

Estado e constituição em tempos de abertura: a crise conceitual e a transição paradigmática num ambiente intercultural¹

State and constitution in times of openness: The conceptual crisis the paradigm shift in an intercultural environment

José Luis Bolzan de Moraes²

Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Brasil
bolzan@hotmail.com

Gustavo Oliveira Vieira²

Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Brasil
gvieira7@gmail.com

Resumo

Este trabalho pretende analisar a necessidade de uma nova abordagem e adjetivação, adequada à realidade que extrapola os adjetivos transnacional ou cosmopolita. O termo “pós-nacional”, empregado por Habermas, delimita melhor as consequências que a internacionalização do direito implica para o Estado Nacional e para o constitucionalismo a ele conectado. Os direitos humanos promovem uma reviravolta paradigmática na modernidade jurídica, implicando, também, na revisão conceitual nas relações entre o direito interno e o direito internacional. Tal situação demanda uma reflexão renovada quanto aos mecanismos e estratégias na e para a aplicação dos direitos humanos pelos órgãos internos dos países que compartilham as definições constantes de normas convencionais. Apresentar-se-á na primeira parte deste artigo este processo de crise conceitual, que promove uma transição nos direitos humanos. Em seguida, serão demonstrados os desafios da interculturalidade constitucionalmente mediada, e, na sequência, os riscos e os desafios advindos daí, buscando contribuir para a atualização da problemática constitucional “pós-nacional”. Concluir-se-á que as transformações conteudísticas do Estado e de estabelecimento dos direitos humanos na esfera internacional promovem rearranjos formais e substanciais, o que redesenha as práticas jurídico-constitucionais.

Palavras-chave: crise do Estado, direitos humanos, constitucionalismo, tratados internacionais.

¹ Este trabalho compõe os debates que se desenvolvem no âmbito do Projeto de Pesquisa intitulado “Estado e Constituição: a internacionalização do direito a partir dos direitos humanos”, que conta com apoio do CNPq, por meio de bolsa de produtividade em pesquisa do autor, bem como da FAPERGS, por meio do edital “Pesquisador Gaúcho”, cuja temática vem sendo desenvolvida por intermédio de um grupo interinstitucional de pesquisadores, reunidos em torno do Grupo de Pesquisa “Estado e Constituição”, vinculados à Unisinos, Universidad de Sevilla, U. Roma I, UNIJUÍ, UFSM, UFPEL e FDV.

² Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Av. Unisinos, 950, Cristo Rei, 93022-000, São Leopoldo, RS, Brasil.

Abstract

This paper analyses the need for a new approach and asks what adjectives are suitable for the new reality that surpasses commonly used adjectives such as “transnational” or “cosmopolitan”. The term “post-national”, coined by Habermas, seems to be more suitable to understand the consequences that the internationalization of law entails for the National State and its constitutionalism. Human rights promote a paradigm shift in modern law, which also results in the need for a conceptual revision in the relationship between domestic and international law. This situation demands a new reflection on the mechanisms and strategies of implementation of human rights by domestic legal institutions of the countries that share the definitions of conventional norms. The article first discusses the process of conceptual crisis that is promoting a transition in human rights. Then it shows the challenges of constitutionally mediated interculturality, as well as the resulting risks and challenges, in order to help update the constitutional issue in this “post-national” context. It concludes that the changes of the State and the establishment of human rights in the international sphere promote formal and substantial rearrangements, prompting a redesign in the practices of constitutional law.

Key words: crisis of the state, human rights, constitutionalism, international treaties.

Introdução

O nível de abertura em que se encontram os sistemas jurídico-políticos nacionais admite ou requer uma nova abordagem e adjetivação, adequada à realidade em curso, que os termos transnacional ou cosmopolita extrapolam. O adjetivo “pós-nacional”, empregado por Habermas (2000, 2001, 2002a, 2002b), dá o tom, de forma mais precisa, da expressão que a internacionalização do direito implica para o Estado Nacional e para o constitucionalismo a ele conectado – o que pode ser identificado como o Estado Nacional Constitucional³ – posto na ordem do dia a partir de um verdadeiro “realinhamento constitucional” (Vieira, 1999, p. 17-49).

Da mesma forma, o tratamento dos direitos humanos, em particular, promove uma reviravolta paradigmática na modernidade jurídica, implicando, também, uma revisão conceitual nas relações entre o direito interno (nacional) e o direito internacional, impondo uma reflexão renovada quanto aos mecanismos e estratégias na e para a aplicação do direito dos direitos humanos pelos órgãos internos dos países que compartilham as definições constantes de normas convencionais, sobretudo no que se refere às relações com o direito constitucional de base nacional, e não só destas, como também de todo o seu arcabouço, uma vez confrontado com a dinâmica da desterritorialização das estruturas jurídico-políticas e econômicas e das repercussões sentidas diante da construção de ordens normativas compartilhadas culturalmente (Bolzan de Moraes, 2006, p. 23-24), cabendo problematizar, na linha de Michele Carducci (2011, p. 47-55), a ocorrência da integração por intermédio das constituições.

