

**DIÁLOGOS ENTRE CONSTITUIÇÃO E DIREITO INTERNACIONAL:
INTRODUÇÃO À TEORIA DA TEIA CONSTITUCIONAL**

Paul Hugo Weberbauer¹

RESUMO

O artigo é produto inicial da tentativa do autor em elaborar uma teoria procurando descrever a inserção da Constituição no plano internacional. O estudo procura desenvolver a ideia de que a relação entre Constituição e Direito Internacional é, em realidade, uma relação entre uma pluralidade de Constituições produtos de diferentes ideários nacionais que interagem entre si formando um Direito mais amplo, denominado de Direito Internacional, situação que define a obrigatoriedade deste último ter um espírito cosmopolita, comumente ausente nos Direitos nacionais. Essas interações formariam uma espécie de “teia” cuja “aranha” que fia é o Direito Internacional Privado. Trata-se de um estudo que procura demonstrar que a inserção de um Direito nacional no plano internacional ocorre não só pela concepção do Direito Internacional Público, como também pela estrutura que o Direito Internacional Privado assume naquele Direito.

Palavras-chave: Constituição; Direito Internacional; Diálogo; Direito Internacional Privado.

**DIALOGUE BETWEEN CONSTITUTION AND INTERNATIONAL LAW:
INTRODUCTION TO THE CONSTITUTIONAL WEB THEORY**

ABSTRACT

This article is a product of the author's initial attempt to develop a theory trying to describe the insertion of the idea of Constitution in the international Environment. The main idea is that the relationship between Constitution and International Law is, in fact, a relationship between pluralities, plurality marked between the interaction of different national order (Constitutions) between themselves and the common goal in obtain a broader Law, the International Law. Therefore, the latter having an obligatory cosmopolitan spirit, commonly absent in the national Laws under a Constitution. In the author minds, this situation can be described as being like a “spider web”, whose “spider” that spins the web is the Conflict of Law (or Private International Law). In other words, this “web spinning” is where we can find the dialogue between Constitution (National Law) and International Law. Therefore, the understanding of this

¹ Professor Adjunto de Direito Internacional Privado Membro do Grupo de Pesquisa: Integração Regional, Globalização e Direito Internacional. Contato principal para correspondência. Faculdade de Direito do Recife - UFPE

“web spinning” process only can be achieve when considering not only the Law of Treatises (Public International Law), but also the rules of the Conflict of Law, when analyzing the relation between Constitution and International Law.

Keywords: Constitution; International Law; Dialogue; Conflict of Law.

1 Introdução

Uma das concepções mais tradicionais e antigas do Direito Internacional Privado é que as normas constitucionais são, de *per si*, componentes da ordem pública internacional de um país, isto é, as normas contidas na Constituição são a primeira linha de defesa de determinada ordem jurídica nacional contra a aplicação de Direito estrangeiro.

Poucas vezes na literatura jurídica se colocou em foco o grau de defesa que essas normas possuíam. Seriam elas absolutas a ponto de excluir integralmente o Direito estrangeiro? Ou seriam relativas, servindo não de excludentes, mas de filtros da ordem nacional para aplicar determinado direito estrangeiro?

Sobre essa questão é que surgiu a presente teoria, ou melhor, o presente esboço de teoria acerca de uma rede constitucional (ou teia constitucional), cujo objetivo é demonstrar que no mundo contemporâneo a visão absolutista que a ideia de ordem pública internacional conferia as normas constitucionais deveria ser substituída por uma visão relativista, no sentido de filtro.

Neste contexto, esse estudo procura introduzir as premissas dessa rede constitucional a partir de um diálogo pouco utilizado na doutrina pátria: entre o Direito Internacional e a Constituição. Num primeiro momento, envolvendo o Direito Internacional Público e a concepção de Constituição, e num segundo momento, entendendo o papel do Direito Internacional Privado na estrutura jurídica centralizada numa Constituição.

Para atingir esse objetivo, o estudo se utilizará do resgate de uma teoria esquecida no debate entre a relação do Direito nacional com o Direito internacional a teoria pluralista - desenvolvida no século XIX. Procurar-se-á demonstrar que, apesar da Constituição figurar como ponto máximo de ordenamento jurídico nacional, ela não implica um isolamento diante da diversidade legislativa existente no mundo contemporâneo.

A estrutura do artigo começa pela análise do monismo jurídico e o caminho que levou ao dogma da supremacia constitucional, para então adentrar no pluralismo (ou dualismo) de modo a preparar o caminho para a exposição do objeto principal: a ideia de teia constitucional.

