

Francisco Pereira de Sousa *

O projeto jusfilosófico de constitucionalização do direito internacional

The jusphilosophical project of constitutionalization
of international law

RESUMO

O direito político (ou público) do Estado moderno passou, no século XX, por uma metamorfose estrutural ampliando seu domínio para o terreno *supranacional*. Ocorre uma remodelação e/ou alteração de seus conceitos diretrizes. Os princípios que estruturaram o Estado na modernidade foram revisados e/ou refutados, e se coloca, atualmente, a questão de saber que caminhos a filosofia do direito político irá seguir. Se, na modernidade, ele se limitou a reger o Estado, hoje não é mais limitado pelas suas fronteiras. Sua internacionalização ocorre tanto com a criação da SDN (Sociedade das Nações) como da ONU, na tentativa de submeter a guerra ao direito, refrear o desenvolvimento de conflitos e organizar relações de cooperação entre os Estados, de modo a alcançar a paz entre os povos por meio de uma organização jurídica da coexistência dos Estados que proporcionasse a ordem e a racionalização da sociedade mundial. Com uma possível juridicização da política no âmbito pós-nacional poder-se-ia efetivar uma política democrática e dos direitos humanos em nível mundial. Nosso artigo, trata da gênese kantiana desse projeto, sua continuidade com Kelsen e Bobbio e, por fim, a sua retomada no pensamento habermasiano.

Palavras-chave: Projeto. Jusfilosófico. Constitucionalização. Direito internacional.

ABSTRACT

The political (or public) right of the modern state, in the twentieth century, passed through a structural metamorphosis extending its dominion to the supranational terrain. There is a remodeling and / or remaking of its guiding concepts. The principles that have structured the state in modernity have been revised and / or refuted, and the question now arises as to what path the political philosophy of

* Doutor e professor da UFAL.

law will follow. If, in modernity, it has limited itself to governing the State, today it is no longer limited by its borders. Its internationalization comes as much with the creation of the LN (League of Nations) as of the UN, in an attempt to submit the war to the law, to restrain the development of conflicts and to organize relations of cooperation between the States, in order to achieve peace among the peoples by means of a juridical organization of the coexistence of the States that provided the order and the rationalization of the world-wide society. With a possible juridicization of the politics in the post-national scope a democratic and human rights policy could be realized at world-wide level. Our article deals with the Kantian genesis of this project, its continuity with Kelsen and Bobbio and, finally, its resumption in the Habermasian thought.

Keywords: Project. Jusphilosophical. Constitutionalisation. International law.

O itinerário do projeto: da modernidade aos dias atuais

O Direito é uma força que incrementa a mudança social, tendo, portanto, um papel fundamental devido à possibilidade de interferência nas mudanças sociais, e à sua ação transformadora que serve para acelerar ou retardar os processos de legitimação por meio da positivação das normas. No plano nacional, o direito é capaz de possibilitar e/ou de justificar a democracia e a defesa dos direitos fundamentais. Resta, porém, saber se a formação de uma ordem jurídica no plano pós-nacional, tal como é proposta atualmente por muitos juristas, políticos e filósofos, também poderá exercer este mesmo papel.

O direito público moderno passou, no século XX, por uma metamorfose estrutural ampliando seu domínio para o terreno *supranacional*. Essa metamorfose é considerada, para muitos, como uma possibilidade de saída da crise na qual o direito se encontra. Com uma possível juridicização da política no âmbito pós-nacional poder-se-ia efetivar uma política democrática e dos direitos humanos em nível mundial. A crise do direito político moderno ocorre no momento em que a liberdade e a soberania dos Estados se tornaram suspeitos. Como mostra Fabre,

[...] logo após a Revolução Francesa este modelo de Estado foi contestado: o idealismo foi acusado de utopia; a discursividade do direito foi confundida com a sistematicidade dos códigos; viu-se no contrato social uma armadilha metafísica; a vontade geral foi considerada um mito; tacharam-se de irrealismo e abstração as regras constitucionais; a coerção legal passa por opressão; incrimina-se de mistificação a generalidade da lei; a unidade do direito público pareceu ser a máscara vingadora de uma soberania bem decidida a ocultar, mediante procedimentos e artimanhas técnicas, o fenômeno da pluralidade do corpo social... o despertar das nacionalidades abalou, sob a onda do sentimento e, às vezes, na exasperação passional, os âmbitos racionais do Estado-nação. Além disso, na ressacada da onda repetiu-se muito que a feição metafísica do direito moderno condenou a subjetividade, que é sua peça chave, a se enviscar no caráter unitário de uma razão técnica e burocrática que significa nada menos do que a rejeição das estruturas jurídico-políticas. Em uma pa-