Para iniciar o debate, apresentar-se-á na primeira parte deste artigo este processo, inaugurado em um ambiente de crise conceitual – de poder soberano e de territorialidade, em particular –, que promove uma transição paradigmática – posto que o vivenciamos em construção (Julios-Campuzano, 2010b) –, assumindo-se em sua dinâmica e intensidade variáveis. A seguir, pontuaremos os desafios da interculturalidade constitucionalmente mediada, e, na sequência, riscos e desafios advindos daí, buscando contribuir para a atualização da problemática constitucional “pós-nacional”.

Para iniciar o debate, apresentar-se-á na primeira parte deste artigo este processo, inaugurado em um ambiente de crise conceitual – de poder soberano e de territorialidade, em particular –, que promove uma transição paradigmática – posto que o vivenciamos em construção (Julios-Campuzano, 2010b) –, assumindo-se em sua dinâmica e intensidade variáveis. A seguir, pontuaremos os desafios da interculturalidade constitucionalmente mediada, e, na sequência, riscos e desafios advindos daí, buscando contribuir para a atualização da problemática constitucional “pós-nacional”.

Da crise conceitual (do Estado) à transição paradigmática (da teoria jurídica): o tempo de abertura do Estado e da Constituição

Para tratar de um dos temas mais controversos no que respeita aos direitos humanos, é preciso

³ Com a expansão do constitucionalismo, pode-se supor a coexistência entre Estado Nacional e Estado Constitucional, mesmo reconhecendo-se o descompasso entre o prestígio teórico e o desprestígio prático – tomando emprestada a suposição de Dallari (1986, p. 73-75), experimentado pelo constitucionalismo no reconhecido “curto” século XX, inclusive se confrontado com o seu reforço no contexto do dito *ne Constitucionalismo*. Acerca do debate em torno do ou dos neoconstitucionalismo(s) há uma vasta e diversificada bibliografia, à qual não iremos nos ater neste momento.

alocá-lo em um contexto mais amplo, sobretudo para evitar-se um reducionismo disciplinar que empobrece o olhar e inviabiliza um entendimento complexo e complexificador. Assim, é preciso abrir o debate trazendo à cena, como ambiente tradicionalmente privilegiado, o Estado, como lócus prioritário, mas não apenas um retorno à teoria do Estado, e sim a partir da percepção de que esta instituição moderna precisa ser revisada em seus predicados. Por isso partimos do reconhecimento de uma (i) crise conceitual do Estado (Bolzan de Moraes, 2011), gerada pela porosidade/esboroamento da soberania que constituiu a essência do Estado como forma e instituição político-jurídica moderna, implicando também os seus outros elementos característicos (território e povo), que, por sua vez, aponta à (ii) transição paradigmática da teoria jurídica contemporânea (Julios-Campuzano, 2010b), ou seja, indicando a formação de um novo paradigma ainda por vir – implicações próprias da mundialização sobre o universo jurídico atual, expondo os desafios do constitucionalismo em tempos de globalização.

Desde logo, o que nos interroga diz com o caráter mesmo do Estado e sua principal característica: o Poder, como soberania. A ideia de soberania, antiga conhecida dos lidadores no campo da Teoria do Estado, da Ciência Política e do Direito – não vamos aqui adentrar no debate ultrapassado e artificial da separação público/privado da tradição do Direito liberal-individualista –, é um conceito que emerge e se consagra já nos anos 1500. De lá para cá o tema tem sofrido transformações significativas, especialmente no que tange ao seu conteúdo, para adaptar-se às novas circunstâncias históricas impostas pelas mutações por que passaram os Estados, bem como pelos novos laços que os unem nas relações interestatais, entre outras circunstâncias que lhes são inerentes.

Muito embora a soberania permaneça adstrita à ideia de insubmissão, independência e de poder supremo juridicamente organizado, deve-se atentar para as novas realidades que impõem à mesma uma série de matizes, transformando-a por vezes.

Falar em soberania, nos dias que correm, como um poder irrestrito, muito embora seus limites jurídicos, parece mais um saudosismo do que uma avaliação lúcida dos vínculos que a circunscrevem. Destes, muito já se falou de seus parâmetros democráticos que implicam um efetivo controle conteudístico de sua atuação. Ora, se o Estado se caracteriza por uma organização

democrática, é evidente que a sua atuação fica vinculada inexoravelmente ao conteúdo mesmo da democracia e a tudo o mais que isto implica relativamente a controles públicos, limites procedimentais, garantias cidadãos, etc.

