

CONTRIBUIÇÃO DOS TRIBUNAIS ADMINISTRATIVOS DE ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS PARA A CONFORMAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL CONSTITUCIONAL

(Capítulo 9 de *Atualidade dos tribunais administrativos de organizações internacionais*, tese apresentada em 2009 na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo por Pedro B. A. Dallari, como requisito parcial para obtenção do título de Livre-Docente.)

O século XX foi palco de transformação significativa no tocante à contribuição do direito internacional público para a regência da vida internacional, tendo-se verificado a evolução – a partir de um quadro normativo voltado fundamentalmente a disciplinar a coexistência em meio a uma comunidade de Estados, aos quais caberia regulamentar de maneira autárquica e exaustiva as respectivas sociedades – no sentido da construção, a princípio por meio de pactuação entre esses mesmos Estados, de sistemas de regras destinados à formalização de padrões universais de conduta social, de modo a se conformar uma *comunidade internacional*, composta por Estados, organizações internacionais e também pelos seres humanos. Essa noção de comunidade internacional não se deduz tão somente pelo impressionante incremento da quantidade de regras acordadas internacionalmente, mas resulta das características sistêmicas que emanam desse acervo. A expansão do direito internacional público se fez, assim, no sentido da estruturação de um *sistema jurídico* voltado à regência da comunidade internacional.

Tal consideração se demonstra inicialmente pela identificação de uma mudança no perfil qualitativo do conjunto de regras internacionais, que decorre de inovações no plano substantivo. Da primazia de tratados voltados à definição de fronteiras, à celebração de alianças militares ofensivas e defensivas (voltadas, em última instância, a alterar ou manter as linhas de fronteira) e ao estabelecimento de acordos aduaneiros, evoluiu-se, ao longo do século XX, para uma situação substancialmente distinta, com a expansão quantitativa e a diversificação temática das normas de direito internacional público. Acentua-se, assim, o desenvolvimento de diferentes especialidades do direito internacional público¹, para as quais,

¹ Em obra dedicada a sistematizar a matéria concernente ao direito internacional administrativo, Eduardo Lobo Botelho GUALLAZI assim configura essa especialidade do direito internacional público que guarda relação

em alguns casos, dado o adensamento das respectivas malhas normativas, se chega a pleitear até mesmo uma condição disciplinar autônoma.

Outro aspecto da evolução do direito internacional público a ser ressaltado é o enfoque interdisciplinar, que, em paralelo à expansão da legislação internacional especializada, passou a ocorrer de forma predominante no tratamento de situações concretas. ANTONIO CASSESE enfatiza essa nova realidade da construção e aplicação do arcabouço normativo internacional: “A characteristic feature of modern developments in international law deserves to be emphasized. In the previous developmental stages *special bodies of law* gradually emerged: for instance, human rights law, the humanitarian law of armed conflict, environmental law, international trade law, international criminal law, the law on international responsibility of States. They tended to make up separate and tight legal compartments. At present, they are gradually tending to influence one another, or States and international courts are coming to look upon them as parts of a whole. [...] This gradual interpenetration and cross-fertilization of previously somewhat compartmentalized areas of international law is significant development: it shows that at least as the normative level the international community is becoming more integrated and – what is even more important – that such values as human rights and the need to promote development are increasingly permeating various sectors of international law that previously seemed impervious to them”².

Mas o dado mais relevante é que, no âmbito desse conjunto amplo e variado de regras e diplomas normativos, se pode localizar um quadro de abordagens temáticas voltadas

direta com a temática dos tribunais administrativos de organizações internacionais: “definimos DIREITO INTERNACIONAL ADMINISTRATIVO como capítulo especializado do Direito Internacional Público que estuda sistematicamente a essência e a operatividade administrativas do conjunto orgânico da Administração Internacional e seus objetos uni e interdisciplinares, bem como os objetos interdisciplinares do Direito Internacional Público que, mediante relações administrativas unidirecionais de coordenação integrativa, possibilitam a intercomunicação receptivo-seletiva entre o serviço público internacional e o estatal, para fins de cooperação interestatal, internacional, intraestatal, intranacional e, eventualmente, supraestatal e supranacional. Em termos mais simples, em *síntese*, consideramos *Direito Internacional Administrativo* como capítulo do Direito Internacional Público que rege juridicamente a atividade administrativa internacional, tanto a relativa à organização interior dos órgãos e entidades internacionais como a dirigida à coordenação de serviços públicos estatais” (*Direito internacional administrativo*, pág. 244).

² Antonio CASSESE, *International law*, pág. 45. O ex-presidente do Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia assim ilustra essa sua argumentação: “Thus, for instance, two bodies of law, namely international rules and guide lines on the protection of the environment and international trade law are increasingly linked to – and, to some extent, made contingent on the application of – the law of development as well as human rights law; international criminal law is more and more influenced by human rights law and linked to humanitarian law, the law of State responsibility is increasingly overlapping, or being influenced by, the law on individual criminal liability; in many respects the law of the sea has been connected to the law of development and is seen as possible means of promoting the take-off of the economies of poor countries” (*op. cit.*, pág. 45).

a fornecer parâmetros à sua edificação e operacionalização e que concorrem para a configuração de um sistema jurídico de regência da ordem internacional, no sentido que, partindo da noção de ordenamento, TERCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR confere à noção de sistema: “Um ordenamento, em relação ao qual a pertinência de uma norma a ele é importante para identificá-la como norma válida, além de ser um *conjunto de elementos* normativos (normas) e não-normativos, é também uma estrutura, isto é, um *conjunto de regras* que determinam as relações entre os elementos. [...] O sistema é um complexo que se compõe de uma estrutura e um repertório. Nesse sentido, ordenamento é sistema”³.

O advento desse sistema jurídico que disciplina a ordem internacional pode ser claramente percebido em função da crescente consistência verificada no tratamento conferido pelo direito internacional público a temas de natureza estrutural, como a responsabilidade, a disciplina dos critérios e procedimentos voltados à produção do direito e à solução de controvérsias, a regulação do uso da força, a tutela dos espaços internacionais e, acima de tudo, a proteção do ser humano.

A *responsabilidade* – que, em linhas gerais, está alicerçada na obrigação que têm os sujeitos de direito de respeitar a ordem jurídica, impondo-se o dever de reparação face a eventual prática de ato ilícito –, é essencial a qualquer sistema⁴. Essa noção penetrou a ordem internacional não só em função de princípios e preceitos estipulados em documentos internacionais, mas pela institucionalização e robustecimento de mecanismos jurisdicionais,

³ Tercio Sampaio FERRAZ JUNIOR, *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*, pág.178. Prosseguindo a caracterização da noção de sistema que aqui se adota, agrega o professor da Universidade de São Paulo as seguintes considerações: “O sistema de que falamos nesse passo tem, ademais, caráter dinâmico. A expressão *sistema dinâmico* provém de Kelsen e, em oposição ao estático, capta as normas dentro de um processo de contínua transformação. Normas são promulgadas, subsistem no tempo, atuam, são substituídas por outras ou perdem sua atualidade em decorrência de alterações nas situações normadas. O sistema é apenas uma forma técnica de conceber os ordenamentos, que são um dado social. A dogmática capta o ordenamento, este complexo de elementos normativos e não normativos e de relações entre eles, de forma sistemática para atender às exigências da decidibilidade de conflitos. É preciso dizer, como vimos, se estamos ou não diante de uma norma jurídica, se a prescrição é válida, mas para isso é preciso integrá-la no conjunto, e este conjunto tem de apresentar contornos razoavelmente precisos: a idéia de sistema permite traçar esses contornos, posto que sistema implica a noção de limite, esta linha diferencial abstrata que nos autoriza a identificar o que está dentro, o que entra, e o que sai e o que permanece fora.” (*op. cit.*, págs. 178 e 179).

⁴ Com supedâneo em Paul Reuter, Hildebrando ACCIOLY, G. E. do Nascimento e SILVA e Paulo Borba CASELLA enfatizam esse aspecto central da responsabilidade para a conformação de um sistema jurídico: “A questão da responsabilidade internacional do estado é tida como uma das mais importantes do direito internacional e centro das instituições de qualquer sistema jurídico. Como frisa Paul REUTER (1955-56, ed., 1995), pode-se caracterizar um sistema jurídico a partir de sua concepção da responsabilidade, em que a natureza das normas que compõem o sistema, os sujeitos de direito que este sistema reconhece, os procedimentos que institui, os meios de controle e de coerção que consagra aparecem naturalmente nos problemas de *responsabilidade como eixo central* a que sempre convém voltar, quando se quer ter a visão de conjunto de determinado sistema.” (*Manual de direito internacional público*, pág. 343).

inclusive com o concurso de órgãos judiciais, destinados a lhe dar efetividade⁵. Os tribunais administrativos que se examina nesta tese são expressão inequívoca desse movimento, na medida em que sua instituição tem o propósito do exercício de controle relativamente a atos de organização internacionais, com vistas à apuração de responsabilidade⁶.