lavra, estaria próxima a hora em que, no plano institucional, deve soar 'a morte do Estado'. Ao mesmo tempo, porém, as ambições universalistas da razão se fizeram ouvir como o apelo de uma transcendência que, na ordem do direito político, devia ultrapassar o âmbito da potência estatal e abrir-se o mais amplamente possível à europeização, até à globalização das instituições e da regulamentação jurídica. A normatividade do aparelho do direito era, portanto, chamada a cruzar as fronteiras e a instituir, em nome da simples coexistência dos Estados, uma rede de relações que tecem o regime comum de um direito internacional e mesmo de um direito supranacional. Abrindo-se assim ao universal, a normatividade jurídica provocou a metamorfose do esquema estatal do direito. O direito político do Estado moderno viu-se confrontado, no plano interno bem como no internacional, com a remodelação, até mesmo com uma refeição de seus conceitos diretrizes. Muito particularmente, as ideias de contrato social e de soberania, essenciais à concepção do direito político do Estado moderno, ocasionaram um reexame profundo. As incidências e as consequências dessas revisões, que são ao mesmo tempo conceituais e categoriais, evidentemente não deixam de ter repercussões filosóficas. É por isso que atualmente se coloca a questão de saber por quais novos caminhos a filosofia do direito político pode enveredar, uma vez que são revisados e às vezes refutados os princípios do direito que estruturaram o Estado ao longo dos séculos da Modernidade. (G.-FABRE, 1999, p. 439-440).

Apesar de na modernidade o direito político ou público limitar-se a reger o Estado, na nossa época ele não é mais limitado pelas suas fronteiras. Mas, embora o século XX tenha tido uma grande preocupação com a internacionalização do direito político, é apenas após as duas grandes guerras mundiais que a comunidade internacional irá investir esforços impressionantes nessa direção. A tentativa de organizar as relações entre os Estados para pôr fim às guerras será bem expressa na criação de instituições como a SDN (Sociedade das Nações, em 1919) e a ONU (Organização das Nações Unidas, em 1945).

No século XX, o direito político internacional irá se ampliar até ao ponto de submeter a guerra ao direito, refrear o desenvolvimento de conflitos e organizar relações de cooperação entre os Estados. É desse modo que, e com esse intuito, foram criadas múltiplas instituições internacionais como o Fundo Monetário Internacional (FMI), a Organização Mundial de Saúde (OMS), a Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômicos (OCDE), a União Internacional das Comunidades (UIT), a Organização Meteorológica Mundial (OMM), a Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO), etc. Com essa ampliação do direito ao universal, as relações entre os Estados passaram a ser regidas por regras precisas que tendem a estabelecer a melhor cooperação possível. Em vez de relações de beligerância, busca-se o entendimento político e diplomático entre os Estados com base em um direito público com pretensões de universalidade e como antídoto à desordem e violência entre os Estados. A paz entre os povos seria alcançada por meio de uma organização jurídica da coexistência dos Estados que proporcionasse a ordem e a racionalização da sociedade mundial. Essa ordem gerada seria a máxima expressão do direito sobre a força.

A modalidade de existência requerida pelas perspectivas que buscam a ampliação do direito será denominada de "federalismo". A ideia de "federar" foi utilizada de modo prático pelos gregos do séc. VII a.C., que, com seu modelo de uma

associação de cidades-Estados (as anfictionias), firmavam acordos em matérias religiosa, monetária, jurisdicional etc., procurando atingir uma existência comum harmoniosa. Na época moderna, numerosos projetos de paz (Émeric de Crucé, Willian Penn, o abade de Saint-Pierre etc.) insistiram nas virtudes pacificadoras de uma "federação" (concebida como um agrupamento dos povos). Também Montesquieu (1749), ao analisar o que chama de "a república federativa", salienta o rigor organizacional desta união, e insiste na função jurisdicional que estas são chamadas a exercer em nome da paz e da tranquilidade. Mas, como veremos adiante, é apenas com Kant (1789) que se começa a esclarecer os princípios jurídicos a partir dos quais se pode elaborar as formas diversas de uma federação dos povos.