Mas, ao lado de tais circunscrições, outras assumem relevância. Neste viés, pode-se apontar, além dos vínculos criados pelo Estado Constitucional, a crise do Estado Moderno em apresentar-se tradicionalmente como centro único e autônomo de poder, sujeito exclusivo da política, único protagonista na arena internacional e ator supremo no âmbito do espaço territorial de um determinado ente estatal nacional.

O que se percebe neste movimento é que, ao lado do aprofundamento democrático das sociedades, o que ocasionou um descompasso entre a pretensão de um poder unitário e o caráter plural das mesmas, ocorre uma dispersão nos centros de poder. Pode-se vislumbrar como que uma atitude centrífuga, de dispersão dos *loci* de atuação política na sociedade, seja no âmbito interior, seja no exterior.

Talvez aqui fosse possível falar-se em um novo conceito de soberania alicerçada, como querem alguns, na capacidade de seu poder econômico, no seu papel hegemônico como poder bélico e na ampliação da velocidade e quantidade da troca de informação em nível global, em particular desde as novas possibilidades tecnológicas.

Uma soberania pós-moderna cujas fronteiras, aquelas próprias do modelo moderno do Estado, seriam flexíveis, sem que se saiba ao certo onde se iniciam e onde terminam, se é que se iniciam ou terminam, em algum lugar demarcado.

A interdependência que se estabelece contemporaneamente entre os Estados aponta para um cada vez maior atrelamento entre as ideias de soberania e de cooperação jurídica, econômica e social, por um lado, e a de soberania e de intervenção política, econômica e/ou militar, de outro, o que afeta drasticamente a pretensão à autonomia em sua configuração clássica⁴.

Por mais que se argumente no sentido de que esta colaboração só é possível em razão da própria soberania, a qual permitiria a um Estado vincular-se a outro(s) em questões que lhe interessem ou para fazer frente a situações paradigmáticas, o que se observa na prática é a revisão radical dos postulados centrais da mesma.

Na onda da crise conceitual do Estado, que aflige seu elemento constituinte, a soberania, a identidade entre o Estado e o Direito, que caracterizou o projeto moderno, passa também a sofrer questionamentos e

⁴ O termo *autonomia* não está utilizado, aqui, no seu contraste à soberania, como capacidade que têm os entes federados de um determinado País de se auto-organizar, mas como seu sinônimo.

desafios novos, sob a influência da compressão espaço-tempo gerada pela mundialização, que descerra um cenário que já não se caracteriza univocamente como internacional, transnacional ou necessariamente mundial, podendo ser definido pelo termo habermasiano pós-nacional (Habermas, 2001). O cenário pós-nacional faz balançar o edifício jurídico que calça sua legitimidade no “povo”, enquanto “nação”, sob o manto do princípio da soberania popular, assim como fragiliza suas referências territoriais. Resta como tarefa “reconstruir o fragmentado panorama de um direito desbordado pela própria aceleração das coordenadas espaço-tempo”, numa rede de interesses transnacionais que escapam ao controle político, numa teia de transformações sociais que avançam e tensionam o universo jurídico a uma transição paradigmática.

A transição paradigmática da teoria jurídica ante a interdependência da mundialização aponta para o fim do monopólio estatal na produção jurídica, inventando, impondo e/ou construindo novos espaços normativos, a partir dos quais se permite apostar numa retomada do aspecto cosmopolita das tradições jurídicas rumo a uma diversidade jurídica sustentável (Glenn, 2010), ainda que não seja esta a tendência preponderante. De modo que tanto emergem convergências nas tradições jurídicas que se conectam, assim como se percebe uma homogeneização jurídico-cultural fruto da imposição sob o risco de um imperialismo de tradições jurídicas hegemônicas ditadas pelo domínio econômico que se converte em político e cultural. Disso tudo, resta a crise desfuncionalizante do modelo tradicional de se pensar e fazer o direito, nos termos postos por Julios-Campanozano (2010a, p. 17). A composição desse cenário de transição paradigmática dialoga com a crise conceitual do Estado, diferenciando-se sobretudo ao trazer o foco disciplinador especificamente à teoria jurídica.

No conjunto, o resultado desse contexto da mundialização geradora de um cenário pós-nacional que, por um lado, aponta à crise conceitual do Estado e, por outro, à transição paradigmática da teoria jurídica, resta uma evidente abertura cada vez mais persistente e permanente do Estado e da Constituição às redes político-normativas transnacionais. Abertura essa que se mostra tanto cognitiva quanto jurídico-positiva (haja vista as cláusulas constitucionais abertas ao modo do nosso artigo 5º §2º da Constituição brasileira de 1988, além dos mais recentes §3º e 4º do mesmo artigo), que tem, na diversidade e no multiculturalismo, axiomas emergentes e dilemas tensionadores do *status quo* tanto institucional quanto cultural e normativo, a serem perquiridos adiante.