A estruturação de procedimentos destinados a disciplinar, em bases regulares, a *produção de normas de direito internacional público*, assim como a *solução pacífica de controvérsias* vinculadas à aplicação dessas normas, também ocorreu de forma acentuada no século passado, impulsionada pela necessidade de se estabelecer rotinas voltadas a assegurar celeridade processual e segurança jurídica. No primeiro caso, tem-se a formalização das regras concernentes ao direito dos tratados⁷, bem como aquelas associadas ao que se poderia qualificar *processo legislativo internacional*, tendo se verificado a formalização e consolidação de institutos e mecanismos próprios da diplomacia bilateral⁸, assim como a “emergência e importância crescente”, nas palavras de GUIDO FERNANDO SILVA SOARES, “de novas formas da diplomacia multilateral: a diplomacia parlamentar, ou seja, aquela levada a cabo no interior das organizações intergovernamentais permanentes”⁹.

⁵ Welber BARRAL alude inclusive a dificuldades que começam a surgir da proliferação de órgãos judiciais internacionais: “Há que se mencionar um outro problema extremamente interessante, que é a sobreposição de competências entre mecanismos internacionais envolvendo as mesmas partes. Casos recentes demonstram que esta preocupação não é meramente acadêmica: afinal, a sobreposição de competências pode ocasionar sentenças díspares sobre o mesmo litígio, criando instabilidade para mecanismos que foram arquitetados justamente para trazer a previsibilidade às relações internacionais” (*Tribunais internacionais: mecanismos contemporâneos de solução de controvérsias*, págs. 10 e 11).

⁶ Os tribunais administrativos se destinam a promover, em relação às organizações internacionais, a responsabilização pelos ilícitos eventualmente cometidos, dentro da regra geral de responsabilidade que, baseando-se em Ian BROWNLIE (*System of the Law of Nations – State Responsibility*), explicita André de Carvalho RAMOS: “De fato, nas relações internacionais, assim como no Direito interno, a invasão da esfera juridicamente protegida de um sujeito do Direito Internacional por outro acarreta a responsabilidade do último” (*Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos*, pág. 67).

⁷ Convenção de Havana, concluída em 20 de fevereiro de 1928 e promulgada no Brasil pelo Decreto nº 18.956, de 22 de outubro de 1929, e Convenção de Viena sobre o direito dos tratados, concluída em 26 de maio de 1969 e da qual o Brasil não é parte, Há ainda a Convenção de Viena sobre o direito dos tratados entre Estados e organizações internacionais ou entre organizações internacionais, celebrada em 1986, mas que ainda não está em vigor e também não foi ratificada pelo Brasil.

⁸ Convenção de Viena sobre relações diplomáticas, concluída em 18 de abril de 1961 e promulgada no Brasil através do Decreto nº 56.435, de 8 de junho de 1965; Convenção de Viena sobre relações consulares, concluída em 24 de abril de 1963 e promulgada no Brasil por meio do Decreto nº 61.078, de 26 de julho de 1967; e, no que concerne às organizações internacionais, tem-se a Convenção sobre privilégios e imunidades das Nações Unidas, celebrada em 13 de fevereiro de 1946 e promulgada no Brasil pelo Decreto nº 22.784, de 16 de fevereiro de 1950.

⁹ Guido Fernando Silva SOARES, *Órgãos dos Estados nas relações internacionais*, pág. 41. Dando conta do adensamento e progressiva complexidade dos mecanismos voltados à negociação internacional, com vistas inclusive à produção de efeitos jurídicos, Guido Fernando Silva SOARES lista e distingue, na qualidade de estruturas institucionais da diplomacia bilateral, “A) a Missão Diplomática, B) a Repartição Consular, C) as Missões de Estados perante Organizações Intergovernamentais e D) a Diplomacia ‘ad hoc’”, além de apontar um rol de distintas formas de exercício da diplomacia multilateral, nas quais a inovação normativa é a tônica, “A) a

Quanto aos procedimentos para resolução de disputas, a prática costumeira da arbitragem “ad hoc” foi alargada com a implementação, em diversos ambientes institucionais internacionais, de *sistemas de solução de controvérsias*¹⁰ caracterizados pelo sequenciamento na utilização de diferentes mecanismos destinados a essa finalidade¹¹, ganhando realce, nesse contexto, a já assinalada expansão do número de organismos de natureza judicial.

De forma concomitante a essa tendência correspondente ao incremento de estruturas voltadas à solução pacífica de conflitos, procedeu-se à progressiva institucionalização de critérios e mecanismos vinculados à *regulação do uso da força* nas relações internacionais. Sujeita até então a restrições de natureza essencialmente moral, a guerra passou a ser juridicamente limitada pelo Tratado de Versalhes, de 1919, e, enfim, proscrita pelo Pacto Briand-Kellog, de 1928¹². Em 1945, a Carta das Nações Unidas foi além e circunscreveu a validade jurídica do uso da força às hipóteses decorrentes de legítima defesa e de deliberação nesse sentido por parte do Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas (ONU). E se é verdade que a vigência desse conjunto de diretrizes legais tem se dado em conjunturas que muitas vezes lhe negam eficácia – haja vista a eclosão da segunda grande guerra – não é menos verdade que se foi conformando e consolidando progressivamente um quadro formal de referência capaz de possibilitar à comunidade internacional a adoção de medidas políticas destinadas à contestação de expedientes marcados pelo uso ilícito da força – como se verificou no recente conflito do Iraque, em que a ação conduzida fora dos marcos legais internacionais pelos Estados Unidos da América e por

Diplomacia dos Congressos e Conferências Internacionais; B) a Diplomacia Parlamentar; C) a Diplomacia por Comissões Mistas e D) a Diplomacia por Reuniões Periódicas das partes Contratantes nos Tratados-Quadro” (*op. cit.*, pág. 45).

¹⁰ São exemplos de estruturas abrangentes, complexas e eficazes, o sistema instituído no seio da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, que conta inclusive com uma corte especializada, o Tribunal Internacional do Direito do Mar, bem como aquele instituído para a Organização Mundial do Comércio e gerenciado pelo respectivo Órgão de Solução de Controvérsias, no qual figura o Órgão Permanente de Apelação, de nítida feição judicial.

¹¹ O art. 33 da Carta das Nações Unidas costuma ser adotado como referência para a identificação da diversidade de mecanismo para dirimir disputas encontradas no direito internacional público: “Artigo 33. 1. As partes em uma controvérsia, que possa vir a constituir uma ameaça à paz e à segurança internacionais, procurarão, antes de tudo, chegar a uma solução por negociação, inquérito, mediação, conciliação, arbitragem, solução judicial, recurso a entidades ou acordos regionais, ou a qualquer outro meio pacífico à sua escolha. 2. O Conselho de Segurança convidará, quando julgar necessário, as referidas partes a resolver, por tais meios, suas controvérsias.”

¹² O Tratado de Versalhes foi concluído em 28 de junho de 1919 e promulgado no Brasil por meio do Decreto nº 13.990, de 12 de janeiro de 1920; o Tratado de renúncia à guerra, conhecido por Pacto de Paris ou Pacto Briand Kellog, foi concluído em 27 de agosto de 1928 e promulgado no Brasil através do Decreto nº 24.557, de 3 de julho de 1934.

outros países seus aliados, a princípio impune, levou-os a um claro isolamento, que culminou, inclusive, naquele mais importantes, em reversão no quadro político interno¹³.

A noção de comunidade internacional se evidenciou fortemente também no tratamento jurídico conferido aos *espaços não submetidos à soberania dos Estados*, que, ao longo do século XX, evoluíram da condição de *res nullius* para a de *res communis omnium*. Assim se deu com a introdução de uma tutela jurídica internacional relativamente ao alto mar, ao continente antártico e ao espaço cósmico, tendo se afirmado, em todos esses casos, sua natureza de patrimônio comum da humanidade¹⁴. Mesmo no tocante ao território estatal, foi-se conformando uma malha de regras convencionais e costumeiras claramente limitantes da sua plena disponibilidade; isso se deu com o mar territorial, o espaço aéreo, áreas de floresta, etc.

