Durante o século XIX a aspiração ao Estado Democrático vai-se definindo, até se transformar, já no século XX, num ideal político de toda a Humanidade, fazendo com que os regimes políticos mais variados e até contraditórios entre si afirmem ser melhores do que os demais por corresponderem mais adequadamente às exigências do Estado Democrático (DALLARI, 2016, p. 297).

Como visto em capítulo anterior, a configuração estatal e sua organização se pautaram mediante respostas a problemas vislumbrados pelo próprio povo, exigindo uma configuração estatal capaz de apaziguar reações populares e de manter a ordem e o poder.

E nessa relação entre Estado e vontade do povo residem alguns questionamentos que necessitam de resposta.

Desde quando surgiu a ideia de República, simbolizando um governo do povo para o povo, coube ao Legislativo a autoridade de exercer a representação política, garantindo formulações legislativas que atendessem justamente esse povo.

O liberalismo trouxe, num primeiro momento, a forte característica de separar as funções típicas de cada poder do Estado das funções atípicas.

No sistema jurídico anglo-saxão, o direito inglês, não obstante a extensão do direito jurisprudencial e das convenções constitucionais, a soberania do Parlamento enlaça a soberania incontestável da lei. Dicey, em obra clássica, sustentou a autoridade legislativa ilimitada do Parlamento, inspirando-se na doutrina de Blackstone e De Lolme, lembrando deste último a famosa passagem, segundo a qual “é princípio fundamental, para os juristas ingleses, que o Parlamento pode fazer tudo, exceto tornar uma mulher em homem e um homem em mulher”. Nos Estados Unidos, o Art. 1º da Constituição Federal confere ao Congresso o exercício de todos os poderes legislativos: *All legislative powers here granted shall be vested in a Congress of the United States...* (Art. 1 – Sec. 1).

No Sistema Jurídico Europeu-Continental, o direito francês erigiu em regra fundamental do ordenamento a afirmação da lei como expressão da vontade geral, que se inscreveu na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, para se transformar, a partir de 1875, em princípio configurador das instituições republicanas. A Constituição de 3 de setembro de 1791, reservando as funções legislativas ao Poder Legislativo (Capítulo III – Seção Primeira – Artigo 1º), proibia ao Poder Executivo a elaboração de qualquer lei, mesmo provisória, pois só lhe caberia expedir proclamações para ordenar ou recordar a execução das leis. A subordinação do Executivo à lei, expressão da vontade geral, conduziu a subordinação do Executivo ao Parlamento, que se tornou comportamento típico do regime parlamentar francês da IIIª e IVª Repúblicas. Sendo a lei expressão da vontade geral e o Parlamento a fonte formal de revelação dessa vontade incontestável, o regime parlamentar francês daqueles períodos republicanos consolidou a soberania do Parlamento na soberania da lei (HORTA, 1994, p. 150-151).

Nota-se que esse apego à lei como grande limitadora da atividade executiva foi o modo de afastar a antiga soberania absolutista do príncipe.

Tanto assim o era que, juntamente com a primazia da lei, existia a impossibilidade de o Executivo assumir a função normativa, sob pena de afronta ao princípio da separação dos poderes.

Assim, a soberania do príncipe foi transferida para a soberania do povo, por meio de seus representantes, e concretizada por meio da lei. E essa produção legislativa era um monopólio estatal, resguardado a um dos poderes: o Legislativo (CLÈVE, 2000).

Cabia, destarte, ao Legislativo expressar o direito novo, manifestando a vontade do povo. Nenhuma outra norma poderia contrariar essa vontade geral. A lei passa a ser a grande legitimadora do direito, outrora legitimado pela vontade do príncipe.

Noutras palavras, a legitimidade do direito por meio da legalidade é uma vitória do povo.

Segundo Montesquieu, “[...] a lei, em geral, e a razão humana, na medida em que governa todos os povos da terra, e as leis políticas e civis de cada não devem ser apenas os casos particulares em que se aplica essa razão humana” (MONTESQUIEU, 1973, p. 36).

Para os revolucionários liberais, o parlamento produziria a lei pelo trabalho dos representantes da nação, orientados pela razão.

Na medida em que a lei era regra criada pela nação pelos seus representantes (questão de forma) e orientada pela razão (questão de fundo), que não poderia atentar contra a justiça ou contra a liberdade (CLÈVE, 2000, p. 48).

O movimento de associar o direito à lei trouxe consequências. O direito passou a ser positivado e, lentamente, o seu conteúdo deixou de importar, prevalecendo como legitimador apenas a forma.

Na forma de lei, era Direito, e discussões acerca do conteúdo fugiriam do papel do jurista (KELSEN, 1979).

Ocorre que a representatividade esperada do Poder Legislativo não ocorreu, adequadamente.

Ao tratar do princípio da separação dos poderes, verificou-se que este foi construído a partir da ideia de desconcentração do poder, que antes estava todo nas mãos do rei soberano.

A burguesia, que ansiava por poder, foi quem ocupou, quase exclusivamente, os cargos parlamentares, mediante o voto censitário.

Desse modo, as discussões ideológicas que precediam a edição da lei convergiam para pontos de interesse de uma classe: a burguesa.

De início, as dificuldades foram menores, porque todos os representantes, tanto conservadores quanto progressistas, eram originários da burguesia ou da oligarquia rural. Assim, as divergências não atingiam pontos fundamentais da organização social, como o regime de produção e o uso da propriedade (DALLARI, 2016, p. 298).

Nesse contexto, a produção legislativa era capaz de suprir a necessidade do “povo” ali representado e bem controlar o atuar administrativo nesse mesmo interesse.

Isso também contribuía para a crença de que a lei conseguia regular, com eficiência, todos os assuntos da vida, visto que a resposta legislativa para os anseios sociais era rápida, exatamente pela desnecessidade de ampla discussão e, uma vez editada a lei, dada a sua forma, deveria ser cumprida.

Dois eventos foram cruciais para a mudança de pensamento quanto à eficácia da lei: o processo de democratização pelo sufrágio universal e o advento do Estado Social.

O sufrágio universal ampliou o processo eleitoral e fez com que os novos eleitores elejam novos representantes, trazendo o conceito democrático para dentro das decisões legislativas.

A escolha pragmática da técnica representativa viabilizou uma democracia formal.

A ideia de busca de uma vontade comum por meio de instituições representativas demonstrou-se equivocada.

Esse processo, porém, disciplinou e estimulou a competição política em bases equitativas, e permitiu ao eleitor escolher e rejeitar os competidores.

A premissa que passou a definir tal regime como democrático consiste no igual direito de qualquer cidadão de votar e de ser votado (MENDES, 2011, p. 103).

A identidade ideológica antes encontrada dentro do Legislativo é rompida pelo advento de representantes de diversas orientações.

Por óbvio, a diferença ideológica trouxe consigo a consequência do amplo e demorado debate, do qual sairia uma lei que não mais representaria a vontade geral, mas a vontade de um grupo majoritário dentro do parlamento expressando a vontade política.

O argumento, em favor da supremacia legislativa, pressupõe dois valores:

- 1) a representação eleitoral, recurso usado para replicar, em menor escala, o povo;
- 2) a regra de maioria, recurso procedimental, que promove a igualdade.

A regra de maioria é uma conquista porque permite que esse consentimento resulte da força moral da igualdade. Respeita indivíduos de duas maneiras: leva a sério diferenças de opinião e não os reprime por pensar diferente; e, fundamentalmente, trata-os como iguais. A acusação de arbitrariedade, nesse sentido, não percebe as razões pelas quais a legislação é uma fonte de direito digna de respeito: suas credenciais majoritárias permitem que cada participante tenha igual peso na decisão (MENDES, 2011, p. 100-104).

Como já demonstrado, uma vez que a lei foi produzida dentro do processo legislativo, mesmo que não representasse a vontade da nação, deveria ser cumprida, visto que adquirira forma de lei, o que era suficiente para ser aceita como legítima e obrigatória (CLÈVE, 2000).

Nesse sentido, sobre a legitimidade da vontade da maioria, devem ser consideradas as reflexões de Conrado Hübner Mendes (2011), que questiona o que significa, afinal, representar a maioria e quais seriam os limites da atuação dos representantes.

A resposta poderia indicar uma maior ou menor correspondência entre a vontade do povo e as decisões tomadas por seus representantes, pois se demonstra inviável a verdadeira participação popular.

Assim, o advento do sufrágio universal desencadeou a morosidade nos debates que antecederiam a produção normativa e acentuou a definição de que pouco importava o conteúdo da norma se essa tivesse sido produzida dentro do processo legislativo.

O advento do Estado Social gerou para o Poder Executivo compromisso com um maior número de funções, que, para serem exercidas, precisavam do respaldo legal. Isso fez com que a produção legislativa tivesse que aumentar consideravelmente para acompanhar as necessidades sociais.

Obviamente, diante da morosidade desencadeada pelo embate ideológico supramencionado, o Legislativo não conseguia atender às necessidades estatais. Paradoxalmente, ao mesmo tempo, houve uma implosão de edição de leis, essas não foram suficientes para fundamentar a atuação do Estado Social.

O industrialismo promoveu a concentração de grandes massas de trabalhadores em núcleos urbanos, e os exageros do capitalismo individualista levaram essas massas ao desespero, forçando-as a uma ação política. Desenvolveram-se, então, os movimentos proletários, mais violentos primeiro e mais habilidosos depois, trabalhando organizadamente para conquistar o poder, ou pelo menos ter uma participação nele. E o grande problema do sistema representativo do século XX acaba sendo o encontro de uma fórmula adequada para a integração política das massas operárias. Os representantes tradicionais, originários das classes economicamente superiores, têm mentalidade, métodos de trabalho e até linguagem que não se entrosam com as características dos representantes provindos das classes trabalhadores. Estes têm mais agressividade, pretendem reformas profundas e imediatas, revelando sempre acentuada desconfiança no seu relacionamento com os primeiros. E apesar desses desencontros tão pronunciados eles devem conviver nos partidos políticos e nos parlamentos (DALLARI, 2016, p. 298).

Nessa situação, o descrédito do Legislativo é inevitável, pois a representatividade fica evidenciada por conflitos frequentes que inviabilizam um atuar possível de atender ao povo envolvido.

Assim, é inequívoca a existência da crise da representação concretizada na atuação do Poder Legislativo como representante do povo, conforme Gustavo Binenbojm:

A crise da lei é hoje um fenômeno quase tão universal quanto a própria proclamação do princípio da legalidade como o grande instrumento regulativo da vida social nas democracias constitucionais contemporâneas. Ao ângulo estrutural, a crise da lei confunde-se com a crise da representação e, mais especificamente, com a crise de legitimidade dos parlamentos. Ao ângulo funcional, a crise da lei é a própria crise da ideia de legalidade como parâmetro de conduta exigível de particulares e do próprio Estado. Hoje não mais se crê na lei como expressão da vontade geral, nem mais se a tem como principal padrão de comportamento reitor da vida pública ou privada (BINENBOJM *in* ARAGÃO; MARQUES NETO, 2008, p. 145).