Estado e constituição desafiados pela sociedade multicultural

Com a tendente abertura do Estado e da Constituição, e sob declarações de que o Estado nacional está com os dias contados (Habermas, 2003, p. 31), impõe-se refletir sobre os dilemas que permeiam o Direito Constitucional para uma sociedade multicultural, ao modo com que Denninger e Grimm problematizam: qual seria o mínimo de consenso necessário e o máximo de conflito possível para se conviver sob a mesma ordem jurídico-constitucional? De modo que o desafio é pensar e problematizar uma diversidade sustentável – apropriando-nos da expressão de Patrick Glenn, mas aplicando para o social, político e jurídico-constitucional –, sob a égide dos direitos humanos – universais e indivisíveis.

Vale lembrar que o próprio Estado, como Estado-Nação, com a população nacional pretensamente homogênea sempre foi muito mais uma obra de ficção do que realidade social (Habermas, 2002b, p. 91) – e ainda que o amálgama das ficções da nação e do nacionalismo tenha sido inventado para promover a integração entre estranhos, pela criação de símbolos de identidade comum e delimitação de tradições compartilhadas, também teve nos patológicos devaneios do ultranacionalismo (etnocêntrico), belicoso e autodestrutivo, uma face desintegradora tanto interna quanto externa e internacionalmente, a partir da identificação da política como categoria schmittiana que deva operar na dualidade amigo-inimigo. A contradição entre a finalidade da integração pela via do Estado em face à dualidade política do binômio amigo-inimigo se tornou impossível de ser superada no interior de um mesmo sistema – ainda que os direitos humanos e a democracia sejam operadas/compreendidas de forma interdependente.

Ao mesmo tempo em que o Estado tem como tarefa construir a integração social diante da diversidade, que é exponencialmente ampliada com os influxos da mundialização, que, para além do exponencial crescimento do intercâmbio de informação, capital e mercadorias, tem o choque, de um lado, pelo fluxo de pessoas e, de outro, pela ressignificação do seu processo interno de integração social nacional pelo reconhecimento das primeiras nações (indígenas, aborígenes) – reconhecendo-se como sociedades plurinacionais. E, para além dos aspectos virtuais ou simbólicos, percebem-se avanços importantes na integração social como um todo, mesmo no campo real da política, na medida em que representantes de minorias que foram historicamente institucional e socialmente excluídas passam a ocupar cargos da mais alta chefia em Estados democráticos – Barack

Obama, um afrodescendente, nos Estados Unidos da América, Dilma Rousseff, uma mulher, no Brasil, e Evo Morales, um indígena, na Bolívia, para lembrar apenas alguns presidentes de repúblicas desse início de milênio. Essas novas lideranças trazem à tona condições há poucas décadas desafiadoras até nos sonhos mais utópicos. Mas, ao mesmo tempo em que as dinâmicas internas de integração do povo/nação apresentam avanços significativos, outros dilemas e tensões surgem pela intensificação do convívio intercultural que desafiam as identidades nacionais.

Ainda que o pertencimento a um grupo humano seja constituinte de um ser humano, as identidades nacionais, mesmo narradas com pouco enraizamento na realidade histórica, são desacomodadas pela intensificação de imigrantes, legais ou ilegais, que, além da mão de obra (barata) faltante em períodos de abundância, evidenciam novas formas de vida, marcando pontos de convivência pós-tradicionais, que tanto podem ampliar a empatia quanto fustigar ódios contidos no medo e no repúdio da diferença e do novo, considerando a potencial desorientação cultural provocadora de uma desestabilização dos mundos privados (Lipovetsky e Serroy, 2010)⁵, bem como pautando dilemas fáticos ainda intransponíveis. Dieter Grimm (*in* Denninger e Grimm, 2007, p. 54-56) enumera uma série de questões interessantes para serem refletidas à ordem constitucional em sociedades multiculturais, entre elas se: Deve ser autorizada poligamia aos imigrantes no país de acolhida quando está permitida no seu país de origem? Pode um motociclista sikh exigir ser dispensado da obrigação geral de usar capacete apelando ao dever religioso que pesa sobre ele de vestir turbante? Ou, ainda, como expõe Höffe (2008, p. 17-18), existe uma competência penal intercultural? E o que se podem exigir mutuamente culturas diferentes, mesmo se reconhecendo como supraculturais os crimes máximos (como genocídio e demais tipos previstos pelo Estatuto de Roma)?