É importante ressaltar que o presente estudo é uma introdução a ideia de rede constitucional, portanto, não se recorrerá a uma extensa e exaustiva série de citações, muito menos se considerará a conclusão oferecida como um ponto final ao assunto, pois ainda existem muitos espaços a serem explorados no mesmo.

2 A contribuição do Monismo

O monismo jurídico é derivado da concepção de que tanto a ordem internacional como a ordem nacional consistem em uma mesma ordem. Em síntese, trata-se de um conjunto de teorias derivadas do debate acerca da relação entre o Direito interno e o Direito internacional, que possuem como premissa principal a visão de que só existiria um Direito, sendo tanto o Direito interno como o Direito internacional partes deste Direito único.

Interessante notar que o pensamento jurídico monista ganhou força na medida em que se consolidava a figura do Estado nacional como sendo modelo de organização sócio-política das nações.

O advento do Estado nacional, com a ascensão do Direito como uma Ciência autônoma, acabou por finalizar a bipartição do Direito em dois campos inicialmente distintos: de um lado, o Direito nacional centralizado na figura do Estado, e de outro, o Direito internacional.

Logo se consolidou a doutrina de que o Direito nacional estaria fundamentado na soberania do poder estatal nacional, estabelecendo a crença de que o Estado seria composto por território, povo e governo, além de estabelecer que a ordem jurídica nacional encontrava-se monopolizada pela autoridade estatal.

A explicação do fundamento do Direito internacional demorou mais tempo para ser consolidada, e, mesmo assim, não conseguiu pacificar o assunto. A doutrina entendeu tratar-se de um Direito assentado na vontade dos Estados em comunidade, isto é, não é derivado de uma autoridade central, mas sim do consenso dos membros da comunidade internacional.

Neste debate sobre o fundamento do Direito internacional é que se vai originar tanto o pensamento monista, como também a sua contraposição, o pluralismo. Mas, para compreender ambos, é necessário analisar o debate entre direito interno e direito internacional.

A rigor, pode-se afirmar que foram as lições sobre o Estado do filósofo Georg Friedrich Hegel o ponto de partida para o nascimento do debate “Direito nacional e Direito internacional”. Quando Hegel lança a concepção de Estado como um “ser”, abre-se o que se pode denominar de processo de racionalização do Estado.

O povo como Estado é o espírito de sua racionalidade substanciada e da sua invariável realidade, desse modo o poder absoluto sobre a Terra; um Estado conseqüentemente, perante os outros, é uma autonomia soberana. Assim, ser um ser perante os outros, isto é, ser reconhecido, é seu primeiro e absoluto direito². (Hegel, 1999, p.284).

Importante advertir que a influência de Hegel no pensamento jurídico foi tão profunda, tanto que um dos resultados foi a cisão do Direito internacional a teoria das relações internacionais. Mas não foi Hegel o responsável pela cisão do Direito em nacional e internacional; essa divisão é legado dos positivistas.

A corrente do pensamento historicista (ou romântica) do século XIX representa, em certa medida, uma versão da lei natural – tão evoluída a ponto de a ter transformado em algo quase irreconhecível. Era a lei natural coberta por uma vestimenta historicista, em que o principal expoente filosófico fora Georg Friedrich Hegel. Hegel concordava com os positivistas sobre a unidade fundamental do estudo jurídico ser o Estado-nação. Em qualquer caso, ele foi mais dogmático nesse assunto do que a maioria da doutrina positivista chegou a ser – capaz de visualizar o Estado primeiramente como o veículo político para as aspirações culturais e psicológicas dos povos. Essa mentalidade historicista e romântica teve grande influência no pensamento do século XIX e nas políticas em geral, mas uma importância menor no Direito internacional³. (Neff, 2003, p.47)

² Tradução livre do original em alemão: “Das Volk als Staat ist der Geist in seiner substantiellen Vernünftigkeit und unmittelbaren Wirklichkeit, daher die absolute Macht auf Erden; ein Staat ist folglich gegen den anderen in souveräner Selbständigkeit. Als solcher für den anderen zu sein, d.i. von ihm anerkannt zu sein, ist seine erste absolute Berechtigung”

³ Tradução livre do original em inglês: “The historicist (or ‘romantic’) strand of nineteenth-century thought represents to some extent, an evolved version of natural law - but evolved to the point of being transformed nearly out of recognition. It was natural law decked out in a historicist garb, whose principal philosophical tailor was Georg Friedrich Hegel. Hegel agreed with the positivist that the fundamental unit of study was the nation-State. If anything, he was more dogmatic on that subject than the most doctrinaire positivist ever as - seeing the State primarily as the political vehicle for the cultural and psychological

Porém, foi a partir da ideia de Estado de Hegel que o positivismo acabou desenvolvendo a racionalização do debate entre Direito interno e direito internacional, cujo resultado foi a prevalência do monismo.