Além disso, a lei pode trazer consigo manifestações de injustiça, servindo de verdadeiro fundamento para barbáries, haja vista o fato de toda lei ser válida se aprovada segundo o processo legislativo, independentemente do seu conteúdo.

Ora, diante de atitudes legitimadas pelo parlamento, como a degeneração nazifascista presenciada no século passado, constatou-se que a lei é insuficiente para trazer justiça e liberdade.

É de se destacar, ainda, que o constitucionalismo retomado no pós-Segunda Guerra ocupou um espaço normativo relevante.

A lei deixou de ser o principal e mais importante meio de manifestação da vontade de uma sociedade depois do nascimento do constitucionalismo no lugar do legalismo.

Diante do fracasso da lei, após a Segunda Guerra, as esperanças de garantia da liberdade e da justiça se transferiram para as normas programáticas do constitucionalismo.

Com efeito, a Constituição, enquanto sistema de princípios, ganha destaque como norma jurídica, ao irradiar seus efeitos por todo o ordenamento, que apenas poderá ser compreendido a partir da própria normatividade constitucional, passando-se a falar em uma constitucionalização do direito.

A reboque do triunfo do constitucionalista, a lei perde importância diante do largo desenvolvimento de sofisticados meios de controle da constitucionalidade dos atos legislativos. A lei perde o seu protagonismo na criação do direito na medida em que se torna mais um entre os diversos princípios que compõem o sistema constitucional. Realmente, nada mais demonstra a erosão do mito da lei que a difusão de tribunais e órgãos constitucionais mundo afora (de viés mais acentuadamente jurisdicional ou mais marcadamente político), inclusive na França, berço do legalismo (BINENBOJM *in* ARAGÃO; MARQUES NETO, 2008, p. 149).

Conrado Hübner Mendes chega a mencionar que “[...] restrições ao parlamento insistem em resgatar, sub-repticiamente, os velhos medos antidemocráticos contra a ignorância e o despreparo das massas” (MENDES, 2011, p. 104). Mas é nítido que ao longo do tempo a atuação do Poder Legislativo não garantiu a representatividade e a democraticidade que se esperava.

Mesmo porque o Estado Democrático contemporâneo necessita responder, muitas vezes, ao conflito existente entre liberdade e igualdade.

Se durante o século XVIII o valor supremo do indivíduo era a liberdade, como garantidora de qualquer outro direito, inclusive a igualdade, bastando que o Estado tratasse todos os indivíduos como igualmente livres para cuidarem de seus interesses, a experiência histórica acabou por demonstrar que a vida não é tão simplista.

A experiência constitucional demonstrou que tal regime liberal, na realidade, só assegurava liberdade para os detentores do poder econômico.

Os que dependiam do próprio trabalho para sobreviver foram gradativamente submetidos aos detentores dos meios de produção e sem a mínima possibilidade de progredir econômica e socialmente (DALLARI, 2016, p. 298).

Assim, enquanto parte do povo entendia a liberdade como valor supremo, outra parte a considerava como causa de toda a desigualdade.

Muitos que usufruíam de privilégios nada tinham feito que justificasse aquela posição, ao passo que uma grande parcela da população era desprovida da possibilidade de materialmente exercer direitos fundamentais (DALLARI, 2016).

Para impor a igualdade de tratamento com a rigidez necessária para fantasiosamente alcançá-la, seria necessária a coerção do Estado, retomando ideias de concentração de poder, o que também esbarra na concepção democrática.

Há um paradoxo, na premissa liberal. Inicialmente, pensou-se que era necessário esvaziar o poder do Estado com necessários mecanismos de controle sobre sua organização para que se tivesse de fato um governo do povo.

Mas a realidade estatal era outra, pois muitas vezes o grupo que exercia o poder era o mesmo que exercia o controle.

Tudo isso gerou crise do Estado democrático, levando os mais pessimistas à conclusão de que a democracia é utópica, porque na prática encontra obstáculos intransponíveis, emaranhando-se em conflitos insuperáveis. O povo, julgado incapaz de uma participação consciente, deveria ser afastado das decisões, ficando estas a cargo de indivíduos mais preparados, capazes de escolher racionalmente o que mais convém ao povo. A liberdade considerada um mal, porque é fonte de abusos, deveria, portanto, ser restringida, a bem da ordem e da paz social. A igualdade, por sua vez, não poderia ser aceita, pois os governantes, que sabem mais do que o povo e trabalham para ele, devem gozar de todos os privilégios, como reconhecimento por seus méritos e sua dedicação. Quanto à organização do Estado e do governo, é preciso que exista uma forma rígida, para que se assegure o máximo de eficácia do Estado (DALLARI, 2016, p. 300).

Lamentavelmente, as decisões democráticas tomadas para o Estado nos últimos séculos levam inevitavelmente para o fim da própria democracia, de modo que o melhor é trabalhar para superar as dificuldades decorrentes do exercício democrático.

Como proposta de superação do modelo de Estado Democrático, Dallari registra a necessidade de eliminação de rigidez formal, esclarecendo que é contrária a ideia de Estado democrático ter que se moldar a uma lógica pré-estabelecida.

O Estado Democrático depende de várias condições, que atendam à concepção de valores fundamentais em um determinado espaço e tempo, variáveis de povo para povo. Logo, impossível falar-se em uma lógica universal fixada para todos os locais (DALLARI, 2016).

Esse ponto já encontra resistência na lógica globalizante, de adoção de um modelo imposto para atendimento ao mercado, pensado por instituições que não participam da realidade popular.

Para Dallari (2016), a prevalência da vontade do povo é crucial para que se fale em democracia, sendo inadmissível, por melhor que seja a intenção, que a pauta interna seja ditada por organismos externos.

Isso porque pensar em autogoverno pressupõe que as decisões fundamentais do Estado sejam tomadas a partir dos próprios governados.

O povo é, em sua essência, uma unidade heterogênea, de modo que reconhecer sua vontade autêntica não é tarefa das mais fáceis.

Mas alguns pontos podem ser considerados para se verificar a vontade popular, a começar pela necessidade de que a manifestação de vontade ocorra, de forma livre, após a mais ampla divulgação de ideias e debates adequados sobre a questão.

Para tanto, faz-se necessário que Estado garanta a liberdade de expressão, devendo haver cuidado para garantir que todas as vozes sejam externadas, evitando-se que a opinião popular seja artificialmente influenciada por aqueles que tiverem maior possibilidade de divulgação e alcance.

O espaço democrático deve, portanto, apresentar as diversas soluções para os problemas enfrentados pela sociedade e capacitar os indivíduos para que reflitam, racionalmente, sobre as consequências próximas ou remotas de determinada decisão política, de modo que cada um possa se envolver nessa tomada de decisão de forma consciente, tanto individualmente, quanto coletivamente (SOARES, 2017).

Outro ponto é a garantia do exercício da liberdade, que na lógica democrática não significa apenas da liberdade individual, mas da liberdade do homem enquanto ser social, comprometido com a coletividade e não apenas com interesses pessoais.

Do mesmo modo, o exercício da igualdade não diz respeito apenas à igualdade formal⁹, mas, principalmente, à igualdade de oportunidades a bens e serviços, por meio da concretização do mínimo existencial, o que é possível por meio da universalização dos direitos humanos que tragam dignidade para os indivíduos.

Há, ainda, a caracterização do direito ordenamental do Estado pelo pluralismo de ordenamentos superiores, fazendo emergir um novo jus cogens internacional materialmente informado por valores, princípios e regras universais, gradativamente plasmados em declarações e documentos internacionais (SOARES, 2017, p. 161).

A esse indivíduo, dá-se o nome de cidadão, eis que atua como sujeito político, com autonomia ativa, participante dos procedimentos democráticos, participativo dos diversos papéis políticos que impliquem seu destino social.

Neste tipo de Estado, a garantia e concretização dos direitos fundamentais permite aos seus titulares exercer plena, efetiva e socialmente a cidadania ativa do Estado, ao

⁹ As distinções de nascimento, classe social, educação e ocupação não são políticas, pois o Estado capitalista permite que elas operem livremente na sociedade, intocadas pelo princípio da igualdade política, que é meramente formal. Na democracia liberal, a igualdade política entre os indivíduos, meramente formal, engendrou uma sociedade desequilibrada. A livre concorrência favoreceu o acúmulo de bens pela burguesia em detrimento dos segmentos proletarizados (SOARES, 2017, p. 168).

satisfazer uma parte decisiva da função de integração, organização e direção jurídica da Constituição.

A cidadania ativa no Estado democrático de direito pressupõe um cidadão político, capaz de influir concretamente na transformação da sociedade e apto a fazer valer suas reivindicações perante os governantes, mediante ação política deliberativa (SOARES, 2017, p. 159)

Nesse sentido, o cidadão deve questionar os modelos tradicionais liberais e sociais, resgatando uma identidade participativa, em que o Estado Democrático de Direito se apresenta como pano de fundo para o exercício da democracia de identidade, com a necessidade de se conhecer os valores que norteiam aquela comunidade política, para que o exercício democrático corresponda a sua vontade.

Nesse cenário dialógico, o princípio da representatividade só se faz justo quando vinculado aos valores da comunidade.

Cabe, entretanto, observar a discrepância entre a teoria idealizada e o mundo real, em termos de representação política.

Ora, o princípio da representatividade continua sendo o exercício do mandato outorgado, porém, não de forma privada, mas, de forma pública.

O representante, que deveria agir em nome do povo e para os interesses desse, adquire autonomia.

Ainda que se fale em eleições periódicas que permitam continuidade ou mudanças, há um padrão que parece ter sido pré-definido e que posteriormente é apenas legitimado por meio das eleições.

O que antes era temido apenas pela influência da academia e da mídia na formação de uma ideologia dominante, na contemporaneidade conta com a lógica dos algoritmos, que se utiliza de plataformas tecnológicas que, por meio dos engajamentos e sugestões, induzem o usuário a navegar entre informações amarradas, que formam sua opinião, especialmente em razão da repetição e continuidade no tempo.

A partir das preferências dos usuários, novas informações no mesmo sentido são disponibilizadas, não importando seu conteúdo: se são justas, éticas ou verdadeiras.

Trata-se do que o cientista político Giuliano da Empoli denomina de engenharia do caos, afirmando que existem especialistas em tecnologia trabalhando para aqueles que almejam, a qualquer custo, o poder.

Tais especialistas, com muita inteligência e sofisticação, fazem com que a mensagem que pode favorecer a determinado político chegue adequadamente aos usuários.

Consiste na tecnopolítica que compromete fortemente a vontade democrática, vez que essa deixa de ser livre e passa a ser direcionada por uma vontade desconhecida (EMPOLI, 2019).

Nesse aspecto, há um paradoxo a ser enfrentado, que consiste no fato de que o exercício do sufrágio se dá diante da regra da maioria, que reconhece que a vontade geral se concretiza pelo maior número possível de cidadãos que depositam confiança em determinado representante (SOARES, 2017).