O genocídio, como exemplo máximo de crime supracultural, foi contra a diversidade humana como tal, hostil às características próprias da humanidade. Não foi apenas um crime contra os judeus, mas contra a humanidade. Os criminosos acharam-se no direito de determinar quem deveria e quem não deveria habitar o mundo (Lafer, 1998, p. 180). O sentido do que foi levado a efeito pelo nazismo e seus resultados imediatos abriram um abismo ético-moral nos preceitos de convivialidade “civilizada” no planeta. Foi a primeira vez que, de modo

praticamente consensual, a esfera pública percebeu a guerra como algo catastrófico, a partir do estarecimento gerado pelos horrores da Segunda Grande Guerra.

A diversidade também encontra opositores pela hegemonia do capital, ou, melhor dizendo, na forma do neocapitalismo transnacional e financeiro. A globalização neoliberal avança o rolo compressor estandardizante em direção a um mundo plano, modelador/amoldador do ser-estar no mundo a um protótipo de viver da “subjetividade capitalística”.

No entanto, é preciso questionar se há limites à diversidade? Se a expressão da diversidade tem limites ante a formação de um sistema político-jurídico único? É impossível prever o alcance da expressão da diversidade, seja cultural, ideológica, enfim, da multitude de modos de vida que a sociedade humana pode ou poderá desenvolver. Todavia, vale inquirirmos se, mesmo reconhecendo que os direitos humanos têm por tarefa proteger e promover a diversidade, ocorreriam formas de expressão da diversidade a serem proibidas, criminalizadas e prescritas? Certamente que sim! A liberdade não é plena, encontrando limites na própria imposição da universalidade dos direitos, de modo que não se coaduna com ideologias e culturas que tenham prismas ou práticas violadoras dos próprios direitos humanos. Isso não significa que o discurso e a pretensão da universalização dos direitos humanos possam encontrar fronteiras nos voluntarismos unilaterais de culturas autoritárias, fundamentalistas e violentas, sustentadas tanto por leituras religiosas que comandam poderes político-estatais quanto por políticas antidemocráticas de Estados laicos.

Os dilemas da universalização dos direitos humanos tensionados pelo necessário diálogo intercultural, que devem ser pautados pela alteridade, exigem mecanismos mais eficientes que visem à concretização efetiva e universal de direitos, e não a perpetuação reiterada dos esquemas de voluntarismo estatal de matiz westfaliana clássica, ainda tão em voga na ordem político-jurídica internacional, como exemplificado pelas inúmeras possibilidades de reservas aos tratados internacionais de direitos humanos sem sistemas de controle interestatais ou pela maneira assimétrica com que a política e o direito internacional são operacionalizados e implementados.

Os direitos humanos ligam-se intrinsecamente à diversidade. A diferença entre seres humanos é uma condição própria da humanidade. Ao mesmo tempo, paradoxalmente, um dos grandes desafios da humanidade é conviver, pacificamente, com a diferença,

⁵ A expressão cultura-mundo diz respeito à cultura do tecnocapitalismo planetário da indústria cultural, do consumismo total, das mídias e das redes de informática, na linha da hipermodernidade já tratada pelo autor francês Gilles Lipovetsky.

indicando a distância que estamos da compreensão/concretização das condições de hospitalidade universal prescritas no terceiro artigo do opúsculo “À Paz Perpétua” de Immanuel Kant (2010, p. 37)⁶ – hospitalidade como direito e não como filantropia. Do etnocentrismo ao narcisismo os promotores de culturas de violação dos direitos humanos – racismo, homofobia, islamofobia, xenofobia –, expressam ideologias que têm por mote assolar patologicamente a diferença e fundamentam extremismos que se expressam pela violência. A diversidade deve ser tida como um patrimônio comum de toda a humanidade.

O fenômeno da mundialização desloca o problema do constitucionalismo, enquanto amálgama estabilizador e projetante da relação Estado e Direito, a um nível pós-nacional, que integra constitucionalismo estatal/estatocêntrico e promove a estruturação de um outro nível de organização político e social elevado às relações internacionais interestatais, refletindo num amadurecimento lógico do constitucionalismo oitocentista. Este amadurecimento do constitucionalismo acaba por revitalizar o projeto kantiano, sob uma nova dinâmica da política de inclusão e do Direito, centrado em valores que devem se abrir altruística e cooperativamente à interculturalidade.

A diversidade precisa ser integrada como um axioma, um princípio dos direitos humanos, correlacionado com outros dois, a universalidade e a indivisibilidade. Pelo princípio da universalidade, todos os seres humanos são titulares dos direitos ditos humanos, ou seja, são direitos de todos e em todos os lugares. Pelo princípio da indivisibilidade, os direitos civis, políticos se pressupõem de forma integrada/indivisível, em relação aos direitos sociais, econômicos e culturais, sem, portanto, uma ordem de privilégios entre si. Com tudo isso, a diversidade se impõe como valor a ser preservado, protegido, e, por que não, promovido, pelo sistema dos direitos humanos.