Mas apesar da contribuição dada, Kant (1789) não conseguiu distinguir as estruturas confederais das estruturas federais da união jurídica dos Estados. O que ele denomina de "federação" [ou seja, uma aliança interestatal que permite, por meio de pactos e convenções, a aproximação dos Estados tendo em vista a paz, uma adesão voluntária e revogável] é, na verdade, designado pela linguagem jurídica contemporânea como "confederação". A confederação é, portanto, um edifício jurídico-político que visa à cooperação e ajuda mútua entre os Estados sem, no entanto, impor-lhes normas coercitivas que firam o princípio da soberania. Firmada por meio de pactos e de uma adesão voluntária e revogável, essa aliança torna os Estados membros corresponsáveis pelas decisões e compromissos fixados. A ONU é um exemplo de confederação: essa forma de organização comporta limites e carências, já que as suas resoluções não possuem caráter obrigatório e, portanto, não são executórias.

A ideia de confederar tem, portanto, uma eficácia limitada, já que essas associações provêm de um interestatismo onde cada Estado conserva sua total soberania. A ideia de "federação" é diferente. É uma instituição supranacional, que se encarna na figura do direito político caracterizada pela emergência de um Estado federal ou de uma organização parcialmente federal. Essa nova configuração ou metamorfose jurídica conduz ao reexame da ideia de soberania, até então considerada a essência do Estado. A partir do final do século XX, além do modelo confederal, começam a se formar agrupamentos de Estados pautados por um outro esquema jurídico que sobrepõe aos Estados da União uma instância central específica. Essa figura "federalista", a União Europeia, por exemplo, nasce de tratados e convenções (ou seja, como uma confederação), embora a União daí resultante seja supraestatal (e não interestatal).

Na verdade, pode-se falar em mutação jurídica, já que – diferente da confederação, que se opera por um processo contratual – resulta de atos normativos cujo autor é o órgão federal, no exercício das competências que lhe foram delegadas pelos Estados, se tratando de atos unilaterais, impostos a estes vínculos jurídicos de subordinação. Na concepção "federalista", encontra-se o sentido de uma existência jurídico-política comum aos diferentes Estados que entraram na federação. Mas, diferentemente de um agrupamento de Estados (como no modelo confederal), pode-se falar – nessa instituição do modelo supraestatal do direito político – do possível nascimento de um Estado federal ou de uma organização em parte federal. Devido à transferência parcial das prerrogativas da soberania dos Estados-membros para a autoridade supraestatal, muitos especialistas na área falam em "crise da soberania" ou "crise do Estado".

A ideia de um superestado mundial ou de uma “monarquia universal” que pode daí resultar é, no entanto, impossível. A existência de um superestado mundial significaria que não há mais Estados. Mas a problemática aqui é outra: a incompatibilidade da ampliação do direito político em nível mundial com o exercício total e discricionário da soberania dos Estados. Porque, para que uma federação de Estados possa firmar juridicamente sua autoridade e produzir efeitos de direito, é mister que os Estados-membros delegem uma parcela do seu poder a um poder central, ficando a critério federal organizar determinadas questões comunitárias (nas diferentes áreas: econômica, cultural, policial, militar, judiciário, agrícola etc.): trata-se de uma partilha e repartição de competências jurídicas. Após o tratado de Roma em 1957 (que instituiu por etapas a Comunidade Europeia), elaborou-se um “direito comunitário” europeu que prima sobre as legislações e Constituições nacionais, limitando o poder de iniciativa dos Estados-membros em várias áreas (como é o caso da agricultura e moeda comum). Essa limitação é interpretada como uma “crise da soberania” por diferentes autores¹, já que as regras e mecanismos supranacionais se impõem como obrigatórios aos diferentes Estados (no que se refere às áreas citadas), mesmo quando há contradições com os interesses nacionais. Cabe saber se, com essa ampliação e metamorfose do direito, a funcionarização tecnocrática das mais altas instâncias do direito internacional não detona – em nome da legalidade – com a legitimidade do próprio direito político.

Kant e a gênese do projeto de constitucionalização do direito internacional

Na sua obra *Ideia de uma história universal do ponto de vista cosmopolítico* (1986), Kant concebia a federação como uma sociedade ou liga de nações cuja “força unificada” – estabelecida através de um pacto – seria provedora da “segurança pública dos Estados”. Kant define a federação como uma “Constituição cosmopolítica”, ou seja, como a norma jurídica que, enquanto horizonte de ordem, de sentido e de valor, subsume a hipótese racional prática da filantropia universal e desempenha desse modo o papel de imperativo categórico da paz. Mas, no seu livro *Ensaio sobre a paz perpétua* (1989), ele irá afirmar que somente uma “federação de Estados livres” seria apta para tornar a paz “possível” ou legitimamente “pensável” entre os povos. Mas o que ele denomina *Foederalismus freier Staaten* nada tem de um “Estado federativo”. Um Estado federativo, segundo ele, seria apenas “uma república cosmopolítica sob um chefe”, ou melhor, seria um super-Estado capaz de impor a todos os outros Estados por ele englobados normas jurídicas aniquilando as suas respectivas soberanias; podendo até reduzi-los à uniformidade, apagando suas particularidades nacionais. A autoridade desse super-Estado, em vez de acabar com as guerras, poderia engendrará-las agravando sua dureza. Uma “federação² de Estados livres”, por outro lado, firmada em pactos