No entanto, a vontade da maioria pode estar viciada por algo que esta ignora, em razão do acesso falacioso a enxurradas de informações, promovidas por um estilo de vida altamente conectado e pelo constante reforço nas crenças pré-estabelecidas.

Assim, tem-se o desafio de conhecer essa realidade para que o Estado Democrático de Direito e o exercício democrático se reinventem, dependendo de uma nova engenharia, capaz de democratizar as forças políticas exercidas pelos detentores de poder, utilizando-se de mecanismos de eleição que favoreçam a máxima participação popular.

Para tanto, o Estado deve propiciar transparência o suficiente do processo democrático, mas, principalmente, garantir a sua compreensão, o que só é possível mediante adequada distribuição de renda e acesso à informação transparente, inclusive sobre os bastidores que pautam as tomadas de decisão.

A ideia mestra da nova cidadania, na perspectiva do Estado democrático de Direito no constitucionalismo global, consiste na participação de todos os segmentos sociais no processo de desenvolvimento e promoção social, abrangendo a distribuição de bens materiais e imateriais indispensáveis à existência socialmente digna, a proteção dos interesses difusos e individuais, o controle do poder político, a administração da coisa pública e a proteção dos interesses transnacionais (SOARES, 2016, p. 150).

Nesse sentido, o Estado precisa ocupar-se em densificar os direitos fundamentais, escolhidos como valores pela comunidade.

Alguns desses valores aparecem como preocupação global, como a pauta dos direitos humanos ou a proteção de recursos e meio ambiente; mas isso não afasta a necessidade de que cada carta constitucional procure estabelecer sua identidade política e cultural, para que se alcance a estrutura normativa básica reguladora do agir estatal.

A teoria das constituições modernas, assim, revela-se como uma fórmula que considera a democracia como instituição representativa e majoritária, mas que deve limitar e garantir um núcleo essencial, imutável, contra majoritário, que proteja os direitos fundamentais de seu povo das decisões tomadas por majorias que estejam temporariamente no poder.

A dificuldade consiste em determinar qual seria esse núcleo duro de direitos fundamentais, dada a heterogeneidade da formação de um povo, especialmente quando se fala em povos colonizados.

Para tanto, é necessário que os olhares se voltem para a realidade estatal, na tarefa de decifrar quem é o seu povo e quais são os seus valores norteadores, a fim de que se estabeleça o diálogo constante e necessário no âmbito estatal para alcance e concretização deles, sem a necessidade de se buscar adequar a uma identidade globalizada e imposta, mas aquela construída a partir do seu processo histórico (MAGALHÃES, 2015).

O novo constitucionalismo latino-americano preconiza o pluralismo jurídico, para se alcançar direitos que façam sentido político, social, histórico e cultural para determinado povo, em vez de encerrar a discussão no voto ou na norma posta, defendendo a possibilidade de composição por meio de consensos construídos a partir de uma perspectiva plural.

A lógica desse novo constitucionalismo se ergue a partir da crítica ao constitucionalismo moderno, que depositou nas constituições nacionais a segurança das relações jurídicas e, para isso, entendeu ser necessária a previsibilidade, o respeito aos contratos, a proteção a propriedade privada, segundo uma lógica liberal, que garante liberdade de expansão segura dos negócios dos burgueses (MAGALHÃES, 2015).

Nessa perspectiva, o direito existe para padronizar, homogeneizar e coibir qualquer alternativa.

A lógica da maioria se faz presente por meio do voto, que finaliza qualquer discussão. Ainda que se fale em respeito das minorias, esse respeito se dá segundo os valores estipulados por aqueles que estiverem no poder.

Tanto assim o é que em suas bases históricas o direito de voto foi exercido mediante o voto censitário, que já excluía da tomada de decisão aquele que não tivesse propriedade.

Estabeleceu-se, assim, um modelo democrático que já nasceu excludente e mesmo depois, com o advento do voto universal, conquistado a partir das lutas sociais do século XIX, conseguiu manter determinada classe no poder.

O apontamento interessante dos novos constitucionalistas diz respeito à ideia de impermanência, mudança e instabilidade que a democracia carrega, naturalmente.

Ao mesmo tempo, a modernidade pretendeu que essa democracia fosse exercida diante da estabilidade, segurança e permanência que o constitucionalismo representa.

Logo, uma sociedade livre e democrática, onde os destinos desta sociedade sejam fruto da vontade das pessoas que integram esta mesma sociedade, será uma sociedade

em permanente processo de transformação. A sociedade democrática é uma sociedade de risco na medida em que é uma sociedade em mutação permanente.

Temos então a equação do constitucionalismo democrático moderno. A tensão permanente entre democracia e constituição; entre segurança e risco; mudança e permanência; transformação e estabilidade. A busca do equilíbrio entre estes dois elementos, aparentemente contraditórios, é uma busca constante. Democracia constitucional passa a ser construída sobre esta dicotomia: transformação com segurança; risco minimamente previsível; mudança com permanência.

Importante lembrar que esta teoria, esta tensão entre democracia e constituição, se constrói sobre conceitos específicos: constituição como busca de segurança e, portanto, como limite às mudanças. O papel da constituição moderna é reagir as mudanças não permitidas. Já, a democracia, é entendida como democracia majoritária representativa (MAGALHÃES, 2015, p. 368).

Para alcançar o ideal democrático, as constituições modernas estabelecem critérios de alteração que sejam rígidos o suficiente para garantir segurança, mas não tão rígidos a ponto de inviabilizar mudanças necessárias exigidas pelo seu próprio povo, a ponto de não conseguir se viabilizar ou permanecer no tempo.

Entretanto, as transformações sociais acontecem independentemente das mudanças constitucionais.

E, em algum momento do processo histórico, as mudanças sociais são tantas que a constituição vigente perde o significado, o que pode ensejar uma ruptura. Entretanto, nestes tempos sombrios, pode viabilizar um regime de exceção.

A crítica à democracia representativa majoritária aparece na forma como as decisões são tomadas dentro dessa perspectiva constitucional.

Preconiza-se a ideia de uma democracia participativa, em que o povo discutiria amplamente as tomadas de decisão dentro do Estado.

No entanto, essa discussão, em geral, se encerra por meio do voto, que põe fim ao debate.

O exercício do contraditório não tem por objetivo a construção de uma solução comum, mas a escolha do melhor argumento.

E toda a razão necessária para que se tomem decisões que atendam à coletividade é substituída pela emoção em garantir a vitória de interesses parciais ou individuais, de modo que o exercício político acaba por ser parcial (MAGALHÃES, 2015).

Se o importante é vencer, se o importante é que o melhor argumento vença, não há nenhuma disposição para a composição, para ouvir o outro. No lugar de um diálogo direto entre duas perspectivas visando a composição, o aprendizado com o outro, ou a construção de um consenso onde todos ganhem, no processo majoritário estas perspectivas passam a ser mostradas, apresentadas de forma isolada, de forma a convencer não o outro, mas o juiz final, que se manifestará pelo voto

A democracia consensual, dialógica e não hegemônica parte de outros pressupostos e outra compreensão do papel da democracia e da constituição, assim como dos direitos fundamentais (MAGALHÃES, 2015, p. 371).

A proposta do novo constitucionalismo se funda não mais na ideia de democracia representativa majoritária, mas na democracia consensual.

Mas, para isso, exige-se uma mudança de postura sobre o papel do próprio Estado, que deve ser predisposto ao diálogo e composição e não a uma lógica dominante.

Percebe-se que a lógica do Estado moderno pautou-se na construção de homogeneidades que desconsiderou as particularidades e processos históricos e culturais que formam um povo e construiu consensos prévios que foram impostos uniformemente para todos, tais como a linguagem, a gramática, os sentidos, os espaços, os símbolos, as relações sociais, pessoais e econômicas e, claro, o direito (MAGALHÃES, 2015).

Restrepo (2014) assinala que o Estado Moderno se ergueu sobre a ilusão de legitimidade em seu povo, mas, para que seu objetivo de dominação fosse alcançado, houve a necessidade de anular o seu próprio povo.

Entretanto, povo é um conceito dinâmico, ao passo que o Estado Moderno sempre buscou a estabilidade.

Enquanto o embate pelos interesses do povo pressupõe conflitos, a modernidade cuidou de utilizar-se do direito para dirimir os conflitos, ignorando as realidades sociais. Assim, para Restrepo (2014), o poder dominante se utiliza dos textos normativos para estabilizar a ordem que o interessa.

É o que se chama de encriptação do poder, que se utiliza de um dos instrumentos mais fortes de dominação, a coerção que legitima o direito, para impedir verdadeiras manifestações democráticas, sob o argumento de se evitar conflitos.

O povo, nesse sentido, não é sequer considerado como sujeito, mas como simples meio e exclusões ficam maquiadas em supostas políticas de promoção de igualdade.

Para Magalhães (2013), o direito ao voto conduz à ideia de respeito democrático quando, na verdade, serve para interromper um debate, na busca por uma decisão.

Nessa perspectiva, deve-se considerar a formulação de proposições provisórias para a formação de um argumento, não com o intuito de vencer o outro, mas de expor necessidades reais, em uma relação em que todos podem ganhar ao máximo, em vez de uns ganharem e outros cederem, com o intuito de por fim a uma discussão.

Os consensos construídos são, portanto, sempre provisórios, não hegemônicos, e não majoritários. A necessidade de decisão não pode superar a necessidade da democracia.

Daí posturas novas precisam ser inauguradas. A postura não hegemônica deve ser seguida por uma postura de construção comum de novos argumentos. Não se trata, portanto, nem da vitória do melhor argumento, nem de uma simples fusão de argumentos, mas de novos argumentos que se constroem no debate. Não é possível compreender uma democracia consensual com os instrumentos, pressupostos e posturas de uma sociedade de competição permanente. Nenhum consenso se pretende permanente, não só pela dinamicidade da vida, mas também pela necessidade de decidir sem que haja um vencedor, ou seja, sem que seja necessária a construção de maiorias (MAGALHÃES, 2015, p. 372).

E assim a proposta de compreensão dos direitos fundamentais deve ser compreendida como um processo democrático permanente, construído a partir da revelação de necessidades constantes e atuais, sem que o Estado ou a Constituição reajam de modo a inviabilizar essa construção ou a entenda como algo já concluído e acabado num texto positivado.

A emancipação não ocorreria, portanto, a partir de uma lógica global, mas a partir de pequenos e constantes contextos de dissensos, capazes de desvelar as necessidades do povo, em vez de ocultá-las em narrativas normativas estabilizadoras de satisfação de alguns interesses.

7 INTEGRAÇÃO VERSUS RESISTÊNCIA DEMOCRÁTICA

No âmbito do Direito Internacional, os acordos celebrados entre Estados seguem o princípio do *pacta sunt servanda*, no sentido de que os Estados soberanos expressam sua vontade e acertam os termos que irão vigorar em suas relações internacionais.