A ideia da tolerância, meramente religiosa em sua versão inicial, aparece como uma espécie de primeira versão do respeito da diversidade de formas de vida, como um imperativo que informa a impossibilidade de se exigir o fim do pluralismo social, e, simultaneamente, como uma vedação à aspiração de homogeneização da sociedade, passando, contemporaneamente à valorização e, mesmo, à proteção institucional da diferença, por meio da proteção às minorias e açambarcamento do pluralismo, pela matriz dos direitos humanos.

Considerações finais: abertura, ruptura e o futuro dos direitos humanos

Ante o mencionado cenário pós-nacional, e pós-tradicional, no qual se tensiona a crise conceitual do Estado com a transição paradigmática da teoria jurídica, os direitos humanos emergem como guião ético central, a ser persistentemente problematizado por força de sua formação histórica continuada. No entanto, os fluxos próprios da mundialização somados à integração dos pressupostos dos direitos humanos nos sistemas jurídico-políticos internos promovem dilemas constitucionais ínsitos à pretensão de unidade de sociedades multiculturais.

A perspectiva cosmopolítica do direito, caminho apontado pela categoria dos direitos humanos, só poderá realizar-se na medida em que o respeito à diversidade não seja apenas tolerado, mas sobretudo protegido, e, por que não, promovido e valorizado como algo que integra o mosaico intercivilizacional, intercultural e multicolor da família humana, em um contexto no qual se ultrapasse a perspectiva da conexão inexorável que liga o futuro dos direitos humanos ao do Estado-nação (Agamben, 2000).

Se não há condição válida, na ótica dos direitos humanos, para a descartabilidade dos seres humanos, a diversidade se impõe como uma realidade cuja pretensão contrária representaria uma violação ao que há de mais próprio da raça humana que é a diferença entre seus membros. Aliás, a diversidade se coaduna principiológicamente com o tripé civilizatório contemporâneo formado pela combinação dos direitos humanos, da democracia e da paz, na ordem com a formulação jurídica, política e na via pacífica imposta para a solução de controvérsias interpessoais e interinstitucionais. Elementos de um projeto civilizatório cuja transição paradigmática deve açambarcar o respeito à diferença, alteridade, o pluralismo de formas de vida, a diversidade, o diálogo intercultural e o cosmopolitismo.

Com tal quadro instalado, impõe-se, nos dias atuais, uma redefinição da relação entre Direito e Democracia no cenário pós-nacional – para que se construa um sistema de interface entre validade e facticidade. A condição de possibilidade para que um sistema jurídico político pós-nacional obtenha efetividade está depositada na sua correspondente legitimidade, nunca perfeita, num caminho sistemático de (re)construção democrática, procedimentalmente inclusivo e substancialmente

⁶ Kant (2010, p. 38) trata da hospitalidade como direito e não como filantropia, “em virtude da posse comunitária da superfície da Terra”.

guiado pelos referenciais da interdependência entre Paz, Direitos Humanos e Democracia – interculturalmente receptivos – o que dialoga, exemplificativamente, com o debate proposto por Agamben acerca da noção de exílio, pois, como sustenta, esta reconstrução põe em pauta a ruptura da tradição política dominante, permitindo reconstruir a política do ocidente sobre novas bases.

As transformações no Estado Nacional e no constitucionalismo também são frutos, entre outros fatores, do processo de emancipação do ser humano individual como sujeito de direito internacional (ainda que para muitos doutrinadores essa emancipação não esteja concluída), que projeta as transformações do direito internacional público não mais como mero direito interestatal, limitadamente atento aos direitos e deveres dos Estados, mas como aquele que inclui entre seus sujeitos também organizações internacionais, pessoas individuais e a própria humanidade, e, assim, assumindo-se como um direito internacional tendencialmente como direito da humanidade⁷.

Todavia, tais transformações se dão no bojo das tensões próprias de um processo de mundialização, multifacetado e ambíguo, cujos avanços cosmopolitas também são “contrabalançados” pelos influxos da ideologia neoliberal⁸, além de outros condicionantes, por vezes exercendo influência amoralizante sobre as políticas públicas estatais, na medida em que são esvaziadas do sentido comunitário e da função inclusiva, sobretudo de cunho social. O risco, aqui, manifestado pela jurista francesa Delmas-Marty (1998, p. 15-25), diz respeito à possibilidade da decomposição do sistema jurídico pelo mercado, na medida em que o direito passa a se tornar um instrumento de concorrência para atrair o capital internacional. Trata-se do mercado da lei, num ambiente onde quem manda é a lei do economicamente mais forte.