Mas é indiscutivelmente com a emergência do direito internacional dos direitos humanos que se solidifica a perspectiva de consideração da ordem jurídica planetária como uma estrutura que não concerne exclusivamente aos Estados, passando-se a se ver a comunidade internacional como um ambiente jurídico em que o elemento integrador é o ser humano enquanto titular de direitos que lhe são essenciais. Em artigo alusivo aos 60 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos, o autor descreve os desdobramentos desse documento seminal adotado pela Assembléia Geral em 1948, que conduzem à estruturação do sistema global e dos sistemas regionais de proteção aos direitos humanos, além de impactarem fortemente o regime constitucional dos Estados: “No âmbito global, patrocinados pela ONU, emergiram em 1966 tratados abrangentes em matéria de direitos humanos – o *Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos* e o *Pacto Internacional sobre Direitos*,

¹³ Christian TOMUSCHAT registra a reação negativa da comunidade jurídica, inclusive norte-americana, à invasão do território iraquiano: “The response of international community to the invasion of Iraq has been overwhelmingly negative. Even American lawyers have for most part recognized that the operation undertaken by their Government did not meet the test of lawfulness. We note, in particular, the voice of Anne-Marie Slaughter, the president of the American Society of International Law, who at the crucial moment expressed some understanding for the invasion but who, one year after the event, unequivocally stated that the operation could not be justified by the American Journal of International Law on the issue, all the writers, with the exception of those who held an official position with the Government or were close to it as advisers, took a clear stance against the extreme expansion of self-defence under the Bush doctrine” (“Multilateralism in the age of US hegemony”, pág. 60).

¹⁴ O Tratado da Antártida foi concluído em 1º de dezembro de 1959 e promulgado no Brasil pelo Decreto nº 75.963, de 11 de julho de 1975; o Tratado sobre princípios reguladores das atividades dos estados na exploração e uso do espaço cósmico, inclusive a lua e demais corpos celestes foi concluído em 30 de janeiro de 1967 e promulgado no Brasil pelo Decreto nº 64.362, de 17 de abril de 1969; a Convenção das Nações Unidas sobre o direito do mar foi concluída em 10 de dezembro de 1982 e promulgada no Brasil pelo Decreto nº 99.165, de 12 de março de 1990.

Econômicos, Sociais e Culturais – e deu-se a multiplicação de tratados sobre temas específicos – combate à discriminação racial e à discriminação contra a mulher, direitos da criança, etc. Já em âmbito regional, notadamente na Europa e nas Américas, verificou-se igualmente, ainda na década de 1950, o início do desenvolvimento de densas e sofisticadas malhas normativas voltadas à promoção e proteção dos direitos humanos, que se fizeram acompanhar da implementação de mecanismos institucionais dotados de crescente efetividade, como é o caso, no sistema interamericano, da *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*, de 1969, e de seus órgãos de implementação, a Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Em paralelo, ganhou realce movimento no sentido da criminalização no plano internacional de condutas associadas a situações de violação aos direitos humanos, sendo exemplares de tratados de Direito Internacional Penal, nos primórdios, a *Convenção para a prevenção e a repressão do crime de Genocídio*, de 1948, simultânea à edição da *Declaração*, e, mais recentemente, o *Estatuto de Roma*, de 1998¹⁵, que, com sua vigência em 2002, ensejou a instituição do Tribunal Penal Internacional”¹⁶.

Na sequência, realça-se o aspecto mais relevante para a nova perspectiva de compreensão da comunidade internacional, que é a adoção do respeito aos direitos humanos como critério de aferição da paz, antes um conceito exclusivamente geopolítico: “Contudo, a par de referência inicial na engenharia desse formidável aparato jurídico, cabe reconhecer para a *Declaração* um outro papel extremamente significativo, o de estabelecer os direitos humanos – e sua efetividade – como critério juridicamente reconhecido para aferição da paz e da estabilidade nas relações internacionais, anteriormente atestadas unicamente em função da constatação da ausência de conflitos armados envolvendo Estados. Isso se revela inclusive pela progressiva incorporação da temática de direitos humanos na motivação de decisões de organismos que não se constituem em corpos especializados no tratamento dessa matéria, em particular o Conselho de Segurança da ONU. [...] Ocorre, dessa forma, a requalificação da noção de *paz*, que passa a incorporar o *respeito aos direitos humanos* como elemento essencial à sua materialização. Os horrores dos dois conflitos mundiais fizeram, assim, com que a dimensão dos *direitos humanos* fosse sendo

¹⁵ Em 14 de julho de 2008, o Procurador do Tribunal Penal Internacional formalizou acusação contra o presidente do Sudão, Omar Hassan Ahmad Al Bashir, pela prática de crime de genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra na região de Darfur, sendo a primeira acusação dessa natureza contra um chefe de Estado no exercício da função. Em 4 de março de 2009, a corte determinou a expedição de mandado de prisão.

¹⁶ Pedro Bohomoletz de Abreu DALLARI, “Atualidade da Declaração Universal dos Direitos Humanos”, págs. 55 e 56.

progressivamente realçada no plano da disciplina jurídica das relações internacionais: ausente, em 1919, na conformação dos objetivos da Liga das Nações, em 1945 sua promoção passa a figurar como propósito relacionado (mas ainda distinto) ao da manutenção da paz, para, com a *Declaração* de 1948, se converter em critério determinante para a própria aferição da paz”¹⁷.

Tem-se, portanto, com a afirmação dos direitos humanos no plano internacional e com o reconhecimento da subjetividade jurídica internacional do ser humano, uma noção mais abrangente de comunidade internacional, que, como já assinalado, não se resume meramente ao consórcio dos Estados. Se, na comunidade de Estados, o consentimento destes é que fundamenta o direito internacional público, na nova comunidade internacional esse consentimento deve ser visto como critério de legitimidade, que não se presta a invalidar preceitos que emanam dos direitos fundamentais do ser humano. Na condição não apenas de especialidade temática, mas de fator estruturante da ordem jurídica internacional, o direito internacional dos direitos humanos passa a fornecer critérios para toda atividade jurídica. Isso se verifica plenamente na evolução do regime jurídico incidente sobre os tribunais internacionais, que se pautou, como examinado ao longo desta tese, pela introdução de modificações decorrentes justamente da necessidade de se observar as garantias inerentes ao devido processo legal e ao direito a um julgamento justo.

Para o século XXI, por sua vez, vislumbra-se novo movimento transformador, cujos indícios já se faziam presentes de forma consistente no quarto final do século anterior e que tende a incrementar ainda mais a evolução do direito internacional público em direção à solidificação de uma ordem jurídica de regência da vida planetária. Trata-se da perspectiva de transnacionalização do direito, por meio do qual os instrumentos do direito internacional público prestam-se não apenas a dar forma a conteúdos normativos acordados pontualmente

¹⁷ Pedro Bohomoletz de Abreu DALLARI, “Atualidade da Declaração Universal dos Direitos Humanos”, pág. 57. A construção exposta na passagem transcrita resulta da consideração da evolução verificada no tratamento do tema dos direitos humanos da carta das Nações Unidas, de 1945 para a Declaração de 1948: “Assim é que, no artigo 1º da *Carta*, em que são listadas as finalidades da ONU, figura – lado a lado com os objetivos de se ‘manter a paz e a segurança internacionais’ e de se ‘desenvolver relações amistosas entre as nações’ – o propósito da organização de buscar ‘conseguir uma cooperação internacional para resolver os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário, e para promover e estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião’. Três anos depois, em 1948, a Assembléia Geral da ONU foi além dessa equiparação entre *paz* e *direitos humanos* no plano dos critérios a serem observados na condução das relações políticas internacionais. Ao aprovar a *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, integrou esses dois institutos e tratou os direitos humanos como *fundamento* da paz, conforme ficou disposto logo na abertura do preâmbulo da Resolução que a instituiu: ‘Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo ...’” (op. cit., pág. 57).

pelos Estados, mas, indo além, tendem a ser utilizados para a viabilização de estruturas institucionais capazes de gerar, com crescente grau de autonomia e no ambiente político que se convencionou qualificar como *globalização*, comandos dotados de natureza jurídica.¹⁸

Os fundamentos fáticos e mesmo filosóficos desse movimento podem ser identificados nesta breve, mas elucidativa, consideração de MICHEL SANDEL: “In a world where capital and goods, information and images, pollution and people, flow across national boundaries with unprecedented ease, politics must assume transnational, even global forms, if only to keep up. Otherwise, economic power will go unchecked by democratically sanctioned power. Nation-states, traditionally the vehicles of self-government, will find themselves increasingly unable to bring their citizens’ judgments and values to bear on the economic forces that govern their destinies”¹⁹. Ao enunciar essa tendência de transnacionalização da política, e consequentemente do direito, o professor de governo da Universidade Harvard alerta, todavia, para o risco de que o propósito essencialmente democratizante consubstanciado na busca de maior controle social das decisões políticas, a inspirar novas instituições de feição supranacional, não se materialize efetivamente na conformação dessas estruturas jurídicas globais: “If the global character of the economy suggests the need for transnational forms of governance, however, it remains to be seen whether such political units can inspire the identification and allegiance – the moral and civic culture – on which democratic authority ultimately depends”²⁰.