Tais acordos têm repercussão também na ordem interna e influenciam diretamente a vida do indivíduo e, por vezes, o que ficou acordado outrora não se coaduna mais com a vontade de um determinado povo.

Sabe-se que para se internalizar um tratado de Direito Internacional, faz-se necessário ser referendado pelo Congresso Nacional (Brasil) ou diretamente pelo povo (em alguns Estados da União Europeia).

No entanto, caso esse tratado esteja incorporado e em vigor no ordenamento jurídico interno, pode acontecer de o povo não mais concordar com o texto aprovado e, pelos mais diversos motivos. Nesse sentido, o Estado deveria denunciar o tratado.

A norma do *pacta sunt servanda*, consagrada como o fundamento de aceitação do Direito Internacional Público, leva em consideração a vontade do Estado ao ratificar um tratado internacional, que, uma vez ratificado, deve ser cumprido de boa-fé, no rumo do propósito para o qual foi criado, dando, portanto, normatividade concreta ao tratado.

O *pacta sunt servanda*, portanto, permite que o Estado manifeste sua vontade, no livre exercício de sua soberania, ao mesmo tempo em que impõe o dever de respeito e cumprimento ao que foi pactuado.

É que a sociedade internacional depende da boa-fé dos Estados no cumprimento das normas de Direito Internacional, para manter a harmonia e boa relação entre os povos (MAZZUOLI, 2011).

Tal entendimento foi o estampado na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, em seu artigo 26.

E foi além do *pacta sunt servanda* ao estabelecer a imperatividade das normas de Direito Internacional – *jus cogens*-reconhecidas pelos Estados, impedindo, em regra, a sua derrogação (artigos 53 e 64).

Para ter vigência no âmbito interno, no caso brasileiro, a Constituição da República prevê a necessidade de aprovação perante o Congresso Nacional, onde estão os representantes do povo.

Não obstante, nem sempre é possível notar correspondência entre o que é ratificado pelo Estado e o que o povo, em sua ordem interna, deseja.

Observou-se esse fenômeno, por exemplo, no âmbito da própria União Europeia, diante da consulta popular feita aos gregos em relação às imposições econômicas colocadas pelo Conselho ao Estado Grego: o povo grego optou por rejeitar as imposições comunitárias e, entretanto, na prática, prevaleceu o Tratado da União Europeia.

Ao se levar em conta o *pacta sunt servanda* em detrimento da vontade popular, percebe-se uma afronta à democracia. (MÜLLER, 2010).

Logicamente, o procedimento para internalizar os tratados internacionais encontra-se previsto nos textos constitucionais, e o povo é tido não apenas como o destinatário da norma, mas, sobretudo, o legitimador da norma – povo-constituição -, pois todo o poder emana do povo.

Nessa linha de argumentação, no caso de ratificação de acordo internacional que não corresponda a vontade popular, surge um imbróglio entre os princípios do *pacta sunt servanda* e da soberania popular e esta deve ser observada, prevalecendo sobre o primeiro princípio.

Ora, considerando que a norma internacional, quando ratificada, passa a vigorar no plano interno e considerando que, por vezes, é possível que esta norma não coadune com os anseios do povo, faz-se necessária a investigação da manutenção da democraticidade, uma vez que, no âmbito do Direito Internacional, a quebra do *pacta sunt servanda* tem implicações para além das fronteiras, ao mesmo tempo em que esta complexidade dos sujeitos não pode servir de escopo para afrontar a vontade popular.

A preocupação é pertinente em razão das pressões que grupos econômicos podem fazer diante do Estado, para manutenção de seus privilégios e poder, de modo a mitigar a própria soberania do Estado, que não atende aos anseios do povo.

Na tensão constante entre sujeitos de Direito Internacional, deve-se priorizar o ser humano, destinatário final das normas internacionais, com a preservação dos valores democráticos.

A natureza pragmática do presente tese se faz notória ao se verificar casos de conflito entre o *pacta sunt servanda* e a vontade popular, como o acontecido recentemente com a Grécia, no âmbito da União Europeia, que, mesmo após a consulta popular que legitimou a negativa de aceitação das imposições de políticas econômicas do Conselho, acabou por ceder, para não comprometer a unidade e força do bloco econômico.

A integração dos Estados e a interdependência econômica evidenciam a hegemonia de alguns posicionamentos, especialmente econômicos.

A soberania, considerada o atributo essencial do Estado, hoje está mitigada e deve ser compartilhada.

Assim, percebe-se, cada vez mais, a elaboração de acordos internacionais, que facilitam as relações entre os Estados, ao mesmo tempo em que mitigam a soberania, num novo arranjo de contrato social, em que se busca mais direitos.

E a fim de garantir a aplicação desses acordos internacionais, cada Estado deve internalizá-lo, segundo cada ordenamento jurídico, de modo a fazer valer no âmbito interno aquilo que foi decidido internacionalmente.

Para garantir a democraticidade dessa tomada de decisão internacional, o ordenamento jurídico impõe que o acordo deva passar pelo crivo do Poder que representa o povo. É o caso, por exemplo, do Brasil, que prevê a aprovação pelo Congresso Nacional dos Tratados Internacionais celebrados. Assim, o povo participa dessa tomada de decisão, por meio de seus representantes, quando da internalização do Tratado.

Ocorre que é possível que, após a vigência interna, a vontade popular mude, de forma a não encontrar mais ressonância no acordo outrora celebrado. Foi o que aconteceu, recentemente, na Grécia que, embora tenha assinado os Tratados relativos a formação da União Europeia e que, portanto, dela faz parte, acabou decidindo, por meio de consulta popular, a adotar modelo econômico diverso do que era orientado pela comunidade. Não obstante, a pressão da União pela manutenção da integridade do bloco acabou sendo mais forte que a própria soberania popular, o que demonstrou que, nesse caso, o *pacta sunt servanda* prevaleceu sobre a democracia interna.

Ou, de modo menos ostensivo, pode-se trazer o exemplo do Consenso de Washington, firmado em 1989, embasado num modelo neoliberal de ajuste de orçamento e despesas estatais e que, após colocado em prática na América Latina, foi tacitamente rechaçado pelo povo que em países como o Brasil acabou por escolher um governante ideologicamente contrário ao modelo econômico idealizado no acordo. Não seria essa uma manifestação popular de desconformidade com as decisões tomadas pelo Estado no âmbito internacional?

O ponto alto dessa discussão está em trazer para o debate os apontamentos de Müller sobre o que é o povo. Ora, a legitimidade da lei é retirada da soberania popular por meio do sistema representativo e continua sendo o meio viável, notadamente em um Estado de dimensões continentais como o Brasil, de grande densidade demográfica, em que a representatividade acaba por ser a solução democrática (MULLER, 2010, p. 87).

Daí que Muller inclusive trata em sua obra que um dos sentidos possíveis para “povo” seria o povo-constituição, já que as Constituições dos Estados modernos tem tratado o povo como legitimador do sistema jurídico e político. Trata o povo como o atribuidor de legitimidade, já que as Constituições afirmam que todo o poder emana do povo e que este

mesmo povo elege seus representantes para o Parlamento, que fica incumbido da criação de normas gerais e abstratas, que vincularão o próprio povo (MULLER, 2010, p. 60).

Tudo isso forma uma espécie de ciclo (Kreislauf) de atos de legitimação, que em nenhum lugar pode ser interrompido (de modo não democrático). Esse é o lado democrático do que foi denominado estrutura de legitimação.

[...] Parece plausível ver nesse caso o papel do povo de outra maneira, como instância global de atribuição de legitimidade democrática. É nesse sentido que são proferidas e prolatadas decisões judiciais em ‘nome do povo’ (MULLER, 2010, p. 60).

Ocorre que a crise da representatividade pode ser verificada no próprio Muller, quando ele trata do povo como destinatário das normas civilizatórias do Estado, em que os bens e serviços do Estado devem ter como destinatário o próprio povo, o que tem uma abrangência maior do que a de povo legitimador dos atos do Parlamento. É o que diz:

O povo como instância de atribuição está restrito aos titulares da nacionalidade, de forma mais ou menos clara nos textos constitucionais; o povo ativo está definido ainda mais estreitamente pelo direito positivo (textos de normas sobre o direito a eleições e votações, inclusive a possibilidade de ser eleito para diversos cargos públicos). Por fim, ninguém está legitimamente excluído do povo-destinatário; também não e.g. os menores, os doentes mentais ou as pessoas que perdem temporariamente os direitos civis (MULLER, 2010, p. 79).

É dessa noção de povo-constituição e de povo como destinatário das normas civilizatórias que surge a inquietação a respeito da desconsideração dessa vontade popular em momento posterior a elaboração e aceitação dos tratados internacionais.

A vontade popular não deveria ser observada em todas as fases da construção do ordenamento jurídico, sendo considerada, inclusive, quando contrária ao que já está posto? Não seria esse o pressuposto?

O mundo está em constante modificação, sofre influências do fenômeno da globalização e o poder¹⁰, exercido pelos Estados, toma outros rumos. No entanto, a luta pelo poder continua sendo a grande característica da sociedade internacional¹¹.

¹⁰ Poder do Estado: “poder de associação que há de cuidar dos seus fins comuns e que ordenará e dirigirá a execução de suas ordens por toda a unidade, cujos destinatários são os homens”. (SOARES, 2008, p. 89).

¹¹ Sociedade Internacional: Conceito utilizado para definir as relações dos sujeitos de direito internacional, como relações baseadas na racionalidade e no interesse econômico e militar. Não há identidade cultural, histórica ou afetiva na sociedade internacional, uma vez que as relações só se mantêm enquanto forem produtivas para os sujeitos de direito internacional. Contrapõem-se a esse conceito as relações da denominada “comunidade internacional” que seria baseada na identidade dos povos e na sua ligação histórico-cultural. A doutrina realista, do direito internacional, afirma que não há, no mundo, relação internacional que não seja baseada no interesse. (DINH; DAILLIER; PELLET, 2003, p.37).

O princípio da igualdade soberana dos Estados¹², defendido pelo direito internacional, não soluciona os conflitos reais oriundos da desigualdade entre eles, uma vez que o objetivo de cada Estado é aumentar a sua quota de poder mundial através da conquista de poder de outros Estados. (MORGENTHAU, 2003, p. 42). E, muitas vezes, nessa luta desleal, a vontade de um determinado povo acaba sendo mitigada pelo poder exercido pelo próprio Direito Internacional.

O poder, nas relações internacionais, manifesta-se através da demonstração da capacidade de um Estado de impor suas vontades, na busca de resultados que aumentem a sua influência internacional. Além disso, o poder se for bem administrado, cria metas e define quais são os debates mais importantes, de serem realizados entre os sujeitos de direito internacional. Finalmente, o poder ainda tem a capacidade de definir as escolhas e interesses de aliados e inimigos, na convivência internacional.