O diálogo tenso entre globalização econômica e direitos humanos deve ser interrogado pelas vias institucionais, estatais ou internacionais constituídas, na medida em que a responsabilidade social das empresas e os parâmetros éticos do mercado são requisitos dos consumidores e dos parceiros produtivos, como no caso do Pacto de Direitos Humanos da ONU para as empresas, que indica procedimentos, comportamentos e culturas a

serem implementados pelo setor econômico. É preciso lembrar que a proteção da pessoa humana não se exaure, e nem pode se exaurir na ação dos Estados (Trindade, 1999, p. 19-48) ou no âmbito do espaço político.

Por fim, é necessário apontar alguns desafios e riscos que uma eventual condensação de culturas jurídicas tende a enfrentar, como o que está sendo introduzido na Europa e mesmo na região meridional da América do Sul. Sem a adequação ao regime democrático e ao reconhecimento de direitos humanos e fundamentais, é pouco provável que qualquer processo de integração ter-se-ia desenvolvido sólida e continuamente, dando azo à formação de organizações supraestatais/superestados que transformam visceralmente o conceito de Estado pelas transformações no papel da soberania, sem uma base democrática.

Nesse sentido, caberia questionarmos se a “fertilização recíproca”, na expressão de Delmas-Marty, gerada pelas tradições jurídicas do mundo tenderia a um processo de colonização cuja direção é pautada pela dependência econômica, ou se caberia projetar, na linha de Glenn (2010), uma diversidade sustentável. Ou ainda, conforme Denninger e Grimm (2007, p. 32), a questão multicultural também apresenta um desafio transponível com complexidade – afinal, qual o mínimo de consenso que exige uma sociedade e qual o nível de conflito que pode suportar?

A internacionalização do direito coloca em questão a legitimidade da produção normativa, pois o poder (interno estatal) democraticamente legitimado para ser o centro da produção legislativa é tornado um órgão para ratificação/adesão ou implementação dos tratados internacionais, em regra chancelando o texto produzido no jogo das relações internacionais, internalizando-o. Assim, os destinatários se tornam obrigados a determinados conteúdos cuja produção é extraterritorial/extranacional.

Em matéria de tratados internacionais de direitos humanos, esta preocupação quanto à legitimidade deve ser revisitada, tendo em vista que a abertura do sistema normativo à recepção integrativa de textos legais que visam assegurar direitos humanos pode/deve representar um incremento qualitativo dos direitos tu-

⁷ “In the course of the last century International Law has undergone an extraordinary development, which gradually took the shape of an *historical process of its humanization*. Traditional International Law, in force at the beginning of the 20th century, was characterized by unlimited State voluntarism, reflected in the permissiveness of recourse to war, secret diplomacy and the celebration of unequal treaties, the maintenance of colonies and protectorates and zones of influence. Against this oligarchical and unjust order arose principles such as those of the prohibition of war of aggression and of the use and threat of force, – and of the non-recognition of situations generated by these latter, – of the juridical equality of States, and of the peaceful settlement of international disputes. Moreover, the struggle against inequalities started, with the abolition of the capitulations, the establishment of the system of protection of minorities under the League of Nations, and the early international labour conventions of the International Labour Organization [...] The process of *democratization* of International Law was then launched” (Trindade, 2010, p. 653).

⁸ “Il n’y a pas, contrairement à ce que l’on pourrait croire, de rejet massif et global de la mondialisation. Celle-ci constitue un processus désormais trop diversifié, trop multiforme et trop contradictoire pour donner lieu à des clivages simples” (Laïdi, 2002, p. 25).

telados e promovidos pelo Estado, em favor das pessoas. Portanto, não há perdas em razão da infiltração de conteúdos mesmo que com “legitimidade questionável”, mas ganhos em termos de cidadania pela inclusão de novas garantias e direitos que passam a integrar o elenco de direitos fundamentais.

O risco indesejável, e talvez inevitável, é o de uma ocidentalização do mundo, com a tendente condensação de culturas cuja preponderância tende a fazer com que a robustez econômica seja o critério primeiro. Aliás, talvez ocidentalização não seja o termo mais preciso, pois regiões como a América Latina e a África mais absorvem e mimetizam processos de americanização e europeização do que efetivamente contribuem de forma dialógica para a construção de um direito cada vez mais adequado a uma sociedade que se globaliza. Uma “internacionalização”, portanto, que em grande parte das vezes tem endereço de saída e de chegada. A europeização das instituições públicas no âmbito do direito dos povos pode ocorrer tanto por uma imposição colonizadora quanto pelas sofisticadas técnicas jurídico-políticas desenvolvidas no velho continente e implementadas voluntariamente como as referências principais a serem seguidas, ainda que mais açambarcadas à força do período colonial do que pela vontade soberana dos povos. De toda forma, foi a tradição que se instituiu, com todos os seus anacronismos ínsitos, cuja “importação” ou transposição de conteúdos gera dificuldades e distorções na implementação pela não “naturalização” cultural.