¹⁸ Em sua obra *O direito na pós modernidade*, Eduardo C. B. BITTAR discorre sobre os possíveis sentidos atribuíveis à noção de *globalização*: “A globalização, em seus significados, corresponderia a um processo de renúncia ao regionalismo e abertura para a dimensão da integração cultural, tecnológica, educacional, axiológica, econômica etc. [...] São, em verdade, múltiplos os significados da questão da globalização, pois o fenômeno projeta seus reflexos por diversos espectros da vida social. E, de fato, estas suas projeções causam um tumultuado quadro de desarranjos setoriais, dificilmente compreensíveis de modo completo e exaustivo”. E, valendo-se da reflexão de José Eduardo FARIA (*O direito na economia globalizada*, São Paulo: Malheiros, 1999), qualifica esse contexto conflituoso: “os sentidos de globalização religiosa, cultural, educacional, etc. estão sendo negligenciados em face de um outro sentido oculto a todos os demais, a saber, a globalização como processo de expansão dos mercados consumidores. Este aspecto econômico da globalização tem ganhado acento cada vez maior a partir de quando as grandes corporações multinacionais e transnacionais ocuparam em definitivo o espaço competitivo na disputa pela determinação dos mercados potencialmente favoráveis ao comércio ao longo do século XX. Acentue-se o fato de que a globalização ganha um acentuado sentido financeiro (de acordo com a lógica neoliberal), e muito menos cultural, na ênfase dada à mercantilização, à difusão de mercadorias, à propagação de métodos comerciais e de integração financeira e comercial, à difusão de técnicas de facilitação do trânsito de mercadorias ... dentro da lógica de maximização de lucros e vendas” (págs. 321 a 323).

¹⁹ Michael J. SANDEL, *Democracy’s discontent: America in search of a public philosophy*, pág. 338.

²⁰ SANDEL exemplifica essa preocupação ao refletir sobre dilemas do processo de integração europeu: “Even the European Community, one of the most successful experiments in supranational governance, has so far failed to cultivate a common European identity sufficient to support its mechanisms of economic and political integration. Advocates of further European integration worry about the “democratic deficit” that arises when

Diante do inevitável e mesmo desejável movimento em direção ao fortalecimento das estruturas institucionais internacionais, impõe-se, assim, a necessidade de submetê-lo a mecanismos de controle que assegurem a primazia dos valores e princípios que, com o concurso do direito internacional público, se foram conformando no último século. Ao considerar caminhos para o direito na conjuntura presente, que qualifica por *pós-modernidade*, EDUARDO C. B. BITTAR identifica justamente essa necessidade: “Uma linha de saída par a humanidade, truncada, de um lado, pela inevitabilidade de intersecção de mercados e culturas, e, de outro lado, pelo imperativo hobbesiano da beligerância que assalta a realidade internacional contemporânea, repousaria na idéia habermasiana, também discutida por Rawls (*law of peoples*), da intensificação do diálogo internacional, veio este que se tornaria possível a partir do momento em que a sofisticação do aparelhamento das relações internacionais se desse por organismo comuns e coletivos que conferissem representatividade globais e praticassem justiça cosmopolita. Somando-se esta idéia habermasiana, de intensificação dos modos de interação dialogais no plano mundial, vem aquela outra de Boaventura de Souza Santos, de que o cosmopolitismo se fará com a agregação de um *modus* de respeito multicultural, habilidade esta a ser desenvolvida para que o processo de globalização realmente represente um passo substancial em direção à libertação e ao cosmopolitismo. Diálogo e multiculturalismo são, portanto, dois ingredientes necessários para que a globalização ganhe um sentido valorativo aceitável no século XXI”.²¹

É nesse contexto político global – em que se advoga que o acelerado adensamento da malha institucional ocorra sob a tutela de critérios valorativos que expressem os princípios afirmados pela civilização – que se dá o resgate e atualização da perspectiva de um enfoque constitucional para o sistema jurídico de regência da ordem internacional. Essa abordagem é

expert commissioners and civil servants rather than elected representatives conduct most of the Community’s business” (Michael J. SANDEL, *Democracy’s discontent: América in search of a public philosophy*, pág. 339)

²¹ Eduardo C. B. BITTAR, *O direito na pós-modernidade*, págs. 349 e 350. Ainda na caracterização que faz das transformações que vivem o direito e o estudo de direito contemporaneamente, assinala BITTAR: “O direito, por certo, vem sofrendo profundas influências desta lógica da mundialidade na pós-modernidade. O próprio surgimento de diversas disciplinas curriculares afeitas à temática das relações internacionais do direito internacional é prova incontestada desta realidade pós-moderna (organizações internacionais, direito de integração, direito das relações internacionais...), e, mais do que isto, tentativa acadêmica de compreender o conjunto das mudanças operadas nos últimos anos nas relações internacionais e no próprio direito internacional. A globalização abre campo para a integração das formas pelas quais os povos constroem suas regras na órbita internacional. Não seria de se esperar nada diverso disso, na medida em que os princípios diretivos da territorialidade das leis tornam-se relativos em face dos desafios criados pelos crimes sem pátria, pelos ilícitos praticados em ambiente virtual por provedores situados em solo estrangeiro, pelo terrorismo apátrida, pelos genocídios e uso de armas químicas de destruição em massa...” (*op. cit.*, pág. 326).

fortemente realçada por DOUGLAS M. JOHNSON como uma das perspectivas para o direito internacional público contemporâneo: “Finally, modern international law can be envisaged idealistically, in ethical and institutional terms, as *a collective effort to achieve universal order through the development of constitutional structure and procedure among nations*. Although the institutional experiment in world constitutionalism did not begin until the League of Nations era, such a goal has been a dream of idealist down the ages, at least since the time of Cicero. The modern constitutional model of international law has been assembled out of various Western cultural modes of civic idealization: British rule-of-law ideology; the German concept of the *Rechtsstaat*; American and Dutch experiments in federalism; the Western bill-of-rights tradition; and, no more recently, spectacular success in regional integration under the aegis of the European Union”²².

Cabe assinalar que essa perspectiva de *constitucionalização* da ordem jurídica internacional – que dá ensejo à identificação, no âmbito do direito internacional público, de uma abordagem que se poderia enquadrar sob a rubrica *direito internacional constitucional* – não se confunde com a abordagem de via inversa, ou seja, aquela que se volta à consideração do impacto das regras emanadas do direito internacional público no âmbito do sistema constitucional dos Estados, originando o *direito constitucional internacional*²³. Nesta última cuida-se de temas tais como a recepção e incorporação de tratados ao direito interno, as competências para a prática de atos de relações exteriores, o regime jurídico do capital

²² Douglas M. JOHNSTON, “World constitutionalism in the theory of international law”, págs. 15 e 16.

²³ Já em 1933, na introdução de obra dedicada ao exame da relação entre direito internacional e direito constitucional, MIRKINE-GUETZÉVITCH alertava para a distinção entre direito constitucional internacional e direito internacional constitucional. Ao precisar o escopo de sua abordagem, assim esclarecia o professor do Instituto de Altos Estudos da Universidade de Paris: “Nous avons intitulé notre ouvrage *Droit constitutionnel international*. Nous avons pensé que ce titre correspondait à l’objet de notre étude, à la construction du *principe de l’unité du droit public* qui est à la base de notre théorie et à la compréhension du caractère réel des relations entre le droit international et le droit interne. Nous devons tout de suite ajouter que cette expression que nous avons choisie sciemment, est employée par quelques auteurs dans un sens différent. Pour M. Verdross le droit constitutionnel international c’est le droit international coutumier. Pour M. Georges Scelle le droit constitutionnel international, ce sont des normes constitutives de la communauté internationale; et quand M. Georges Scelle parle du *droit des gens constitutionnel* (ce sera le titre de son prochain ouvrage) il se place uniquement au point de vue international et il expose sous ce titre, les normes ‘constitutionnelles’ de la vie internationale. Lorsque nous disons que nous étudierons le ‘Droit Constitutionnel international’, nous voulons dire que nous étudierons les règles des Constitutions des Etats, les règles constitutionnelles – règle de droit interne – qui ont une portée internationale, et notre exposé ne doit pas aller plus loin. Nous ne prétendons pas dans cet ouvrage, étudier le fondement du droit international, ni la ‘constitution internationale’, ni les règles constitutionnelles dans lesquelles se manifeste l’unité du droit public” (B. MIRKINE-GUETZÉVITCH, *Droit constitutionnel international*, pág. 7).

estrangeiro, etc.²⁴ De todo modo, essas duas dimensões não estão dissociadas, já que envolvem processos que se alimentam reciprocamente²⁵.