Ocorre que conforme demonstrado em capítulo anterior, a manifestação desse Poder se deu, até então, pela lógica da democracia representativa. A formulação de Montesquieu para que houvesse um Poder capaz de manifestar a vontade do povo foi desenvolvida segundo a lógica da modernidade, como já apontado, que buscou estabilizar as relações por meio de constituições, nas quais estariam o núcleo duro de direitos fundamentais e, inclusive, a própria organização e limitação do poder do Estado, apontando o funcionamento desses Poderes.

Assim, em que pese a participação do Poder Legislativo, representante do povo, nas tomadas de decisão internacional, sabe-se que a forma da tomada de decisão se dá por uma lógica da maioria, que carrega consigo todos os conceitos modernos, inclusive, da defesa de interesses parciais em detrimento do interesse coletivo.

Como já dito, o Estado de Direito surge em razão da consagração dos direitos fundamentais ligados à liberdade individual, de modo que se alicerçou nos princípios da separação dos poderes e no princípio da legalidade, com nítida distribuição de funções dentro do Estado e controle de um poder pelo outro, por meio da submissão à lei.

Mário Lúcio Quintão Soares explica, inclusive, que “o Estado democrático de Direito enquanto comunidade do povo consiste em uma comunidade de valores ou unidade ideal política” (SOARES *in* VIEIRA, 2008, p. 143).

É possível notar que a palavra “poder” ganha, inclusive, significado mais complexo a partir dessa nova roupagem estatal. É o que explica André Del Negri:

¹² Princípio de igualdade soberana dos Estados: A doutrina do direito internacional reconhece que todos os Estados são iguais perante a lei, independente das óbvias desigualdades existentes no mundo real. O princípio da igualdade soberana dos Estados está previsto no artigo 2º da Carta das Nações Unidas. (MACLEAN, 1997, p.74).

Apesar de já ter sido ligado à divindade, não há razão para se pensar que o poder esteja longe dos homens, seja coletiva ou individualmente.

[...]

Esse poder, no entanto, perde a dimensão de fonte inatacável no momento em que é chamado a confrontar-se com as pretensões democráticas de legalidade e legitimidade. Nas palavras de Hermann Heller, “por razões técnicas, o poder do Estado é, pois, sempre legal, isto é, poder político juridicamente organizado”. Dessa forma, deduz-se que o poder do Estado com sua denominada autoridade “baseia-se unicamente na sua legalidade enquanto esta se fundamenta na legitimidade” (DEL NEGRI, 2008, p. 43).

Assim, originalmente, poder estava ligado à ideia de imposição. Porém, contextualizando-o, inclusive com a Constituição brasileira de 1998, percebe-se que o poder agora tem um condão social, passível de crítica e distinções através do diálogo. É o que reforça Del Negri:

O que emerge dessa reflexão é que a palavra poder não tem os significados de violência que lhe deram a história ou que lhe possam dar alguns estudiosos tardios da modernidade, uma vez que poder, para nós, é sinônimo de supressão do diálogo, e, portanto, não encontra mais acolhida na pós-modernidade que preza a quebra da tradição e da autoridade. Daí a necessidade de a palavra sofrer um metamorfoseamento e passar a ser utilizada, neste livro, no sentido de dever, de respeito à lei escrita criada pelo Povo como legitimador do ordenamento (povo como instância global de atribuição da legitimidade democrática) ou, ainda, com a denominação de atividade ou função (atividade constituinte, atividade legislativa, função estatal, atividade jurisdicional), a fim de fugir da aplicação nomenclatural do autoritarismo dos órgãos dirigentes, legiferantes e judicantes de um Estado. Com efeito, sem querer reduzir a complexidade dos estudos, o Estado, para nós, é uma Instituição subsumida pelo Direito, dentro de um determinado território. O Estado, dessa forma, é mais uma Instituição que se legitima na Constituição. Do contrário, se o Estado não se restringe a obedecer aos limites constitucionais, haverá uma extrema arbitrariedade e também uma superioridade do Estado sobre o indivíduo, tomando características de um Estado hegeliano (os fins são mais importantes que os meios), o qual não obtém a soberania do Povo, mas de si próprio, que vê os cidadãos apenas como um componente de formação estatal, o que, do ponto de vista da Sociedade Aberta é algo que deve ser afastado para se evitar um retorno à sociedade fechada na qual o Estado é tudo e o indivíduo é nada (DEL NEGRI, 2008, p. 45).

A supremacia da lei nasce, então, como reflexo da queda do absolutismo vivenciado, superado pela vontade popular exercida por meio do Poder Legislativo. O Poder Legislativo é, portanto, tido como o poder soberano, já que representa o titular do Poder: o povo.

Para avaliar corretamente o princípio da legalidade e captar-lhe o sentido profundo cumpre atentar para o fato de que ele e a tradução jurídica de um propósito político: o de submeter os exercentes do poder em concreto - o administrativo - a um quadro normativo que embargue favoritismos, perseguições ou desmandos. Pretende-se através da norma geral, abstrata e por isso mesmo impessoal, a lei, editada, pois, pelo Poder Legislativo - que e o colégio representativo de todas as tendências (inclusive minoritárias) do corpo social garantir que a atuação do Executivo nada mais seja senão a concretização desta vontade geral.

O princípio da legalidade contrapõe-se, portanto, e visceralmente, a quaisquer tendências de exacerbação personalista dos governantes.

Opõe-se a todas as formas de poder autoritário, desde o absolutista, contra o qual irrompeu, ate as manifestações caudilhescas ou messiânicas típicas dos países subdesenvolvidos. O princípio da legalidade e o antídoto natural do poder monocrático ou oligárquico, pois tem como raiz a ideia de soberania popular, de exaltação da cidadania.

Nesta ultima se consagra a radical subversão do anterior esquema de poder assentado na relação soberano-súdito (submisso) (MELLO, 2013, p. 103).

A lei detém, dessa forma, o posto de garantia, de segurança jurídica e de limitação do poder estatal. É considerada expressão da vontade popular, vale dizer, a voz do povo, titular do poder e é daí que retira sua legitimidade:

Os textos normativos significam a manifestação da vontade popular, já que emanados dos representantes do povo legitimamente constituídos. Desse modo, a soberania popular implica legitimação do Direito; revela o Direito como criação irresistível, posto que legitimado pelos próprios destinatários, Neste ponto, pode-se vislumbrar claramente uma primeira ressalva, afinal, constata-se de forma corriqueira que o império da lei “legitimado” pela soberania popular, frequentemente não corresponde à própria vontade popular. Visualiza-se, em nosso ordenamento e em outros tantos, que há uma crise no chamado pressuposto de representatividade, ou seja, embora a lei retire da soberania popular sua legitimidade, há um claro problema relacionado à representação que, corriqueiramente, de forma paradoxal, não corresponde à vontade do próprio representado – abala, dessa forma, a própria noção de soberania popular e implica a relativização do conceito de lei com vontade geral do povo (NOLASCO *in* CASTRO, 2012, p. 45).

Nota-se que, muito embora a lei emane do órgão tido como representante do povo, muitas vezes não existe uma real correspondência, notadamente em razão da chamada crise da representatividade. Ora, “o povo só pode ser legitimamente representado, quando o princípio da representação, como forma de dominação, vincula-se aos valores desta comunidade política ideal” (SOARES *in* VIEIRA, 2008).

Como já abordado, o Estado moderno não nasceu democrático, uma vez que ascenderam ao Legislativo, quando do advento do Liberalismo, os representantes de uma classe única: a burguesia. Desde então, já se constatava a falta de relação entre a vontade da lei e a vontade popular. Somente após as lutas de classe ocorridas no fim do século XIX e com a conquista do sufrágio universal, é que se pode ter uma maior participação popular na formação da lei.

É o que lembra José Luiz Quadros de Magalhães:

O Constitucionalismo não nasceu democrático. Nascido na forma liberal, o constitucionalismo visava a construção de um espaço de segurança jurídica e de proteção da esfera de decisão individual. Segurança, propriedade privada e privacidade são as palavras que identificam o constitucionalismo liberal. Este não nasceu democrático e os direitos fundamentais, nas suas constituições protegidos, eram para poucos. Os direitos políticos eram assegurados apenas para homens, proprietários e ricos.

Dentro do conceito da época, a constituição seria incompatível com a democracia majoritária uma vez que aquela visava proteger o direito e a vontade de cada

indivíduo, enquanto esta, representaria a vontade do coletivo majoritário sobre o minoritário e logo sobre a vontade individual.

A fusão entre democracia e constituição ocorreu apenas na segunda metade do século XIX, quando então, por força dos movimentos operários e dos partidos de esquerda conquistou-se primeiramente o voto igualitário masculino, para depois de algum tempo, gradualmente, conquistar-se o sufrágio universal com o voto igualitário e o fim da discriminação de gênero. Esta fusão entre democracia e constituição trouxe a importante noção de “democracia com segurança” que se transformou com o tempo, na ideia de que, a vontade da maioria tem limites de decisão, estabelecidos na obrigatoriedade de respeitar os direitos das minorias e no núcleo duro de qualquer constituição: os direitos fundamentais (MAGALHÃES, 2011).

Apesar disso, pode-se afirmar que inexiste relação real entre a vontade do povo e a manifestação de seus representantes, já que estes traduzem, na prática, a vontade da maioria. Ademais, há um desvio da finalidade legal, já que a norma estabiliza as relações jurídicas, mas extrai sua normatividade da soberania popular, que na verdade, é dinâmica e diversificada (NOLASCO, 2012).

Há ainda outro fator que determina a crise da representatividade, que, como já tratado, consiste na influência do Poder Executivo na pauta do Poder Legislativo, de modo que, muitas vezes, o Poder Legislativo acaba por manifestar a vontade do governo e não a vontade do povo (NOLASCO, 2012).

Alguns Estados da América Latina caminham na tentativa de conferir maior coerência entre a produção normativa do Legislativo e a vontade popular por meio do reconhecimento da plurinacionalidade:

A América Latina vem sofrendo um processo de transformação social democrática importante e surpreendente. Da Argentina ao México os movimentos sociais vêm se mobilizando e conquistando importantes vitórias eleitorais. Direitos historicamente negados às populações indígenas agora são reconhecidos. Em meio a estes variados processos de transformação social, percebemos que cada país, diante de suas peculiaridades históricas, vem trilhando caminhos diferentes, mas nenhum abandonou o caminho institucional da democracia representativa, somando a esta uma forte democracia dialógica participativa (MAGALHÃES, 2011).

Embora não seja o Estado plurinacional o objeto de estudo, vale apontá-lo como uma forma de buscar maior legitimidade da lei, em razão da participação de grupos, o que é mais democrático que a vontade da maioria.

É o que leciona Muller sobre a implementação da democracia:

O discurso de legitimação de uma democracia não só obriga a mesma a ser democrática em seu conteúdo – abstraindo do fato de que o significado deste adjetivo “democrático” pode ser matéria de grandes controvérsias. Ele deveria, sobretudo, realizar também no seu próprio procedimento o que designa, deveria, portanto, ser correlativamente estruturado, i.e.: não formular afirmações em bloco, que se

imunizam contra a discussão, não apresentar-se qual dedução cogente, não falar por intermédio de resultados antecipados. Muito pelo contrário, a legitimidade – como também a normatividade jurídica – é um processo e não uma substância, uma essência ou mesmo qualidade de textos (MULLER, 2010, p. 86).