¹ É mais convincente falar em “transferência” de soberania do que em “crise”, já que o que ocorre é, na verdade, um deslocamento do seu lugar (e não uma alteração do conceito), devendo o Estado-membro dobrar-se à disciplina comunitária.

² Na linguagem jurídica atual essa fórmula “federativa” seria, na verdade, uma “confederação”.

e tratados em cujos termos eles se comprometem, permite-lhes selar entre si alianças voluntárias.

No seu *Ensaio sobre a paz perpétua* (1989), diferentemente da perspectiva anterior [*Ideia de uma história universal do ponto de vista cosmopolítico* (1986)], Kant irá descartar totalmente a ideia de um sistema jurídico abrangente e centralizador, porque considera necessário salvaguardar a liberdade e soberania singular de cada Estado-membro. Para ele, uma "federação" – estabelecida através de tratados de aliança multilaterais – só poderá prover a paz se respeitar a independência soberana dos Estados, que é a expressão (através da vontade geral) da liberdade e da cidadania dos seus habitantes. Essa "federação de Estados livres" é "suplemento do pacto social", descansando – desse modo – em uma exigência consensualista: cabe apenas aos Estados ingressar nesta aliança, colocando-se sob normas jurídicas estabelecidas por eles próprios (autonomia). Essa aliança pacífica dos Estados livres não é, segundo Kant, um simples tratado de paz: ela resulta do pacto que gera, nos Estados signatários, um estado de espírito comunitário capaz de "terminar para sempre todas as guerras". O otimismo jurídico de 1784 (época em que escreveu *Ideia de uma história universal do ponto de vista cosmopolítico*) foi, aos poucos, sendo substituído pela constatação de que – na sua época – qualquer implantação de um poder jurídico que fosse além da independência soberana do Estado não seria possível.

Na sua obra *Doutrina do direito* (1993), escrita posteriormente em 1796, Kant dá os últimos retoques quanto a essa questão da ampliação do direito político. Segundo ele, a expressão comumente utilizada *jus gentium* ("direito dos povos") é pouco correta. Já que se trata do "direito dos Estados em suas relações recíprocas" seria mais viável utilizar a expressão *jus publicum civitatum* ("direito dos Estados"). Para Kant, os Estados devem ser considerados "pessoas morais", ou seja, entidades jurídicas capazes de concluir alianças e pactos entre si. Esse direito de aliança é aqui denominado por ele de "direito de confederação". Tal direito permite uma união puramente defensiva com a exclusão de qualquer coalizão ofensiva ou com objetivos expansionistas; também torna possível (ou melhor, pensável) uma ampliação planetária do contrato social que tende para "uma união universal dos Estados".

Este direito de confederação é, para Kant, uma "simples Ideia da razão", ou melhor, corresponde ao imperativo racional que solicita que os povos se arranquem do estado de guerra ligado à uma coexistência natural e desumana. Embora considere a Ideia "federativa" (como qualquer ideia racional prática), por seu estatuto transcendental puro, "evidentemente irrealizável", Kant considera os princípios que tendem à ampliação do direito político realizáveis, já que concluir alianças não basta, é mister um ato confederal para que um entendimento entre os povos se torne possível. Daí, segundo Kant, a necessidade de um "Congresso permanente de Estados". Nesse Congresso (ou conselho confederal) deveriam ter assento os ministros dos Estados-membros, assumindo função de arbitragem em caso de conflitos abertos entre certos Estados. Estados vizinhos poderiam a qualquer momento aderir a ele, como também poderia ser a qualquer momento dissolvido. Sua função prática seria, portanto, a de regulamentar o direito das gentes – através de tratados e acordos entre os Estados – tendo em vista a manutenção da paz.