Esse processo de racionalização jurídica positivista do debate “direito interno e direito internacional” começa com as lições de John Austin, qual seguindo a ideia de Hobbes das leis tratarem-se de comandos, lança a base da ideia de que a ordem jurídica estaria composta por leis superiores e leis inferiores, como explica

Leis e outros comandos, é dito, que emanam de superiores, e que obrigam os inferiores (...). Superioridade é comumente sinônimo de precedente ou excelência. Falamos de superiores em hierarquia; superiores em riqueza; superiores em virtude; comparando determinadas pessoas com outras; e, significando que uma precede ou sobressai das demais, em hierarquia, em riqueza, ou em virtude. Mas, tomando como significado o meu entendimento, o termo superioridade significa poder; o poder de infligir mal ou sofrimento aos outros, e forçando-os então, por meio do medo desse mal, a ajustar suas condutas conforme o desejo do detentor do poder⁴. (Austin, 1861, p.35)

A partir da doutrina de Austin pode-se notar o ingresso de dois fatores novos no pensamento jurídico. O primeiro, a inserção do emprego da força como característica determinante do termo “jurídico”. Isto é, somente aquelas normas emanadas por um poder superior capaz de forçar seu cumprimento seriam jurídicas.

O segundo fator foi a visualização de que no próprio sistema jurídico existiriam leis superiores a outras, resultando na elaboração de um critério hierárquico, o qual desenvolveria a doutrina da coesão do sistema jurídico por base na subordinação de uma norma sobre as demais.

Destarte fica demonstrado a motivação pela qual Austin e os primeiros positivistas não consideraram o Direito internacional como sendo um Direito, mas somente uma moral positivada. Não existia no Direito internacional uma centralização do poder e uma estrutura de coercitividade capaz de conferir as normas internacionais o caráter de jurídicas (Shaw, 2003, p.3).

aspirations of peoples. This historicist and romantic mentality played a major role in nineteenth-century thought and politics generally, but only a minor one in international law”

⁴ Tradução livre do original em inglês: “Law and other commands are said to proceed from superiors, and to bind inferiors (...) Superiority is often synonymous with precedence or excellence. We talk of superiors in rank; of superiors in wealth; of superiors in virtue: comparing certain persons with certain other persons; and meaning that the former precede or excel the latter, in rank, in wealth, or in virtue. But, taken with the meaning wherein I here understand it, the term superiority signifies might: the power of affecting others with evil or pain, and of forcing them, through fear of that evil, to fashion their conduct to one’s wishes”

A negação do Direito internacional foi a primeira vertente do monismo jurídico: o monismo de supremacia total do Direito nacional. Tratava-se de um pensamento enraizado no monopólio jurisdicional do Estado nacional, que se baseava no critério da força para definir a diferença entre Direito e moral.

O Estado, como era único nas suas esferas de domínio soberanas, determinava a existência de um só Direito oriundo do monopólio da autoridade estatal da jurisdição. O restante pertenceria ao campo da moral e das obrigações naturais.

Ocorre, porém, que esse pensamento de negação do Direito internacional não conseguia explicar satisfatoriamente aqueles casos em que normas internacionais eram respeitadas e, de certo modo, garantidas por uma estrutura coercitiva distinta da coerção nacional.

Desenvolveu-se a ideia de que a coercitividade da sanção internacional não residiria mais na imposição por uma autoridade superior, mas sim na legitimação pela comunidade internacional da conduta de retaliação a ser realizada pelo Estado prejudicado. Esse raciocínio, assomado à concepção da existência de tratados imediatamente vinculantes (ou auto vinculantes) formando o *jus cogens*, acabaram tornando essa variante do monismo obsoleta.

Mas mesmo diante das mutações e particularidades que emergiram do Direito internacional, o pensamento monista desenvolveu sua principal variante para lidar com a questão da relação direito interno e direito internacional: o monismo normativista.