Diante disso, pode-se verificar que, na democracia brasileira, enxergar o povo como mero instrumento de legitimação faz com que o povo se torne algo metajurídico, tal qual o próprio rei absolutista.

A forma de se concretizar a democracia e efetivamente legitimar as normas é por meio do devido processo legislativo: aquele capaz de influenciar na construção das leis em sentido amplo. É o que conclui André Del Negri:

[...] o Estado na Democracia é estabilizador dos atos produzidos no espaço democrático (espaço demarcado pelas leis construídas em discursividade argumentativa testificável). Na sociedade moderna, fundada na racionalidade comunicativa, não se admite por parte do Estado (Administração Governativa) nenhum tipo de sobressaltos e afronta aos Direitos Fundamentais, pois ele é, senão, o próprio lugar de garantia jurídica da legalidade e legitimidade (DEL NEGRI, 2008, p. 46).

Isso porque, em verdade, na própria Constituição brasileira de 1988, pode-se verificar que a busca da soberania está no povo, como fonte de eficácia e legitimidade jurídica (LEAL, R., 2005).

Assim é que a lei, inclusive a Constituição, é fruto da soberania popular, que legitima as instituições, capazes de serem revistas, a qualquer tempo, pelo seu titular, qual seja, o povo.

A legitimidade democrática só é real se, do início ao fim, os processos forem democráticos. Qualquer interrupção não democrática desse ciclo importa em deslegitimação do processo (MULLER, 2010).

No Estado Democrático, também as funções Executiva e Judiciária se submetem à estrutura democrática e com ela devem ter comprometimento, respeitando os limites previamente normatizados. Não obstante, qualquer tentativa de ruptura da democracia autorizaria o direito de resistência, em razão da não legitimidade da norma, advinda unicamente da autoridade, mas não do processo democrático (AGAMBEN, 2004).

A fim de que o processo de formação da lei esteja minimamente em consonância com a democracia, é imperioso observar os princípios ligados ao processo constitucional.

Seria pela participação do povo que o Direito é criado e destituído, que estaria exercendo sua cidadania e, portanto, gerando decisões políticas ou normas democraticamente soberanas (DEL NEGRI, 2008).

É de se notar, portanto, que, para a criação de um ordenamento jurídico democrático, não basta o exercício do sufrágio e a eleição dos representantes; é necessário, antes de tudo, reconhecer a natureza dinâmica e diversa de formação de uma nação. Não se trata da simples oitiva dos movimentos populares, o que, claro, tem certo êxito na influência das decisões dos representantes parlamentares; trata-se, na verdade, de efetivamente buscar a legitimação das normas por meio da participação do povo, o que é possível quando observado o processo constitucional.

André Del Negri ressalta que o Direito deve ser construído segundo o ‘devido processo legislativo’ (princiologia construtiva da lei em contraditório e em simétrica e simultânea paridade), sob pena de se instalar um sistema tirânico (DEL NEGRI, 2008).

É que o Direito não nasce por geração espontânea; é construído pela humanidade diante das necessidades surgidas e, a partir delas, produzido para regular os interesses prevaletentes em cada época. Desse modo, a insatisfação da humanidade acaba por ser fonte de construção do Direito. Tanto é assim, que foi por meio dessa insatisfação que o Direito deixou de ser mera técnica de aplicação da vontade divina, exercida pelo monarca absoluto, para se tornar uma ciência ordenada pela consciência de atuação das estruturas formadas para assegurar a satisfação social (LEAL, R., 2011).

Ocorre que muitas das teorias explicativas do Direito não devem ser consideradas teorias científicas, já que revelam apenas posições dominantes em dado período histórico e não têm a característica de esclarecimento do Direito, por meio de “formulação e organização de ideias críticas a elucidar as contradições existentes na realidade jurídica produzida pelas diversas sociedades humanas” (LEAL, R., 2011, p. 22).

Daí porque Rosemiro Leal as denomina de doutrinas, fazendo um breve retrospecto sobre as doutrinas idealistas e racionalistas. Ao tratar da doutrina idealista, o autor aponta que:

Vemos que o idealismo jurídico funda-se em afirmações sobre mundos jurídicos das normas fora dos fatos e dos fenômenos humano-históricos, sob comandos de regras supostamente eternas e universais e concentradas no receptáculo da razão como dado contenedor desses comandos. O direito é, nessa hipótese, ora um dado racionalmente extraído de uma matriz que pode ser Deus ou a Natureza, ora é a própria razão um dado luminoso da revelação de Deus por inoculação do Justo e do Bem na gênese do homem.
De conseguinte, a mitificação do direito tem seu nascedouro na escola idealista [...] (LEAL, R., 2011, p. 23).

Quanto ao realismo jurídico, entende o autor ter surgido com o intuito de dessacralizar o idealismo jurídico, elevando a razão ao nível de produtora do direito e não de simples reveladora do direito já existente na natureza. Rosemiro Leal traduz o realismo jurídico como

uma tentativa de imposição por meio do ajuste lógico da razão dos estudiosos do direito à realidade da vida social:

O juiz seria, portanto, a fonte complementadora e ordenadora da realidade econômica e social como ente carismático, capaz de inatamente possuir e criar critérios do justo na solução dos problemas das desigualdades e aflições humanas. Essa intervenção, dita racional ou inteligente, no direito positivado na sociedade é que, sobre o invólucro humanista, pretendeu, com as mesmas vestes da razão deificada (estruturada por uma lógica de arquétipos, enteléquias, cânones, categorias puras) exorcizar o mito cósmico do idealismo, quando, ao contrário, o realismo jurídico nada mais estava fazendo do que trocar um mito por outro, onde, numa guinada antropomórfica, Deus assumiria a forma humana e desistira, a partir daí, de ser Deus (LEAL, R., 2011, p. 23).

Assim, ele conclui que, no fundo, idealistas e racionalistas seriam parceiros, havendo apenas a substituição da natureza pela razão, mas ainda com a característica de que os juristas seriam aqueles capazes de perceber o direito, seja na natureza, seja por meio da razão, e assim o revelarem, com a roupagem de verdadeiro direito.

André Cordeiro Leal destaca que o raciocínio supracitado pode ser utilizado de forma a preservar um sistema que pouco se preocupa com o questionamento:

Portanto, visando à preservação do sistema, a ciência do século XIX pôs-se a serviço e como fundamento da técnica destinada ao aparelhamento de um poder estatal regulador, o qual passava a se legitimar por aderência a finalidades ou a interesses e valores pretensamente sociais, e cuja problematização, no entanto, permaneceu silenciada (LEAL, A., 2008, p. 134).

E essa ideologia ainda é hoje reproduzida, como forma de preservar posicionamentos dominantes, mas que são incapazes de explicar a realidade jurídica como teoria científica, o que teria restado à Sociologia e não ao Direito (LEAL, R., 2011).

Daí o surgimento do novo positivismo, embasado no pensamento fenomenológico, voltado para a explicação por meio do conhecimento de formação das coisas, buscando o seu conteúdo fundamental, de modo que o próprio Direito poderia ser estudado desvinculado da história, mas com o foco em sua própria estrutura. O pensamento fenomenológico nasce como contraponto ao realismo jurídico, que interpreta o Direito à luz da experiência histórica e social, fazendo um estudo específico sobre o objeto, independentemente do contexto. No entanto, essa preocupação em isolar o objeto das interferências externas desencadeia um estudo tido por acrítico e acientífico (DEL NEGRI, 2008).

É o que ocorre no imperativo categórico de Kelsen (1979), conforme comparação de Rosemiro Pereira Leal:

Obrigações e Direito, em Kelsen, nascem do imperativo categórico das normas, sem que tais comandos dependam de outro esclarecimento senão o da existência da norma jurídica. Assim, a juridicidade seria um fenômeno jurídico criado pela norma e esta o elemento cartásico, dogmático e criador da realidade jurídica, isto é, uma realidade originada de juízos mentais e a-históricos e justificáveis pela lógica das conexões normativas (LEAL, R., 2011, p. 26).

O isolamento do estudo do Direito, dissociado das mutações sociais, com o intuito de torná-lo autônomo em relação a qualquer outro ramo do conhecimento, disseminou a ideia de que o Direito é construído a partir de uma isenta reflexão dos juristas, o que abriu campo para as teorias embasadas nas formas autoexplicáveis, propagando o formalismo jurídico, que apenas serviu para assegurar situações dominantes, ao ser desenvolvido de uma forma confusa, assistemática, em que a forma e o rito são mais importantes que o próprio objeto, mesmo que este seja um direito fundamental (LEAL, R., 2011).

O resultado desse formalismo, como já visto, foi a multiplicação de leis. No intuito de normatizar todas as situações da vida, o formalismo, ao mesmo tempo que enalteceu a legalidade, colocou o intérprete jurídico como ser acima da própria lei, como se vê:

Esse paradoxo, lembrado pelas advertências weberianas de convivência atual do direito racional com o irracional, mostra também a mediocridade de uma geração pusilânime e mercantilista de juristas, intérpretes, elaboradores da existência de um direito irredutível e eternizante só revelável objetivamente pela exclusiva construção das inteligências prodigiosas e predestinadas dos teóricos e do poder judicante. Tem-se um direito-jurisprudência identificado com os padrões ético-morais (e religiosos) convenientes à aceitação fatalizada dos desequilíbrios econômicos e sociais que, para os formalistas, são estigmas próprios e naturais da heterogeneidade das sociedades humanas (LEAL, R., 2011, p. 27).

Obviamente, o Direito é um sistema e como tal tem suas formalidades. A crítica reside no fato de que o formalismo não pode ser burocrático a ponto de afastar os direitos, em vez de concretizá-los; tampouco deixar sua revelação nas mãos de poucos capacitados para tanto, como se o Direito não fosse algo acessível.

No mesmo sentido, o estruturalismo jurídico tentou buscar eventos anteriores que determinaram a regra jurídica, para que o intérprete pudesse descobrir os segredos do sistema jurídico, trazendo como justificativa, muitas vezes, um código inconsciente e enigmático que determina a sociedade (DEL NEGRI, 2008).

O grande problema dessas escolas supracitadas – idealistas e racionalistas - é o fato de a fundamentação e legitimação do Direito ter-se dado apartada da participação, reivindicação e fiscalização dos cidadãos, já que todas elas foram elaboradas pensando em um Direito que precisa ser revelado, embora essas revelações estejam monopolizadas nas mãos de alguns

(julgadores ou doutrinadores). Foi a partir dessa observação que Rosemiro Pereira Leal entendeu o processo constitucional, conquista dos homens, como forma de legitimar o Direito, exatamente por permitir a participação social:

É o Direito produto racional e dinâmico de controle sócio-político-econômico em vários níveis temporais de elaboração humano-técnica, a medida em que os grupos sociais surgem, organizando-se a si mesmos por regramentos técnico-jurídicos convenientes. O Direito não é um talismã que, por imanência magicista, como a pedra filosofal, tivesse, per se, uma função ordenadora, isto é, de coordenação dos interesses que se manifestam na vida social de modo a organizar a cooperação entre pessoas e a compor os conflitos que se verificarem em seus membros (LEAL, R., 2011, p. 2).