A abordagem do direito internacional público sob a ótica sistêmica do constitucionalismo se dá, grosso modo, sob duas formas distintas. A que contempla um rol de preceitos que, por serem mais relevantes e promoverem a estruturação da ordem jurídica internacional, teriam natureza constitucional; neste sentido, o direito internacional constitucional se constituiria em especialidade do direito internacional público. Uma segunda forma se vale da lógica estrutural do direito constitucional para proceder à classificação e organização do conjunto da matéria de direito internacional público, distribuindo-a pela diferentes seções de uma constituição idealizada; neste outro sentido, portanto, o direito internacional constitucional consistiria mais em uma ferramenta metodológica para a compreensão do direito internacional público como um sistema normativo integral. À luz do moderno constitucionalismo, essas duas formas não são necessariamente excludentes, já que a propensão à constitucionalização de todos os temas socialmente relevantes faz com que os diplomas constitucionais de construção mais recente, além de conterem regras de estruturação das relações políticas, abarquem preceitos relacionados às mais diferentes áreas do direito e tenham uma vocação abrangente e mesmo totalizante.

Na doutrina contemporânea do direito internacional público, diversos internacionalistas têm se debruçado sobre esse tema da constitucionalização do direito internacional público, fazendo-o de modo a gerar um leque de abordagens muito mais extenso e detalhado do que aquele que, de forma impressionista, se apresentou no parágrafo anterior. Sem que se pretenda abranger essa diversidade, é oportuno se resgatar algumas dessas contribuições, a fim de que, na sequência, com o auxílio de elementos delas extraídos, se

²⁴ O autor perseverou nesta senda do direito constitucional internacional nos seus estudos de pós-graduação, tendo os trabalhos finais de mestrado e doutorado dado origem a duas obras dessa matéria: *Constituição e relações exteriores*, de 1994, e *Constituição e tratados internacionais*, de 2003

²⁵ Brun-Otto BRYDE é esclarecedor a respeito do que, com palavras distintas, caracteriza como uma *via de duas mãos*: “The constitutionalisation of international law is no one-way street. While constitutionalist concepts and methods borrowed from constitutional law discourse have helped to change international law, at the same time international law has influenced national constitutions, especially human rights. By encouraging the reception of international human rights law, international law has transformed national constitutional law and helped to create a world wide human rights discourse, which in turn has aided the constitutionalisation of international law” (“International democratic constitutionalism”, pág. 120).

possa situar adequadamente os tribunais administrativos e sua evolução no contexto da progressiva sistematização do direito internacional público²⁶.

Iniciando-se com o estudo de BARDO FASSBENDER sobre as diferentes concepções acerca do escopo do direito internacional constitucional, observa a título preliminar o professor da Universidade Humboldt de Berlim, com suporte na doutrina de PHILIP ALLOTT, que a idéia de constituição não é teoricamente imprópria ao direito internacional público: “To use the notion of constitution in the context of public international law is today, it seems, much less problematic than it was five or, in any case, ten years ago. In an article published in 1998, I devoted substantial space to showing that there is no compelling reason to reserve the term constitution for supreme law of a (sovereign) state but that, instead, the fundamental legal order of any autonomous community or body politic can be addressed as a constitution. With the words of Philip Allott, a scholar who has profoundly reflected on the meaning of constitutionalism in national societies and in the international society, ‘[a] constitution is a structure-system which is shared by all societies.’ This understanding entails a certain demystification of the institution of the (etatist) constitution and, with it, of the ‘sovereign state’ as the former constitutional monopolist”²⁷.

Em continuidade, FASSBENDER passa a tratar do conteúdo do direito constitucional internacional e resgata, inicialmente, a concepção originalmente adotada por ALFRED VERDROSS, que cuida de identificar relativamente ao direito internacional público aquilo que corresponderia à substância das normas constitucionais próprias do direito do Estado: “In what seems to be the book that established the notion of constitution in international law, Alfred Verdross in 1926 used the word to describe ‘those norms which deal with the structure and subdivision of, and the distribution of spheres of jurisdiction in, a community’. Accordingly, Verdross held that the constitution of the international legal community was composed of the fundamental rules and principles of international law determining its sources, subjects and application, and the jurisdiction allocated by that law to the individual states. [...] In that perspective, international constitutional law embodies rules

²⁶ Como expediente metodológico, o autor se valeu, para o registro de diferentes perspectivas de tratamento da noção de direito internacional constitucional, da valiosa coletânea de artigos compilada e editada em 2005 por Douglas JOHNSTON e Ronald St. John MACDONALD – *Towards world constitutionalism: issues in the legal ordering of the world community*, Leiden (Holanda): Martinus Nijhoff Publishers –, estando vários desses artigos referidos nesta tese.

²⁷ Bardo FASSBENDER, “The meaning of international constitutional law”, pág. 838. A referência feita a Philip Allott, professor de Cambridge, funda-se na obra deste último intitulada *Eunomia: new order for a new world*, de 1990.

of international law distinguished by their fundamental character. Those rules are either formal in nature (like the rules defining the subjects and sources of international law), or substantive (like the principles of sovereign equality of states, the principles of self-determination of peoples, or the ban on the use of force)”²⁸.

Uma segunda abordagem para o conteúdo do direito internacional constitucional, esta inspirada em formulação de CHRISTIAN TOMUSCHAT, implicaria, segundo FASSBENDER, na identificação das regras cuja validade independeria do consentimento dos Estados: “Some authors do not stop here but emphasize, as the principal feature of international constitutional rules, their non-consensual character. Consider this statement by professor Tomuschat; ‘States live, as from their birth, within a legal framework of a limited number of basic rules which determines their basic rights and obligations *with or without their will* ... One may call this framework ... the constitution of the international community.’ According to that view, the international constitution is the entirety of those basic rules – whether formal or substantive – which every state is bound to observe irrespective of its own will. Those rules shall be distinguished from so-called “contingent” (*i.e.* accidental or nonessential) prescriptions that ‘in the same way as traffic rules on left-hand or right-hand driving, must be determinate for the sake of legal clarity and avoiding disorder.’ In the case of ‘contingent’ rules, state consent is said to be still the relevant basis of obligation, whereas constitutional prescriptions are determined by community interests which may allow for some degree of majoritarianism “²⁹.

Já o terceiro enfoque apresentado por FASSBENDER, muito próximo do anterior, estaria fundado na noção de *jus cogens*: “This concept borders on another which sees the rules of *jus cogens* (or peremptory norms of international law) as the heart of an international constitution – *i.e.*, in the words of the Vienna Convention on the Law of Treaties, rules

²⁸ Bardo FASSBENDER, “The meaning of international constitutional law”, pág. 842; a citação de Alfred Verdross baseia-se na obra *Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft*, de 1926. Sob essa ótica tradicional, o critério de conformação do direito internacional constitucional consistiria na maior relevância conferida a algumas matérias: “The exact determination of a constitutional law so perceived varies from author to author. More or less, the respective rules belong to what, in analogy to the structure of civil codes like the German enacted in 1896, we could call the ‘general part’ of international law. They address issues pertinent to the ‘foundation of the law of nations’, as the first chapter of the introduction to the Oppenheim-Lauterpacht’s treatise was entitled, as opposed to specific issues of, for instance, the law of the sea, the law of diplomatic relations, or environmental law” (*op. cit.*, pág. 843).

²⁹ Bardo FASSBENDER, “The meaning of international constitutional law”, págs. 843 e 844. A citação a Christian Tomuschat, também professor na Universidade Humboldt de Berlim, foi extraída da publicação referente ao curso por ele ministrado na Academia de Direito Internacional da Haia em 1993, “Obligations arising for states without or against their will” (*Recueil des Cours*, vol. 241).