O normativismo, ou melhor, a teoria da norma fundamental desenvolvida por Hans Kelsen, acabaria por consolidar o monismo como vetor determinante da análise entre direito nacional e internacional, uma vez que o caráter abstrato da concepção de norma fundamental acabava por conferir a flexibilidade necessária para o monismo se adaptar as mutabilidades da realidade internacional.

Com o recurso do mundo abstrato das normas jurídicas, o monismo normativista acabou não só evoluindo, como também incluindo como uma vertente possível os monismos anteriores, gerando a possibilidade de recorrer a três gêneros de monismo, bem representados pela figura abaixo:

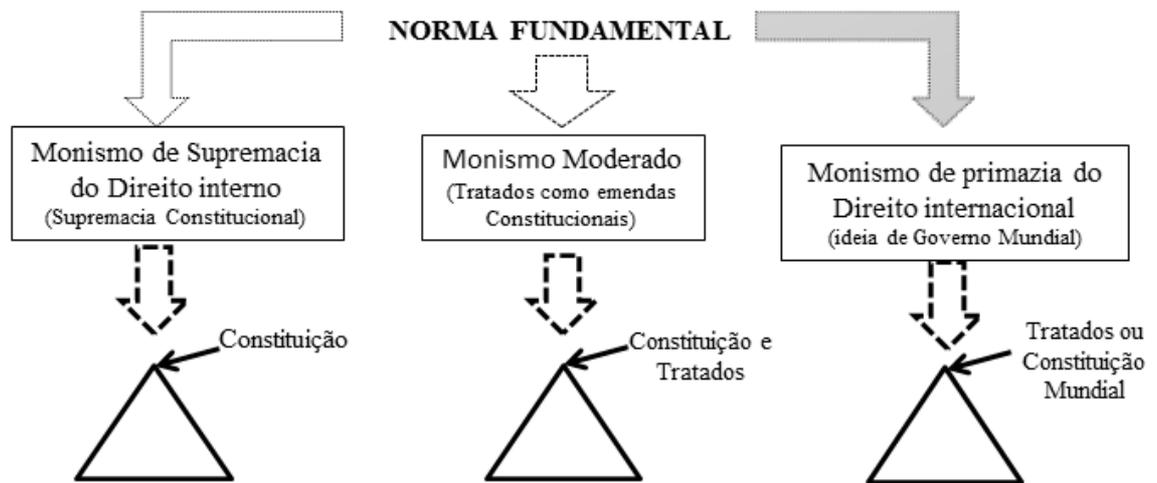


Figura 1. As três variantes do monismo do normativismo

Note-se que o monismo da supremacia constitucional representa somente uma das variantes do monismo. Porém, retirando o monismo de supremacia do direito internacional, nos dois outros gêneros a Constituição figura como ponto maior das pirâmides normativas.

No monismo jurídico, prevalece o uso dominante das ideias normativistas, com especial relevância da concepção de norma fundamental como pressuposto da ordem jurídica. Partindo desse pressuposto, a questão se volta para análise de como a Constituição assumiu esse ponto jurídico inicial.

O momento histórico que vai determinar o início da ascensão da Constituição para o topo da pirâmide normativa é, por uma dessas coincidências históricas, o mesmo em que o monismo jurídico começa a tomar forma: o século XIX.

A ideia de Constituição, bem como o próprio constitucionalismo, pode ser verificada muito antes do século XIX. Mas somente com o ideário constitucionalista da revolução francesa e, como afirma Flávia Lages de Castro (2004, p.245), é a partir da Restauração europeia de 1815, que não era mais concebível um país sem uma Constituição.

É importante salientar que não se deve cair na tentação de conceber o mesmo papel das Constituições contemporâneas, que servem de centro gravitacional da ordem jurídica, a essa Constituição oriunda do ideário constitucionalista de fins de século XVIII, de cunho mais formalista inclinada mais em estruturar o Estado do que propriamente servir de guia para a ordem jurídica.

Em 1868 existiam vários significados distintos associados ao termo Constituição. Havia somente uma unidade de pensamento na ideia de que o Estado necessitava de uma Constituição, mas não numa delimitação específica do que seria a Constituição.