É de se notar, portanto, que o Direito é construído a partir da organização social, que o utiliza como técnica de garantia e controle social, político e econômico. Sendo um mecanismo de garantia e controle, não deve ser imposto, mas construído.

Ora, numa sociedade pluricultural (com diversas visões culturais, religiosas, morais), deve existir um processo capaz de legitimar a lei considerando a diversidade de interesses, o que pressupõe conflitos e diferenças.

Assim, muito mais do que a positivação do Direito, a preocupação é com a legitimação do Direito, não porque este foi estabelecido pelo legislador, o que é insuficiente, mas por ser crítico o suficiente para questionar imposições hegemônicas apartadas da vontade popular.

Logo, quando o contexto é o Estado Democrático de Direito, a legitimação democrática se faz por meio do exercício dos direitos fundamentais constitucionais

É o que mostra Mário Lúcio Quintão Soares:

Os procedimentos democráticos exigem regras procedimentais transparentes, uma ampla publicidade e participação plena de todas as forças políticas atuantes. Nessa linha de reflexão, tão-somente os procedimentos legislativos, peculiares ao Parlamento, podem responder adequadamente à função legislativa, dada a legitimidade deste órgão, constitucionalmente mais adequado e ajustado a responder pela atividade tipicamente legislativa. Mediante tais procedimentos, jurídico-político, bem como, estruturalmente organizados, os cidadãos, representados no Legislativo, podem participar de modo livre e igual, ativamente, na formação da vontade política estatal. A legitimidade política do Legislativo repousa na tomada de decisões pelos cidadãos, como sujeitos ativos no processo político, quando optam e decidem, de forma consensual, juntamente com seus representantes, metas e fins a serem atingidos por uma sociedade juridicamente estruturada e organizada (SOARES *in* VIEIRA, 2008, p. 149).

Dessa forma, a processualidade democrática na construção da norma deve se dar de forma a permitir que ela seja criada, modificada, interpretada, aplicada e fiscalizada pelos seus destinatários e jamais de forma a isolá-la dessa participação social.

É aqui que a lógica da integração regional deve ser pensada a partir do ponto de vista dessa resistência democrática. Vale dizer, a integração regional acontece a partir da celebração de tratados internacionais, que dependem, no caso brasileiro, do crivo do Congresso Nacional.

Assim sendo, a questão da intergovernabilidade se faz presente e deve levar em consideração todo o processo de formação da vontade popular a partir do ponto de vista do Estado Democrático de Direito já mencionado.

Boaventura de Sousa Santos defende a ideia de que a globalização hegemônica tem sido constantemente confrontada por uma outra lógica, alternativa, contra-hegemônica, que se vale de um conjunto de movimentos e organizações que, em rede ou vínculos globais ou locais, se mobilizam por um mundo melhor, como acham que tem direito. Para tanto, valem-se do princípio da igualdade, mas principalmente do reconhecimento da diferença. Para ele, é nesse cenário que o sujeito de direito irá exercer sua possibilidade democrática, numa forma sociopolítica de criação de direitos, vale dizer, uma autodeterminação democrática. (SANTOS, 2015).

O impulso básico para a sua emergência decorre de duas constelações. A primeira é que as resistências ao capitalismo global têm vindo a proliferar na periferia do sistema mundial, num conjunto de sociedades onde a crença na ciência moderna é mais tênue, onde é mais visível a vinculação da ciência moderna aos desígnios da dominação colonial e imperial, e onde outros conhecimentos não científicos e não ocidentais prevalecem nas práticas quotidianas da resistência. A segunda é que nunca foi tão grande a discrepância entre a vitalidade das resistências e a insipiência na execução e consolidação das alternativas. Em termos de práticas de saberes isto significa que as práticas de saber crítico estão menos dominadas pelas práticas hegemônicas da ciência moderna do que as práticas de saber prospectivo (Santos, 2006, p. 156).

Ao tratar dessa emancipação, Santos rechaça a ideia do multiculturalismo, pois nessa perspectiva existe uma lógica cultural dominante que aceita a existência das demais, tolerando-as num espaço onde a primeira se impõe. O que se deve reconhecer, na verdade, é a interculturalidade, que pressupõe a pluralidade cultural, reconhecimento equitativo e recíproco, além da validação justa de todas as culturas que se interagem (SANTOS, 2006).

Nesse sentido, a intergovernabilidade se torna legítima, vez que não se trata mais de aceitar um discurso pronto, que será tomado internamente por razões que atendam parcela da população, na maior parte das vezes por motivos econômicos da qual se beneficiaria essa parcela. O que se pretende é a adoção da perspectiva intercultural, em que por meio do diálogo constante, busca-se a construção de uma alternativa capaz de trazer o maior grau de benefício possível para os povos envolvidos.

8 CONCLUSÃO

Para a existência de um Estado democrático não basta o exercício do sufrágio e a ideia de representatividade. É imprescindível a oferta de mecanismos que permitam a discursividade do povo, em um exercício considerado democrático para as tomadas de decisão do Estado.

Ocorre que os processos democráticos desenvolvidos internamente em cada Estado esbarram na lógica da globalização, que desconsidera problemas locais, tentando impor um modelo global de consumo, de produção, social, econômico e político, em lógica uniformizadora, que desconsidera situações regionais de cada um dos espaços geográficos.

Ora, a integração regional pressupõe que os Estados participantes criem órgãos supraestatais capazes de tomar decisões em nome do bloco, mas é possível que essas decisões choquem com o constitucionalismo nacional de cada um dos Estados e nos direitos fundamentais dos indivíduos.

Assim, é possível que algumas decisões deste bloco interfiram na vontade do povo que compõe determinado Estado, apresentando um déficit democrático.

Sempre, na integração regional, há uma tentativa local de resistir a imposições globais uniformizantes.

Porém, tal meta almejada só é possível se o grau de identidade do povo com os Estados participantes da integração seja forte o suficiente para que o Estado consiga resistir a lógica global e verdadeiramente atender os interesses sociais de seu povo, com princípios e regras jurídicas claras em relação ao quanto de soberania estatal esteja flexibilizada e sob quais condições e com quais objetivos.

O regionalismo foi um movimento notável em todos os continentes, como desdobramento do Direito Internacional, dadas razões geográficas, mas, principalmente de ordem histórica, cultural e de interesses comuns, que levaram a formação de acordos de aproximação e cooperação.

A ideia dos Estados era se proteger da lógica global, mas ao mesmo tempo se projetarem social, política e economicamente. Para tanto, os Estados ajustam passos para se alcançar a integração. Para sua estabilidade, além de planejamento adequado dos Estados, é necessária a chancela do povo envolvido, percebendo os ganhos sociais e econômicos advindos do processo, notando as vantagens da integração. Essas vantagens podem ser visualizadas na forma de aplicação de economia de escala para algumas atividades econômicas, aumento de produção, melhor preço e qualidade de produtos e serviços, maior força de negociação nas transações internacionais, além da diminuição de tensões políticas.

Ocorre que a história revelou uma tendência de formação de blocos regionais por motivação exclusivamente econômica, com sacrifício de direitos sociais e de características locais, o que distancia o Estado do conceito democrático, já que o Estado Democrático de Direito pressupõe compromisso com o seu povo, não apenas economicamente, mas também atendendo as necessidades ligadas a segurança e garantia de direitos fundamentais. .

Assim, para que haja um projeto capaz de atender necessidades do bloco, sem aviltamento interno, retorna-se a ideia de intergovernabilidade, buscando-se a interdependência e não a dependência em relação a Estados mais desenvolvidos. É que consensos pensados de fora para dentro acabam por refletir interesses que não necessariamente representam a necessidade interna verdadeira. E somente um parlamento representativo poderia analisar a questão.

Nesse cenário, o papel do Estado é de predisposição ao diálogo e na composição de conflitos, rompendo com a lógica de que Estado significa poder e dominação. O Estado deve admitir proposições provisórias que têm o objetivo não de vencer um argumento, mas de construir argumentos por meio da dialética e do consenso. E é assim que, no que diz respeito ao que estiver estatuído num Tratado Internacional, a aprovação no Congresso Nacional deve passar por esse critério de máxima discursividade. Caso contrário, haverá um impasse entre aquilo que foi acordado internacionalmente e a vontade popular.

Daí porque a intergovernabilidade se torna um instrumento legítimo, já que as instituições supranacionais não teriam o poder de decidir, em última palavra, para os povos dos Estados envolvidos. Seria necessário, em verdade, que os assuntos deliberados internacionalmente, passassem pelo cenário ideal dialético e consensual criado pelo Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G.E. do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borges. **Manual de Direito Internacional Público**. 23 ed., São Paulo: Saraiva, 2017.

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004.

ALMEIDA, Andrea Alves de. **Processualidade jurídica e legitimidade normativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Decreto Autônomo: questões polêmicas. **Revista Jurídica Virtual da Presidência da República Federativa do Brasil**, Brasília, v. 5, n. 49, jun. 2003. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_49/Artigos/art_Levi.htm. Acesso em: 20 dez. 2014.

ANDRADE, Érico. **O mandado de segurança: a busca da verdadeira especialidade (proposta de releitura à luz da efetividade do processo)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ANTUNES, Ricardo. **Os sentidos do trabalho**. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2000.

ARISTÓTELES. **A política**. Traduzido por Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira; LIMA, Eduardo Martins de. **Medidas provisórias no Brasil: origem, evolução e perspectivas**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do trabalho**. 3 ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2007.

BARROSO, Luis Roberto. Disposições Constitucionais Transitórias; Delegações Legislativas; Poder Regulamentar. **Revista de Direito Público**, São Paulo, RT, n. 96, p. 69-80, 1990.

BATISTA, Paulo Nogueira. **O Consenso de Washington: a visão neoliberal dos problemas latino-americanos**. Disponível em <http://www.consultapopular.org.br/sites/default/files/consenso%20de%20washington.pdf>. Acesso em 12 jul 2019.

BICHARA, Jahyr-Phillippe. **O controle da aplicação do direito internacional pelo poder judiciário brasileiro: uma análise crítica**. Disponível em http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RTrib_n.958.10.PDF. Acesso em 12 jul 2018.

BINENBOJM, Gustavo. O sentido da vinculação administrativa à juridicidade no direito brasileiro. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 145-204.

BRANT, Leonardo Nemer Caldeira. **O papel do consentimento no direito internacional**. Curitiba: Juruá, 2013.