A continuidade do projeto: o jusglobalismo kelseniano

Essa ideia ou projeto kantiano é retomado por Hans Kelsen (1920). No seu ensaio *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Volkerrechts* (1920), que trata da natureza e funções do ordenamento jurídico internacional, Kelsen irá defender a tese de que só existe um ordenamento jurídico: tal ordenamento incluiria em uma única hierarquia normativa o ordenamento interno e o direito internacional. Kelsen, influenciado pela escola kantiana de Marburgo, tem como preocupação metodológica eliminar da ciência do direito todo elemento subjetivo para fazer dela um conhecimento unitário e objetivo, um conhecimento “puro”. Pureza que advém da sua “unidade”, de acordo com o método dedutivo. Diferentemente das disciplinas empíricas, que estudam os fenômenos naturais, esse conhecimento lógico-matemático é autônomo devido ao objeto e método; é um conhecimento transcendental, ou seja, válido em si mesmo e independente de qualquer referência aos conteúdos, à realidade ou à práxis.

Kelsen (1920) defende, portanto, com a ideia de unidade do direito e da primazia do direito internacional, que o ordenamento internacional inclui e está supraordenado aos ordenamentos jurídicos nacionais, e que a ideia de soberania dos Estados nacionais e territoriais e de seus ordenamentos jurídicos deve ser abandonada. É a validade e juridicidade do ordenamento internacional que confere validade aos ordenamentos jurídicos nacionais, que não passam de ordenamentos parciais. Caso as normas internas entrem em contradição com as normas internacionais, poderão ser consideradas nulas. Esse ordenamento internacional, postulado em termos lógico-transcendentais como imagem jurídica do mundo, é um reflexo da unidade moral do gênero humano.

A teoria pura do direito kelseniana irá coincidir com a ideia teológica da *civitas maxima* que voltou a ser proposta pela metafísica ilustrada de Christian Wolf: Kelsen a assume como fundamento último do seu globalismo jurídico. Para ele, essa ideia já estava presente (antes mesmo que o direito internacional moderno nascesse) na noção de *imperium romanum*, atravessando toda a Idade Média e entrando em crise apenas no auge da modernidade. Kelsen acredita que a teoria pura do direito pode resgatar essa ideia e provar sua validade científica. Ele faz isso ao entender o direito internacional como “ordenamento jurídico mundial ou universal”, que corresponde à ideia de uma “comunidade jurídica universal dos homens”, que ultrapassa as comunidades estatais particulares e cuja validade funde suas raízes na esfera da ética. O direito se identificará com a ordenação da humanidade e com o supremo ideal ético quando todos os ordenamentos forem absorvidos pelo ordenamento soberano de um Estado mundial.

Kelsen (1973) irá elaborar – na sua obra *Peace through Law* – o projeto de uma “Liga permanente para a manutenção da paz mundial” após a Segunda Guerra Mundial. Esse modelo toma de empréstimo de Kant o ideal da paz perpétua e o modelo federalista, assim como a ideia de um “direito cosmopolita” que inclui todos os membros da espécie humana como sujeitos de direito. Tal projeto irá modificar o velho modelo da Sociedade das Nações e conceder uma importância central às funções judiciais em comparação com as legislativas e de governo. Para Kelsen (1973), o fracasso da Sociedade das Nações ocorreu justamente porque o centro desta organização estava na Comissão (espécie de governo mun-

dial) e não no Tribunal de Justiça. A manutenção da ordem mundial só seria possível por meio da "autoridade superior e neutra" de "um tribunal de justiça internacional obrigatório" e aceito por todos os Estados como competente para regular os conflitos internacionais.

Um dos meios mais eficazes para garantir a paz seria, segundo Kelsen, a aprovação de normas que responsabilizassem individualmente os membros do governo ou agentes do Estado que tenham recorrido à guerra e violado o direito internacional e o princípio do *bellum iustum*. O tribunal deverá não apenas autorizar a aplicação de sanções coletivas aos cidadãos de um Estado sobre a base de sua "responsabilidade objetiva", como também processar e castigar os cidadãos pessoalmente responsáveis de crimes de guerra. Os Estados serão obrigados a entregarem ao tribunal os cidadãos que forem incriminados para que estes possam ser submetidos a sanções e inclusive à pena de morte.

Bobbio e a instituição jurídica de um Superestado Mundial

Assim como Kelsen, também Bobbio (1991) irá utilizar-se da teoria kantiana para confecção do seu pensamento jus-filosófico sobre o direito internacional. A reflexão de Norberto Bobbio sobre o direito internacional está inserida na sua apreensão sobre o fenômeno da guerra na era nuclear, no contexto da "Guerra Fria" e do equilíbrio do terror – diante da permanente ameaça de eclosão de um conflito nuclear e do uso de armas de destruição em massa. Para Bobbio (1965), nenhuma teoria tradicional é hoje capaz de justificar a guerra. As guerras do passado, por mais longas e cruéis que fossem, não eram capazes de pôr em perigo a própria sobrevivência da espécie humana como as guerras da nossa época. A guerra moderna é um fenômeno irracional e destrutivo, sem nenhuma vantagem material, civil ou técnico-científica, e desprovida de qualquer justificativa moral.