‘accepted and recognized by the international community of State as a whole ... from which no derogation is permitted and which can be modified only by subsequent norm[s] of general international law having the same character.’ [...] The *jus cogens* perspective of international constitutional law is particularly value-oriented because all the rules presently recognizes as *jus cogens* (in the first place, the prohibitions of genocide, aggression, slavery and of trading in human beings, and the right of peoples to self-determination) are substantive in nature and have a human rights dimension”³⁰.

Se essas três perspectivas identificadas por BARDO FASSBENDER, concernentes à substância do direito constitucional internacional, apresentam entre elas certa diferença (embora não pareçam antagônicas), elas seguramente convergem na assunção de que os preceitos dessa natureza *versam sobre matérias que guardam relação direta com os interesses comuns da humanidade* – essencialmente vinculados à preservação da vida e da dignidade humana e, em sentido mais amplo, à própria preservação da espécie humana – e, por essa mesma razão, *situam-se em plano hierárquico superior*.

Esses dois critérios – a condição material e a condição hierárquica – são realçados no tratamento que, por sua vez, BRUN-OTTO BRYDE, jurista e juiz na corte constitucional alemã, confere à dimensão constitucional do direito internacional público: “The core of a constitutionalised international law is the general acceptance of a common interest of mankind that transcend the sum of individual state interests. This acceptance has materialised in very different areas of international law. An important step in this process was the recognition of goods that are legally protected not in the interest of individual states but in the interest of mankind as a whole. After a tentative beginning in Antarctica and the treaty about space and celestial bodies, the most advanced discussion of this concept was undertaken during the Law of Seas conference with the result of the designation of the right sea and ocean floor as common heritage of mankind. Similarly, in the development of an international law of environmental protection it became soon apparent that the problem could not be solved on the basis of classical rules about transboundary delicts. The destruction of the environment and its dramatic consequences require a concept of international law in which the interests of the states are subordinated to the interest of mankind as a whole. Even more relevant for our subject is the development of international human rights law. Human rights do not fit into the

³⁰ Bardo FASSBENDER, “The meaning of international constitutional law”, págs. 844 e 845.

classical model of international law as a horizontal system of mutual obligations: they do not create a system of rights and duties between states but duties of the states towards human beings, duties derived from common values and the interests of mankind as a whole. Protection of human rights in international law, therefore, has meaning only if we recognize it as a system of obligations of states owed to an authority different from the states themselves. The recognition of common interest of mankind is of fundamental importance. The challenges facing mankind cannot be solved by balancing the interest between individual states. Solution can only be found if common interests of mankind are recognised as paramount and all actors of international law are obliged to pursue a global policy program”³¹.

Proseguindo, agora para abordar o aspecto da hierarquia das normas de direito internacional constitucional, assinala BRYDE: “Another important – though not necessary – feature of a constitutionalised system, a hierarchy of norms, has also been achieved. International law is no longer governed by a positivist concept of the omnipotence of the lawmaking states. In creating law, states are bound by constitutional principles. The existence of *jus cogens* from which states cannot depart even if they agree has been generally recognized. This is not only true for treaty law because of the explicit provision in Art. 53 Vienna Convention on the Law of Treaties, but also for customary law. Thereby, the “higher law” concept of constitutionalism has been transferred to international law. International *jus cogens* comprises not only the basic principles of international relations, especially the “sovereign” equality of states and the prohibition of the use of force, but in addition the core of human rights. With the recognition of *jus cogens* constitutionalisation of international law ceases to be a vague idea of idealist scholars and their wishful thinking but has become an accepted feature of positive international law”³².

Outra forma de contemplar uma dimensão constitucional para o direito internacional público se dá pela ótica da identificação de princípios que, por serem estruturantes da ordem jurídica internacional, teriam justamente natureza constitucional. É essa a perspectiva de RONALD ST. JOHN MACDONALD, que exerceu a magistratura na Corte Européia de Direitos Humanos: “Constitutional principles of the international legal order are basic statements indentifying and safeguarding the collective identity, underlining the purposes and principles of the society and organizations concerned, providing a

³¹ Brun-Otto BRYDE, “International democratic constitutionalism”, pág. 107.

³² Brun-Otto BRYDE, “International democratic constitutionalism”, pág. 108.

framework for reinforcing and from time to time revising those purposes and principles, and indicating the manner in which the trichotomy between ideal, legal and actual constitutional practice is balanced, that is, the manner in which power is delegated. In the international constitutional order, three kinds of principles are addressed, all designed to protect the rights of certain members of the international legal system: (A) classical state rights, principles and rules that exist to preserve the rights of states in relations between themselves in a society of states. This is the realm of classical international law; (B) international rights, principles and rules that exist to preserve the stability and existence of the international order itself. This is a relatively novel category intricately tied into the expression of a collective international will; (C) individual rights, perhaps the newest and most controversial category. It is here that we see the traditional international legal order undergoing profound change. Just as the European legal order is being transformed as a result of the European Union, the international legal order, nominally based on constitution-like treaties or treaty-like constitutions, is also being transformed and strengthened as a constitution-like system”³³.

Nesse arrolamento das diferentes abordagens que associam o direito constitucional ao direito internacional público, cabe ainda menção ao enfoque que antevê tal relacionamento a partir da consideração da Organização das Nações Unidas (ONU) e do papel que lhe compete na ordem internacional. É novamente BARDO FASSBENDER quem resgata essa ótica: “In my own work, I have tried to give the idea of an international constitutional law a clearer and more concrete meaning by closely associating it with the United Nations Charter. Drawing especially on the writings of Verdross, I suggested that the Charter although it was formally created as a treaty, is characterized by a constitutional quality which in the course of the last fifty years has been confirmed and strengthened in such a way that today the instrument must be referred to as the constitution of the international community. I argued that the Charter shows a number of strong constitutional features. In particular, the Charter includes rules about how the basic functions of governance are performed in the international community, that is to say, how and by whom the law is made and applied, and how and by whom legal claims are adjudicated. The Charter also establishes a hierarchy of norms (Article 103)”³⁴.

³³ Ronald St. John MACDONALD, “The international community as a legal community”, págs. 868 e 869.

³⁴ Bardo FASSBENDER, “The meaning of international constitutional law”, págs. 846 e 847. Vicente Marotta RANGEL também ressalta o significado do art. 103 do documento constitutivo da ONU: “Deste artigo se tem inferido a natureza constitucional da Carta das Nações Unidas (*Direito e relações internacionais*, pág. 69).

Sem aludir propriamente a uma dimensão constitucional, KARL ZEMANEK também volta sua atenção para a ONU, buscando identificar e sistematizar os princípios identificados no tratado constitutivo da organização – a Carta das Nações Unidas –, que se destinam a pautar a conduta dos Estados no contexto de suas relações internacionais: “The formulation of principles in the Charter is not uniform, it varies in degrees of precision and imperativeness. Some principles state a *maxim*, without detailing its content in the Charter, which is apparently considered self-evident in view of the long existence of these principles in international law. Good faith, justice, sovereign equality, domestic jurisdiction, observance of international law belong to this group. Other principles are stated in the form of a legal rule and prescribe the conduct which they require, while other sections of the Charter establish procedures for their administration and eventual enforcement against a member state. Principles in this group are peaceful settlement of disputes, no-use of force and non-intervention. Their common denominator is the maintenance of international peace and security. And, finally, there exists a third group of principles which are formulated as programmes that UN organs are to implement with the co-operation of states. This is the case with the protection of human rights, with equal rights and self-determination, or with solidarity in socio-economic matters in general”³⁵.