BRANT, Leonardo Nemer Caldeira. A Integração Econômica da América Latina: perspectivas de futuro. **Revista de Informação Legislativa**, v. 29, n. 114, p. 463-472, abr./jun. 1992.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em: 15 jul. 2018.

BRASIL. **Constituição** (1988). **Constituição** da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado **Federal**: Centro Gráfico, 1988.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

CLÈVE, Clemerson Merlin. **Atividade legislativa do Poder Executivo**. 2 ed. rev. atual. E ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CONVENÇÃO de Viena sobre o Direito dos Tratados, 22 maio 1969. Disponível em: http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf. Acesso em 15 abr. 2018

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. **Estatuto da Corte Internacional de Justiça**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/EstCortIntJust.html>. Acesso em: 17 jul 2019.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 33 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

DEL NEGRI, André. **Controle de constitucionalidade no processo legislativo: teoria da legitimidade democrática**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

DELGADO, Maurício Godinho. **Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos da reconstrução**. São Paulo: LTr, 2006.

DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. **Direito Internacional Público**, 2 ed. Tradução de Vítor Marques Coelho – Lisboa, Fundação Calouste Gulbekian, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. **Direito Administrativo pós-moderno: novos paradigmas do direito administrativo a partir do estudo da relação entre o Estado e a sociedade.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

EMPOLI, Giuliano da. **Os engenheiros do caos: como as fake News, as teorias da conspiração e os algoritmos estão sendo utilizados para disseminar ódio, medo e influenciar eleições.** São Paulo: Vestígio, 2019.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Conflito entre poderes.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

FERRAZ, Sérgio. **Três estudos de Direito: desapropriação de bens públicos, o prejudicado trabalhista em face da Constituição; o regulamento.** São Paulo: RT, 1977.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do processo legislativo.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do processo legislativo.** São Paulo: Saraiva, 2012.

FRANCE. **Déclaration universelle des droits de l'homme, de 1789.** Disponível em: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/la-constitution-du-4-octobre-1958/declaration-des-droits-de-l-homme-et-du-citoyen-de-1789.5076.html>. Acesso em: 14 out. 2014.

GENTILI, Alberico. **Direito da guerra.** Trad. Ciro Mioranza, inter. Diego Panizza, Ijuí: Ed. Unijuí, 2004).

GOMES, Eduardo Biacchi. A supranacionalidade dos blocos econômicos. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná.** Porto Alegre: Síntese, 2003.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto.** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade.** Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. II.

HELLER, Hermann. **Teoria do Estado.** São Paulo: Mestre Jou, 1968.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado.** 5 ed. São Paulo: Martins Fontes – selo Martins, 2016.

JELLINEK, Georg. **Teoria general del Estado.** Buenos Aires: Albatrós, 1954.

LEAL, André Cordeiro. A inconstitucional ancianidade do (ante)projeto do novo código de processo civil brasileiro. In: MURTA, Antônio Carlos Diniz; LEAL, André Cordeiro. **A tensão entre o público e o privado: ensaios sobre os paradoxos do projeto democrático constitucional brasileiro.** Belo Horizonte: Arraes, 2012. p. 97-112.

LEAL, André Cordeiro. **Instrumentalidade do processo em crise**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Direito Econômico: soberania e mercado mundial**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. São Paulo: Landy, 2002.

LEITE, Ana Paula Moreira Rodriguez; SANTOS, Thauan. A coexistência da supranacionalidade e intergovernabilidade na União Europeia: desafios para a integração. In: Diálogos Sobre Direitos Humanos: Direitos Humanos, Direito Internacional e Integração, 2017, Juiz de Fora. **Anais eletrônicos do GTII – Direitos Humanos e Empresas, Direito Internacional dos Direitos Humanos e Integração** [...], Juiz de Fora, v. 1, n. 1, fev. 2017. 6p. Disponível em <http://homacdhe.com/dialogossobredireitoshumanos/wp-content/uploads/sites/5/2017/02/A-coexist%C3%Aancia-da-supranacionalidade-e-intergovernabilidade-na-Uni%C3%A3o-Europeia-desafios-para-integra%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso: 17 jul. 2019

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

LOSURDO, Domenico. **Democracia ou bonapartismo: triunfo do sufrágio universal**. Trad. Luiz Sérgio Henriques. Rio de Janeiro: Editora UFRJ; São Paulo: editora Unesp, 2004.

MACLEAN, Robert M. **Public International Law**. London: OldBailey Press, 1997.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Estado Plurinacional e Direito Internacional moderno**. Curitiba: Jurua, 2013.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros. **O Estado plurinacional na América Latina**. Publicado em 29 de abril de 2011. Disponível em: <http://joseluizquadrosdemagalhaes.blogspot.com.br/2011/04/302-artigos-o-estado-plurinacional-na.html>. Acesso em: 12 set. 2014.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros. Constituição x Democracia. A alternativa plurinacional boliviana. In: BALDI Cesar Augusto (Coord.). **Aprender desde osul: novas constitucionalidades, pluralismo jurídico e plurinacionalidade – aprendendo desde o sul**. 1 ed. Belo Horizonte: Forum, 2015, p. 361-373.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 5 ed., ver, atual. e ampli. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; GOMES, Eduardo Biacchi (Orgs.). **Direito da integração regional: diálogo entre jurisdições na América Latina**. São Paulo: Saraiva, 2015

MEARSHEIMER, John J. **A tragédia política das grandes potências**. Lisboa: Gradiva, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Regulamentos e princípio da legalidade. **Revista de Direito Público**, São Paulo, RT, n. 96, p. 42-50, 1990.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011. (Série Produção Científica. Direito Desenvolvimento Justiça).

MENEZES, Alfredo da Mota; PENNA FILHO, Pio. **Integração Regional: os blocos econômicos nas Relações Internacionais**. Rio de Janeiro: Editora Campus, 2006.

MONTESQUIEU, Charles Louis de. **Do espírito das leis**. São Paulo: Abril Cultural, 1973. (Coleção Os Pensadores).

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MOREIRA, Ricardo Guimarães. Poder Regulamentar da Comissão de Valores Mobiliários em face dos princípios da legalidade e separação de poderes. **Revista de Direito Mercantil**, São Paulo, Malheiros, v. 31, p. 122-143, 1978.

MORGENTHAU, Hans Joachim. **A política entre as nações: a luta pelo poder e pela paz**. São Paulo: Imprensa Oficial; Brasília: Ed. UnB, 2003.

MULLER, Friederich. **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010.

NOLASCO, Tiago Junqueira. A legitimidade democrática dos textos normativos no Estado brasileiro – fundamento e finalidade das normas jurídicas. In: CASTRO, Dayse Starling Lima (coord.). **Direito público**. Belo Horizonte: PUC Minas, 2012. p. 43-53.

NUNES, Simone Lahourgue. **Os fundamentos e os limites do poder regulamentar no âmbito do mercado financeiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos do Homem. 1948. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em 07 de março de 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Estatuto da Corte Internacional de Justiça. 1945. Disponível em: http://unicrio.org.br/img/CartadaONU_VersoInternet.pdf. Acesso em 07 de março de 2018.

PANSIERI, Flávio. **Eficácia e vinculação dos direitos sociais: reflexões a partir do direito à moradia**. São Paulo: Saraiva, 2012.

PEREIRA, Rodolfo Viana. **Direito Constitucional democrático: controle e participação como elementos fundantes e garantidores da constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos, democracia e integração regional: os desafios da globalização. In: **Revista de Direitos Constitucional e Internacional** – cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, ano 9, nº 37, out-dez, 2001, pp. 109-128

POPPER, Karl Raimund. **A sociedade aberta e seus inimigos**. 3. ed. Belo Horizonte: Itatiaia, 1987.

POPPER, Karl Raimund. **O conhecimento e o problema corpo-mente**. Organ. M. A. Notturmo. Reimp. Lisboa: Edições 70, 2009. (Biblioteca de Filosofia Contemporânea; 24).

RESTREPO, Ricardo Sanín. **Teoría Crítica Constitucional: La democracia a la enésima potencia**. Valencia: TirantloBlanch, 2014.

RESTREPO, Ricardo Sanín. Cinco Tesis desde el Pueblo Oculto. **Oxímora Revista Internacional de Ética y Política**, n. 1, Barcelona, 2012. Disponível em: <https://revistes.ub.edu/index.php/oximora/article/view/5245>. Acesso em 29 de abril de 2020.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social e outros escritos**. Trad. Rolando Roque da Silva. São Paulo: Cultrix, 2009.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Boaventura de Sousa. **A gramática do tempo: para uma nova cultura política**. São Paulo: Cortez, 2006.

SANTOS, Milton. **A natureza do espaço**. 4ed. São Paulo: EDUSP, 2009.

SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização**. 16ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2008.

SIEYÈS, Emmanuel. **A Constituinte curguesa: Qu'est-ce que Le TiersÉtat?** Trad. Norma Azevedo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SILVA, de Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Direitos Fundamentais e Direito da União Europeia em momento de tensão**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. O processo legislativo e a ordem democrática: os limites da iniciativa legislativa no parlamento. In: VIEIRA, José Ribas (org.). **20 anos da constituição cidadã de 1988: efetivação ou impasse institucional?** Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 143-154.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria Geral do Estado: novos paradigmas em face da globalização**. 5. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017.

SQUEFF, Tatiana A. F. R. Cardoso. As Relações entre o Direito Internacional e o Estado Soberano na visão de Georg Jellinek. **Revista Campo Jurídico**, Barreiras-BA, v. 4, n.2, pp. 136-151, dec. 2016.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Fabio de. Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. In: CANOTILHO, J. J. Gomes *etal.* **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 280-298.

STURZENEGGER, Luiz Carlos. A questão, no direito brasileiro, da atribuição de funções normativas ao Poder Executivo – O caso do Sistema Financeiro. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e Arbitragem**, São Paulo, RT, ano 5, n. 18, p. 58-101, out-dez. 2002.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamento de Direito Público**. São Paulo: Malheiros, 2009.

TEMPOS modernos. Direção: Charles Chaplin. Intérpretes: Charles Chaplin, Paulette Goddard, Henry Bergman. Estados Unidos: Continental, 1936. (87 min), p&b. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=LFZnunT28X4>. Acesso em: 2 set. 2014.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A humanização do Direito Internacional**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. La presencia de la persona humana em el contencioso interestatal ante la corte internacional de justicia. In SOARES, Mário Lúcio Quintão e SOUZA, Mércia Cardoso de. **A interface dos direitos humanos com o direito internacional**. Tomo I. Belo Horizonte: Forum, 2015b, p. 97-135.

VATTEL, Emmerich de. **O Direito das gentes ou princípios da lei natural aplicados à condução e aos negócios das nações e dos governantes**. Trad. Ciro Mioranza. Ijuí: Ed. Unijuí, 2008.

WOLKMER, Antônio Carlos. Integração interamericana, comunitarismo jurídico e cidadania supranacional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília a. 35 n. 140 out./dez. 1998, pp. 259-265. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/440/r140-27.pdf?sequence=4>. Acesso em 22 de outubro de 2019.