Para Bobbio (1965), também não tem sentido justificar moralmente a guerra como faz a teoria ético-teológica da "guerra justa" (*bellum justum*), que foi utilizada desde Agostinho (2000) para negar a validade do pacifismo e admitir como possíveis as finalidades éticas da guerra. Essa teoria não oferece hoje nenhum critério de avaliação moral dos eventos bélicos, nem é capaz de indicar o sujeito que pode julgar os erros e as razões dos beligerantes de um ponto de vista superior e imparcial. Em vez de "fazer vencer aquele que tem razão", ela foi utilizada para "dar razão ao vencedor". A guerra é hoje a expressão conclamada da irracionalidade anárquica em que se encontram as relações entre os Estados soberanos e expressão da impotência das instituições internacionais (que, mesmo após os esforços das potências vencedoras da Segunda Grande Guerra, no sentido de dar vida a fortes poderes supranacionais para garantir uma paz estável e universal, ainda não alcançaram tal objetivo).

É a partir desta constatação (a situação de anarquia e irracionalidade a que levou o equilíbrio entre as grandes potências) que Bobbio traça o seu projeto denominado "pacifismo jurídico", que tem como objetivo principal a conquista da paz mundial através de uma reforma do direito e das instituições internacionais por meio da instituição de um Estado mundial ou Superestado, único e universal acima de todos os Estados existentes, que monopolize o uso da força no plano internacional como uma autoridade superior capaz de decidir quem tem razão e

quem está errado e de impor a própria decisão com força. A sua institucionalização ocorreria a partir da adoção do modelo da "analogia doméstica", ou seja, da mesma forma como os indivíduos renunciaram ao uso individual da força atribuindo-a ao uso exclusivo do Estado nacional, também o pluralismo dos centros de poder estatais cederiam cada um o seu poder soberano a um órgão novo e supremo, que deverá ter o mesmo monopólio da força em relação aos Estados como o Estado tem em relação aos indivíduos (BOBBIO, 1991, p. 80-1).

Desse modo, surgiria uma nova ordem mundial mais pacífica derivada de novas instituições que superariam os Estados soberanos e atribuiriam poderes de intervenção político-militar a uma autoridade central de caráter supranacional. Para Bobbio (1991), a organização das Nações Unidas representaria uma antecipação desse projeto, como resultado de um verdadeiro "pacto social" (*pactum societatis*) mesmo sem a submissão dos Estados contraentes a um poder comum com poder de coerção (*pactum subjectionis*). Sua criação representa um passo à frente em relação à precedente Sociedade das Nações devido à "efetiva universalidade do pacto", à atribuição ao Conselho de Segurança (artigos 42 e 43 da Carta) de ter o poder de empreender todas as ações precisas para o restabelecimento da paz e à sua "inspiração democrática", já que no seu interior foi previsto o instituto característico de cada sociedade democrática – a Assembleia, onde os Estados estão representados em pé de igualdade e as decisões são tomadas pela maioria. Mas, segundo ele, esse processo de democratização permanecerá incompleto enquanto coexistir, no interior das organizações internacionais, o velho princípio da soberania dos Estados e a nova tendência a dar vida a um "forte poder comum".

Habermas e a releitura do projeto kantiano

Habermas também irá retomar o projeto kantiano. Em 1995, na celebração do bicentenário da obra *Paz Perpétua*, ele procurou destacar a atualidade desse projeto, defendendo uma série de propostas no sentido de tornar juridicamente operante uma organização supranacional promotora da paz, dos direitos humanos e da democracia. Como vimos, na sua obra *Paz Perpétua* Kant acrescenta à teoria do direito público internacional uma terceira dimensão, o "direito cosmopolita". Com o direito cosmopolita, propõe uma condição jurídica global onde os povos devem eliminar as guerras de modo definitivo, estabelecer a democracia em nível planetário e respeitar os direitos fundamentais dos indivíduos. Com o distanciamento histórico de 200 anos e não recorrendo mais aos conceitos do direito racional utilizados por Kant, Habermas reformula o ideal cosmopolita kantiano tendo em vista a situação mundial contemporânea (HABERMAS, 1996).