Embora tais formulações soem por vezes abstratas e idealistas, cabe, sob esse aspecto, a advertência de PAULO BORBA CASELLA: “Pode, ainda, parecer remota, mas se há de conceber, na linha de G. FITMAURICE (1957) a ordenação da sociedade internacional sob o ponto de vista da regência legal (*rule of law*). Não somente do ponto de vista dos princípios gerais do direito. A ordenação legal, de qualquer sociedade, resulta da determinação de concepção global desta, na elaboração e formulação dos conceitos basilares. A sociedade internacional pode carecer de estruturas institucionais, mas não de formulações

³⁵ Karl ZEMANEK, “Basic principles of UN Charter law”, 405. O jurista e diplomata austríaco, em suporte a sua abordagem, procura clarificar o sentido que se deve atribuir a um *princípio jurídico*: “In view of the complexity of the subject and the doctrinal disputes surrounding some of its aspects it is useful to clarify the central term first. What, for instance, distinguishes a legal principle from a legal rule? They differ in their normative structure. A legal rule prescribes a definite conduct in defined circumstances; if the command is disobeyed, it may be enforced. A legal principle, on the other hand, is the expression of a meta-legal value which the law-giving community wishes to observe, but its abstract formulation does not order a *specific* conduct for its implementation. The decision how to implement a legal principle is left to the persons or the stage agency applying it to a given situation. Thus, while a legal rule has a more or less self-executing structure, even if it should require interpretation to determining its exacting meaning, a legal principle needs an intellectual operation for determining the conduct required by it in a concrete situation. Because of its abstract nature, a legal principle may offer options for the permissible course of action. [...] legal principles may be defined as deductions from meta-legal values which are expressed as abstract guides in a legal order. That may be done explicitly, or implicitly by shaping the rules accordingly. In the latter case the underlying principle(s) can be made explicitly by induction from the corpus of rules of that legal order. (*op. cit.*, págs. 401 e 402).

teorizantes a respeito desta. De valor e de alcance variáveis. A regência efetiva da sociedade internacional, pelo direito, ainda é antes anseio que efetividade, como aponta DI STEFANO (2002). Por isso, as representações ideais ainda desempenham papel de tal importância neste campo: para dar modelos que possam informar a configuração da realidade, como tal”.³⁶

E, tomadas em seu conjunto, por mais que tais aproximações – ou modelos – constitucionalizantes apresentem especificidades, aponta-se claramente para a perspectiva sistêmica de que se falou anteriormente, isto é, para a identificação de uma estrutura de enquadramento do acervo normativo internacional que regule a operacionalidade desse conjunto de regras, impondo-lhe a subordinação a princípios (que, nas diferentes abordagens aqui registradas, se revelam coincidentes) e a observância de critérios e procedimentos que afastem as incompatibilidades³⁷.

Nesse processo de sistematização do direito internacional público, as organizações internacionais cumprem um papel fundamental, na medida em que “se convertem em poderoso instrumento para elevar o nível de justiciabilidade das normas jurídicas”, como observa ALBERTO DO AMARAL JÚNIOR, que aduz suas razões: “No direito internacional clássico os próprios Estados detinham o poder de interpretar a extensão e natureza das obrigações internacionais que sobre eles recaíam. As organizações internacionais mudam esse estado de coisas no instante em que passam a deter a faculdade de se pronunciar sobre a conformidade das ações de seus membros com as regras de conduta que estabelecem. Este fato, responsável pelo aumento da justiciabilidade do direito internacional, é causado por um corpo de regras secundárias de julgamento que atribui a alguns indivíduos ou grupos o poder de se pronunciar em caso de dúvidas, de acordo com procedimentos anteriormente fixados,

³⁶ Paulo Borba CASELLA, *Fundamentos do direito internacional pós-moderno*, págs. 92 e 93. As referências efetuadas pelo professor da Universidade de São Paulo dizem respeito às obras *The general principles of international law considered from the stand point of the rule of law*, de Gerald Fitzmaurice (*Recueil des Cours* da Academia de Direito Internacional da Haia, 1957-II), e *L'ordre international entre legalité e effectivité: le titre juridique dans le contetieux territorial*, de Giovanni Di Stefano (Paris: Pedone, publications IUHEI, 2002)).

³⁷ A possibilidade de se superar as incompatibilidades é justamente o critério apontado por Norberto BOBBIO para a caracterização de um sistema jurídico: “Diz-se que um ordenamento jurídico constitui um sistema porque não podem coexistir nele normas incompatíveis. Aqui, ‘sistema’ equivale à validade do princípio que exclui a incompatibilidade das normas. [...] Se isso é verdade, quer dizer que as normas de um ordenamento têm um certo relacionamento entre si, e esse relacionamento é o relacionamento de compatibilidade, que implica a exclusão de incompatibilidade. Note-se porém que dizer que as normas devam ser compatíveis não quer dizer que se encaixem umas nas outras, isto é, que constituam um sistema dedutivo perfeito. [...] Num sistema dedutivo, se aparecer uma contradição, todo o sistema ruirá. Num sistema jurídico, a admissão do princípio que exclui a incompatibilidade tem por consequência, em caso de incompatibilidade de duas normas, não mais a queda de todo o sistema, mas somente de uma das normas ou no máximo das duas” (Teoria do ordenamento jurídico, pág. 80).

sobre o alcance e eventual violação das normas existentes. A regra secundária de julgamento supõe uma regra de reconhecimento que identifique as normas primárias por meio das decisões dos indivíduos investidos desse poder e os constitua em fontes de normas jurídicas válidas”.³⁸

Tem-se, então, com as organizações internacionais e, mais particularmente, com o exercício de atribuições jurisdicionais por parte desses entes, a viabilização de instrumental institucional dotado de vocação para conferir maior efetividade ao ordenamento internacional. ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE assim descreve o adensamento da malha jurisdicional internacional: “It is well-knowing that the international community counts nowadays on a multiplicity of international tribunals (*e.g.*, besides ICJ, the International Tribunal for the Law of Sea, the permanent International Criminal Court, the international tribunals – Inter-American and European Courts – of human rights, the *ad hoc* International Criminal Tribunals – for ex-Yugoslavia and for Rwanda – the Court of Justice of the European Communities, among others). This is symptomatic of the way contemporary international law has evolved, and of an increasing recourse to international adjudication. Throughout the last years the old ideal of international justice has been revitalized and has gained ground, with the considerable expansion of the international judicial function, reflected in the creation of new international tribunals; the work of these latter has been enriching contemporary international case-law, contributing, as already indicated, to assert and develop the aptitude of International Law to regulate adequately the juridical relations in distinct domains of human activity”.³⁹

Salientando, também, o fato de que essa estrutura judicial robustecida não se serve apenas aos Estados, mas se abre para outros sujeitos de direito internacional, em particular os indivíduos, produzindo e conferindo primazia a princípios universais de direitos humanos, o internacionalista brasileiro e juiz da Corte Internacional de Justiça procede a caracterização que se aplica integralmente aos tribunais administrativos de organizações internacionais⁴⁰. E,

³⁸ Alberto do AMARAL JÚNIOR, *Introdução ao direito internacional público*, págs. 180 e 181.

³⁹ Antônio Augusto Cançado TRINDADE, “The relevance of international adjudication revisited: reflections on the need and quest for international compulsory jurisdiction”, pág. 535.

⁴⁰ Assim é descrita essa nova realidade institucional: “Disputes submitted to international adjudication in our days are no longer vested with strict inter-State dimension; hence the creation and co-existence of multiple specialized international tribunals of our-times, reflecting a decentralized international legal order. Still more significantly, in expanding international jurisdiction, contemporary multiple international tribunals have enlarged the access to international justice of the subjects of international law (other than States). They have done what the ICJ alone has not been capable of doing (by force of the constraints of its Statute). They are responding to a

por fim, estabelece sua avaliação: “The multiplication of international tribunal is, thus, a reassuring phenomenon, in providing additional forums for the access to, and realization of, justice at the international level”.⁴¹

Desse fenômeno de encorpamento do conjunto de sistemas de justiça internacionais identificado por CANÇADO TRINDADE resulta, naturalmente, uma atividade judicial mais intensa, propiciando-se, com isso, maior vitalidade aos regramentos jurídicos correspondentes às respectivas especialidades. Mas há outra decorrência a ser ressaltada, que se prende ao fato de que essa atividade judicial também contribui para integrar os diferentes segmentos do direito internacional público, promovendo, dessa forma, a tessitura do sistema jurídico internacional, com a qualidade que a este conferem as abordagens fundadas no direito internacional constitucional anteriormente examinadas.

Nesse sentido, cabe destacar a avaliação de SABINO CASSESE, juiz na corte constitucional italiana, que é peremptório ao destacar a “função constitucional” dos tribunais internacionais no processo que descreve como sendo de transição de um “ambiente jurídico global” para uma “ordem jurídica global”: “though global regulatory regimes are ‘self-contained’, they do not however float in an empty legal space, but rather are subject to general principles and communicate between each other. But all of this is due to the work of the courts. Global courts perform this constitutional function, weaving a connective tissue between specialized regimes, and thus slowly producing the missing unit”. Prosseguindo, CASSESE, que é também professor na Universidade de Roma “La Sapienza”, faz realçar ainda mais seu ponto de vista: “The International Law Commission of the United Nations recently [...] had to face the problem of the fragmentation of global regulatory systems; examining the jurisprudence of supranational courts, it concluded that fragmentation did not exist. But the connective tissue of principles, rights and linkages exists because of the work of

pressing need of the contemporary international justice, no longer only at national level, but likewise at international level. Specialized international tribunal, such as the European and Inter-American Courts of Human Rights, and the *ad hoc* International Criminal Tribunals for ex-Yugoslavia and Rwanda, have asserted universalist principles, and the primacy of humanitarianism over traditional techniques of inter-State litigation. Their work has thus proved to be complementary to that of the ICJ, and they have contributed to erect contemporary international adjudication into a new universalist dimension, beyond peaceful settlement of international disputes on a strictly inter-State basis. They have thereby enriched contemporary public international law” (Antônio Augusto Cançado TRINDADE, “The relevance of international adjudication revisited: reflections on the need and quest for international compulsory jurisdiction”, págs. 535 e 536).