Trata-se de uma transformação conteudística do Estado, por onde as suas crises afetam tanto o “lugar” do constitucionalismo, que passa do âmbito nacional para o regional e, eventualmente, projeta um âmbito mundial/cosmopolita, como a forma do mesmo de documentos legislados nacionalmente para pactos construídos negocialmente em escala internacional sob o formato de tratados, como o caso dos tratados internacionais de direitos humanos, além de promover rearranjos formais e substanciais e novos desenhos e práticas jurídico-constitucionais, inclusive sob a perspectiva de interações dialógicas entre ordens e espaços normativos. De toda forma, a luta pelo Estado de Direito e dos direitos humanos continua.

Referências

AGAMBEN, G. 2000. Política del Exilio. In: H.C.S. GORSKI, *Identidades comunitarias y democracia*. Madrid, Trotta, p. 81-94.

- BOLZAN DE MORAIS, J.L. 2011. *As crises do Estado e da Constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos*. 2ª ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 143 p.
- BOLZAN DE MORAIS, J.L. 2006. Crises do Estado, democracia política e possibilidades de consolidação da proposta constitucional. In: J.J.G. CANOTILHO; L.L. STRECK (coords.), *Entre discursos e culturas jurídicas. Studia Iuridica*, Coimbra, Universidade de Coimbra, n. 89, p. 15-46.
- CARDUCCI, M. 2011. Integração por intermédio das Constituições? *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, 11 (43):47-55.
- DALLARI, D. de A. 1986. *Constituição e Constituinte*. 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 90 p.
- DELMAS-MARTY, M. 1998. *Trois défis pour un droit mondial*. Paris, Seuil, 200 p.
- DENNINGER, E.; GRIMM, D. 2007. *Derecho Constitucional para la sociedad multicultural*. Madrid, Trotta, 69 p.
- GLENN, H.P. 2010. *Legal Traditions of the World: Sustainable Diversity in Law*. 4ª ed., Oxford/New York, Oxford University, 395 p.
- HABERMAS, J. 2003. *Era das transições*. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 220 p.
- HABERMAS, J. 2002a. *A inclusão do outro: estudos sobre teoria política*. São Paulo, Loyola, 390 p.
- HABERMAS, J. 2002b. *Identidades nacionales y postnacionales*. 2ª ed., Madrid, Tecnos, 121 p.
- HABERMAS, J. 2001. *A constelação pós-nacional: ensaios políticos*. Rio de Janeiro, Littera Mundi, 220 p.
- HABERMAS, J. 2000. *Más allá del Estado Nacional*. Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica, 199 p.
- HÖFFE, O. 2008. *Derecho intercultural*. Barcelona, Gedisa, 284 p.
- JULIOS-CAMPUZANO, A. de. 2010a. *Constitucionalismo em tempos de globalização*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 117 p.
- JULIOS-CAMPUZANO, A. de. 2010b. *La transición paradigmática de la teoría jurídica: el derecho ante la globalización*. Madrid, Dykinson, 250 p.
- KANT, I. 2010. *À paz perpétua*. Porto Alegre, LP&M, 85 p.
- LAFER, C. 1988. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo, Cia das Letras, 406 p.
- LAÏDI, Z. 2002. Mondialisation: entre réticences et résistances. *Revue du Mauss*, 20(2):25-42. <http://dx.doi.org/10.3917/rdm.020.0025>
- LIPOVETSKY, G.; SERROY, J. 2010. *La cultura-mundo: respuesta a una sociedad desorientada*. Barcelona, Anagrama, 232 p.
- TRINDADE, A.A.C. 1999. A consolidação da capacidade processual dos indivíduos na evolução da proteção internacional dos direitos humanos: quadro atual e perspectivas na passagem do século. In: P.S. PINHEIRO; S.P. GUIMARÃES, *Direitos humanos no século XXI*. Brasília, FUNAG, p. 19-48.
- TRINDADE, A.A.C. 2010. *International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium*. Leiden/Boston, Martinus Nijhoff, 728 p. <http://dx.doi.org/10.1163/ej.9789004184282.i-728>
- VERDÚ, P.L. 2011. *Materiales para un museo de antigüedades y curiosidades constitucionales*. Madrid, Dykinson, 125 p.
- VIEIRA, O.V. 1999. Realinhamento constitucional. In: O. SUNDFELD; O.V.VIEIRA (orgs.), *Direito global*. São Paulo, Max Limonad, p. 17-49.

Submetido: 28/10/2013

Aceito: 19/11/2013