De acordo com Habermas (1996), o objetivo da almejada "condição jurídica" entre os povos, proposta por Kant (1993) no encerramento da *Doutrina do direito*, é a eliminação da guerra: a guerra restrita, institucionalizada no sistema das potências internacionais, no âmbito do "direito das gentes", como um instrumento legítimo para a solução de conflitos. Os tratados põem fim às guerras particulares definindo a situação efêmera de paz. Com a *Paz Perpétua* (1989), Kant pretende estabelecer uma aliança de paz que pretende encerrar todas as guerras para todo o sempre, suprimindo todos os males por ela ocasionados: desse modo, a paz é

circunscrita da mesma maneira que a própria guerra. O direito "à guerra" (*jus ad bellum*) não é direito algum, já que é apenas a expressão do livre-arbítrio, concedido aos sujeitos do direito internacional de agirem na condição extralegal (condição natural).

Em Kant (1989), a paz perpétua é apenas um sintoma da condição cosmopolita, conceituada juridicamente. Ao fazer a distinção entre direito cosmopolita (*ius cosmopoliticum*) e direito internacional clássico (*ius gentium*), Kant enfatiza que enquanto o direito das gentes tem vigência apenas peremptória (devido a ser um direito em condição natural), o direito cosmopolita procura acabar definitivamente com a condição natural (como o direito sancionado na forma estatal). Habermas confirma a postura kantiana anterior à *Paz perpétua*. Segundo Habermas, Kant ainda afirmava, em um tratado publicado apenas dois anos antes da *Paz perpétua*, que a condição cosmopolita só seria possível por meio de um direito internacional baseado em leis públicas dotadas de poder às quais cada Estado tivesse de se submeter – já que uma paz geral e duradoura, através de um equilíbrio das potências na Europa, é uma quimera. Mas, posteriormente, Kant passará a distinguir entre "Estado das nações" (ideia anterior) e "liga das nações" (ideia que passará a defender). A partir daí, Kant irá afirmar que a condição "cosmopolita" deve ser distinta da condição jurídica atinente ao interior de cada Estado: nela, os Estados devem manter sua independência em relação a um poder superior que possa coibir-lhes a agir juridicamente. Embora renunciando à guerra como instrumento legítimo para a solução dos conflitos internacionais, tais Estados devem, no entanto, manter intacta a sua soberania. No lugar de uma "república mundial" Kant passará a defender a ideia de uma "aliança" que refuta a guerra. Tal aliança surge dos atos soberanos de vontade expressos em contratos do direito internacional, eles não fundamentam quaisquer postulações legais a que os membros possam recorrer – apenas unem tais Estados em torno de uma aliança perdurável ("uma associação duradouramente livre"), comparável a um "congresso estatal permanente." (HABERMAS, 1996, p.196).

Para Habermas, a construção teórica kantiana da "liga das nações" é paradoxal, já que, por "congresso", Kant entende apenas um "agrupamento arbitrário" de diversos Estados, dissolúvel a qualquer tempo, e não uma "união" que se funda sobre uma constituição estatal. Kant não foi capaz de explicar como é possível a garantia de permanência dessa união, capaz de harmonizar os conflitos internacionais, sem a obrigação jurídica de uma constituição. E, embora Kant fale em uma federação de Estados que fomente uma paz duradoura, distinta de alianças passageiras, ele defende a necessidade de preservação da soberania dos Estados membros, fazendo com que a resolução dos conflitos internacionais sem o apelo à guerra dependa apenas de um sentimento comum em prol desse fim almejado, mas não expresso mediante um processo. Para Habermas, é preciso que os Estados sejam obrigados a agir em conjunto no plano internacional. Sem esse "momento da obrigação" o congresso de Estados não pode se tornar "permanente", nem a associação voluntária pode se firmar como duradoura: ela irá permanecer atrelada a constelações de interesses instáveis e acabará por decair (como aconteceu com a Liga das Nações). Para Habermas, o explícito erro de Kant está em não fixar-se em uma obrigação jurídica estabelecida entre os Estados: Kant não entende a liga das nações concebida como uma organização com unidades coordenadas, com

qualidade estatal e autoridade coercitiva, e sim como uma união moral dos governos entre si (HABERMAS, 1996, p. 196-7).