⁴¹ Antônio Augusto Cançado TRINDADE, “The relevance of international adjudication revisited: reflections on the need and quest for international compulsory jurisdiction”, pág. 536.

the courts, not by the will of the global ‘legislators’, whose jurisdiction is, in any case, always limited by the principle of speciality”.⁴²

Apesar dessa percepção acerca da participação da magistratura internacional na construção do direito não se constituir em dado recente – escrevendo ainda em 1944, MANLEY HUDSON, juiz da Corte Permanente de Justiça Internacional, então com suas atividades suspensas por conta da Segunda Guerra Mundial, já a revelava⁴³ –, são substancialmente diferentes as condições em que se dá atualmente o exercício da função jurisdicional internacional, cuja natureza técnica não elide suas evidentes implicações políticas. Na sociedade globalizada, o que está posto, como assinala SABINO CASSESE, é a perspectiva de uma atuação efetiva – e integrada⁴⁴ – das cortes no processo constitucional de configuração de uma ordem jurídica que seja global.⁴⁵

É preciso, no entanto, ressaltar que, da mesma forma e pelas mesmas razões que as construções normativas produzidas no seio do direito internacional público não devem ser

⁴² Sabino CASSESE, “The constitutional function of supranational courts: from global legal *space* to global legal *order*”, págs. 243 e 244. O documento da Comissão de Direito Internacional da ONU a que se refere CASSESE é o relatório intitulado *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising From the Diversification and Expansion of International Law*, datado de 13 de abril de 2006.

⁴³ Assim pontuava o magistrado norte-americano: “Nor does an exercise of the judicial function involve any power to forge the development of the international law which is applicable to States generally. A tribunal has no general mandate to codify existing law, or to determine how the existing law should be modified and shaped to serve new needs. Varieties of experience need to be brought to the task of legislation, and the members of even the best tribunal may lack them. Yet this does not mean that tribunals have no role to play in the development of international law. The history of the Anglo-American common law shows that a course of judicial decision, ‘broadening down from precedent to precedent’, can be a powerful factor in shaping juristic thought and in guiding legislators as well as coordinate courts; but for this result, continuity in judicial action is essential”. (Manley O. HUDSON, *International tribunals: past and future*, págs. 246 e 247).

⁴⁴ Sabino CASSESE explicita da seguinte maneira esse quadro de relacionamento entre os diferentes órgãos judiciais internacionais: “The regulatory systems are separated, but many have judicial bodies which recognize the existence of a common connective tissue and forge ties between different bodies. The most common representation of these multiple lines between different points appeals to the metaphor of the network, as in “non-hierarchical deliberative networks” (“The constitutional function of supranational courts: from global legal *space* to global legal *order*”, pág. 247).

⁴⁵ Essa avaliação acerca do papel político reservado aos tribunais internacionais é compartilhada por outros doutrinadores, não necessariamente envolvidos na operacionalização da jurisdição internacional. Em obra dedicada ao exame das condições de efetividade do direito internacional público, Andrew GUZMAN, professor na Universidade da Califórnia (Berkeley), a endossa: “It should be added that international tribunals may play an additional role in the international legal system. Rather than simply existing for the sake of resolving disputes, they may serve to establish or clarify the substantive rules of international law. If so, this may be a reason, quite apart from the compliance effect of the tribunals, for their existence” (*How international law works: a rational choice theory*, pág. 54). Na conclusão de obra dedicada à análise da magistratura brasileira, DALMO DE ABREU DALLARI segue no mesmo sentido ao tecer consideração que pode perfeitamente ser estendida às cortes internacionais: “Em conclusão, a ampliação das competências do Poder Judiciário, com o reconhecimento de seu papel político, é um fato deste final do século XX” (*O poder dos juízes*, pág. 163).

necessariamente consideradas melhores do que as emanadas dos Estados nacionais⁴⁶ – aquelas, como estas, são produto do contexto social que as gera e se sujeitam a juízos políticos –, não está dado que tribunais internacionais, no exercício de suas valorizadas atribuições atuais, necessariamente estejam destinados a gerar regras de conduta individual e social de qualidade superior àquelas concebidas por outros atores internacionais. CASSESE mesmo adverte para os riscos de que uma ordem jurídica internacional construída pela via jurisprudencial possa se ressentir da ausência de uma comunidade política equipada com órgãos representativos⁴⁷.

Não se pode ignorar, todavia, que o desempenho dos tribunais internacionais tem sido extremamente significativo na fixação do primado dos direitos humanos, que, sob a perspectiva constitucional de edificação de uma ordem jurídica global, que abranja e integre o acervo normativo do direito internacional público, é o critério de avaliação fundamental. Não só nas cortes especializadas em direitos humanos, mas no conjunto dos órgãos jurisdicionais isso se tem verificado, como demonstra largamente a produção judicial mais recente.

Nesse cenário de afirmação de princípios, critérios e procedimentos voltados a conferir, sob a égide do compromisso com a proteção aos direitos humanos, maior sistematicidade ao direito internacional público, dá-se de forma evidente a inserção dos tribunais administrativos de organizações internacionais. Tal constatação é efetuada com precisão pelo jurista austríaco AUGUST REINISCH: “the relationship between the scope of jurisdiction of administrative tribunals and immunity of international organizations in employment matters, originally devised as a practical matter at ensuring the autonomy and independence of the internal staff law of international organizations, has received renewed

⁴⁶ BARDO FASSBENDER procura inclusive preservar o papel do Estado nesse contexto em que o fortalecimento do direito internacional público reflete o avanço de sua constitucionalização: “it is a profound misunderstanding to equate the advancement of the constitutional idea in international law with a weakening of the institution of the independent state. To assume the existence of a constitution of the international community does not mean to put the state in new, more restraining chains of law. On the contrary, it is that constitution which protects the legal authority and autonomy of every state against unlawful interventions by other states and international organizations, similar to the protection of the fundamental rights and freedoms afforded to individual citizens by a state constitution. It is the constitution of the international community which safeguards the entitlement of a state, and the people constituting it, to autonomous development and self-responsibility within the limits set by international law” (“The meaning of international constitutional law”, pág. 849).

⁴⁷ Sabino CASSESE, “The constitutional function of supranational courts: from global legal *space* to global legal *order*”, pág. 244.

attention from a human rights perspective and the growing demand for ‘good governance’ within international organizations”⁴⁸.

Desde antes da instituição do tribunal da Sociedade das Nações, em 1927, até a instituição, já em 2009, das novas cortes da ONU, a evolução dos tribunais administrativos no sentido da afirmação de sua capacidade jurisdicional tem sido pautada pela progressiva incorporação de instrumentos destinados a promover o direito fundamental de acesso à justiça, com a garantia ao devido processo legal e a um julgamento justo, como se pode constatar pelas informações apresentadas ao longo desta tese. E tal movimento decorre não só da constante inovação do arcabouço legal, mas também de posicionamentos que se vão consolidando em função das deliberações nos casos submetidos à apreciação judicial. Assim, esses órgãos judiciais internos das organizações internacionais expressam, na sua estrutura e funcionamento, as transformações ocorridas no direito internacional público sob a perspectiva de sua constitucionalização. Simultaneamente, e de forma integrada ao conjunto de cortes que conformam a jurisdição internacional⁴⁹, contribuem, com seu desempenho, para a conformação da ordem jurídica global.

⁴⁸ August REINISCH, “Administrative tribunals and questions of jurisdiction and immunity”, pág. 71.

⁴⁹ É alegórico dessa integração o fato, não observado pela doutrina, de que o suíço Luzius Widhaber, presidente da Corte Européia de Direitos Humanos por ocasião da deliberação adotada em 1999 no caso *Waite and Kennedy v. Germany* – em que se explicitou como condição para o reconhecimento da imunidade de jurisdição de organização internacional o oferecimento, aos respectivos funcionários, da garantia ao devido processo legal e a um julgamento justo por órgão judicial independente –, tenha sido, entre 1989 e 1994, juiz do tribunal administrativo instituído no âmbito do Banco Interamericano de Desenvolvimento.