Para Habermas (1996), embora Kant perceba tal problema, ele o encobre utilizando-se de um apelo à razão; mas ele sabia que uma aliança permanente precisava ser firmada em termos jurídicos – e não em um evento moral – carecendo de qualidades de uma boa “constituição de Estado” que, inclusive, poderia estimular a formação moral daqueles que a ela se submetem. A reserva kantiana quanto ao projeto de uma comunidade constitucional dos povos é entendível, levando-se em conta o fato de que na sua época o Estado democrático de direito recém-nascido das Revoluções Americana e Francesa ainda era exceção, e não a regra³.

Diante do contexto vivenciado por Kant, a perspectiva de uma constituição cosmopolita que não respeite a soberania dos Estados surge como algo irreal. Do mesmo modo que o próprio Kant (1989) percebe a impossibilidade de uma “monarquia universal”, por considerar que tal condução teria por consequência o “mais terrível despotismo”, Habermas (1996) também sustenta igualmente a dificuldade de se acreditar, na época de Kant, em uma motivação moral para a criação e manutenção de uma federação de Estados livres e comprometidos em uma política conjunta de poder.

Atualmente, diante dos perigos advindos com a globalização (desequilíbrios ecológicos, de assimetrias do bemestar e do poder econômico, das tecnologias pesadas, do comércio de armas, do terrorismo, da criminalidade ligada às drogas etc.), a sociedade mundial é obrigada a se integrar em uma comunidade involuntária de risco. A resolução dos problemas advindos com a globalização precisa levar em conta variáveis importantes, tais como: a composição do Conselho de Segurança (unido em torno de um objetivo único), a mobilização política dos Estados, a formação de regimes regionais (propiciando alicerces efetivos à Organização Mundial) e a incitação a um comércio coordenado em nível global. Enfim, a temática da constitucionalização do direito internacional mais uma vez volta à tona.

Referências bibliográficas

AGOSTINHO, S. *A Cidade de Deus*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2000.

BOBBIO, Norberto. *Il problema della guerra e le vie della pace*. Turim: cooperativa libraria universitária editrice, 1965.

_____. *Una guerra giusta? Sul conflitto del Golfo*. Veneza: Marsilio, 1991.

GOYARD-FABRE, Simone. *Os Princípios Filosóficos do Direito Político Moderno*. Trad. Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

HABERMAS, Jürgen. *Die Einbeziehung des Anderen: studien zur Politischen Theorie*. Frankfurt: Shhrkamp, 1996.

³ Na época de Kant o sistema das potências funcionava sob o pressuposto de que apenas Estados soberanos podiam ser sujeitos do direito internacional. Soberano era o Estado capaz de afirmar sua independência na arena internacional (soberania externa) e de preservar a tranquilidade e a ordem no próprio país (soberania interna). Nesse contexto, a razão de Estado é definida por princípios de uma política de poder prudente, que inclui guerras delimitadas, e na qual a política interna fica sob o primado da política externa.

_____. *A constelação pós-nacional: ensaios políticos*. Trad. Márcio Seligmann-Silva. SP: Littera Mundi, 2001.

_____. *O Ocidente dividido*. Tradução: Luciana Villas Boas. Rio de Janeiro: Tempo Brasileira, 2006.

_____. *Entre naturalismo e religião. Estudos filosóficos*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007.

_____. *¡Ay, Europa!* Trad. José Luis López de Lizaga, Pedro Madrigal Y Francisco Javier Gil Martín. Madrid: Trotta, 2008.

KANT, Immanuel. *Ideia de uma História Universal de um Ponto de Vista Cosmopolita*. Trad. Ricardo Terra & Rodrigo Neves. São Paulo: Brasiliense, 1986.

_____. *A Paz perpétua*. Trad. Marco A. Zingano. Porto Alegre: L&PM, 1989.

_____. *Doutrina do Direito*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Ícone, 1993.

KELSEN, Hans. *Peace through Law*. The University of North Carolina Press, Chapel Hill 1944 (segunda ed.: Garland Publishing, Inc., New York 1973).

_____. *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer Reinen Rechtslehre*, Mohr, Tübingen 1920. Trad. it. Giuffrè, Milano 1989.

MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

Sobre o autor

Francisco Pereira de Sousa

Graduado em Direito e Filosofia; Mestre e Doutor em Filosofia; Professor Adjunto da UFAL; Membro Gt Ética e Cidadania/ANPOF. E-mail: sousafranciscopereira@gmail.com

Recebido em: nov/2017

Aprovado em: abr/2018

Como referenciar esse artigo

SOUSA, Francisco Pereira de. O projeto jusfilosófico de constitucionalização do direito internacional. *Argumentos: Revista de Filosofia*. Fortaleza, ano 10, n.19, p. 102-113, jan.-jun. 2018.