No ano de 1868 diferencia Held quatro significados recorrentes associados a “Constituição: 1) toda situação referente a organização da unidade do Estado com a influência dos momentos não-jurídicos correlatos; 2) a soma das previsões e determinações da Constituições; 3) aquela parte do Direito constitucional que as elaborações constitucionais pertencam; 4) uma lei fundamental constitucional escrita acrescido de todas as Novelas de mesmo caráter. Ele ainda acrescenta: este último significado é de menor emprego no pensamento constitucional. Após desta customização do uso deste último, está a constatação de que com a revolução de 1848 o Estado constitucional havia se consolidado em definitivo⁵. (Grimm, 1991, p.136-137)

Destes quatro conceitos apontados, o que se consolidou com o monismo jurídico normativista foi o que concebeu a Constituição como uma lei fundamental escrita, base da ordem jurídica de um Estado nacional.

Mas até chegar neste ponto, a Constituição exercia um papel diferente, pois não se tratava de um documento estabelecendo a base da ordem jurídica de plano, mas sim um documento cuja função principal era limitar o poder do Estado. Assim, este Estado constitucional resultante da Restauração de 1815 era, em realidade, o Estado monárquico, no qual a Constituição era o documento que limitava a atividade do soberano.

Esta função da Constituição no Estado monárquico é bem exemplificada quando analisa-se a Constituição do Império Alemão de 1871. Nela é possível notar a predominância de regras determinantes de competências reforçando a imperatividade das leis imperiais sobre as leis estaduais. É pertinente ressaltar que se trata do Estado

⁵ Tradução livre do original em alemão: “Im Jahre 1868 unterscheidet Held vier geläufige Bedeutungen des Ausdrucks ›Verfassung‹; 1) Den ganzen Zustand der organisierten Einheit des Staat mit Einschluss der dazugehörigen nicht juristischen Momente; 2) die Summe der Verfassung betreffenden Rechtssätze und Einrichtungen; 3) jenen Teil des Verfassungsrechts, welcher die konstitutionellen Einrichtungen enthält; 4) ein geschriebenes konstitutionelles Grundgesetz samt allen ihm mit gleichem Charakter beigegebenen Novellen. Er setzt dann hinzu: In dem letztern Sinne wird der Ausdruck wenigstens auf dem Kontinent gewöhnlich angewendet. Hinter dieser Gewöhnung steht die Tatsache, dass sich mit der Revolution von 1848 der Verfassungsstaat endgültig durchgesetzt hat”

alemão naquele período em que havia um Império sobreposto aos principados germânicos e aos reinados da Bavária e da Prússia.

A título de exemplo, uma breve análise dos artigos 2 e 4 daquele texto constitucional mostra bem como a Constituição tinha o papel de delimitar a atividade imperial perante os principados. O artigo 2 determinava que a lei imperial só começaria a ter eficácia no momento que fosse publicada no diário oficial do império; e o artigo 4 assentava a competência jurisdicional exclusiva do Império em determinadas questões (aduana, cidadania, moeda, patentes, proteção da propriedade espiritual, etc)⁶.

Esse modelo de Constituição com função de estruturar e delimitar o poder estatal pode ser apontado como o documento legislativo ideal para assumir a ponta da pirâmide normativa, uma vez que estrutura o principal ator de criação do Direito pela ótica positivista: o Estado nacional, posteriormente conhecido também como Estado moderno.

O Estado moderno trouxe a si a exclusividade ou o monopólio da produção do direito, como pedra de toque da superação dos localismos jurídicos da cultura medieval, do direito estamental, dos privilégios. Esse é um dos mais importantes traços da modernidade, no campo jurídico. (Lobo, 2002, p.336)

Nada mais natural para o pensamento monista normativista de que o ponto jurídico inicial da ordem jurídica residir na Constituição, pois o documento jurídico que limita a atividade do Estado, automaticamente estabelece as regras para a composição da ordem jurídica oriunda da atividade legislativa daquele Estado.

Sobre essa breve evolução da Constituição como ponto máximo da pirâmide normativa de um Estado, resta estabelecer três observações importantes.

A primeira observação é a de que esse conceito de Constituição, entendida como primeira norma jurídica derivada da norma fundamental, é o que se denomina de Constituição liberal.

A Constituição, no contexto liberal, representa uma técnica para manutenção da liberdade individual contra o poder arbitrário do Estado. O pensamento era o de garantir, com um texto escrito distante da herança consuetudinária medieval os direitos dos cidadãos. Para atingir esta finalidade, contudo, a Constituição deve ser necessariamente rígida e inflexível, no sentido de que as normas representam o ápice hierárquico de positividade estatal, não podendo ser modificadas pelo poder legislativo ordinário e nem interpretados de forma ampla. (Simeão, 2008).

⁶ O texto completo da Constituição do Império Alemão de 1871 pode ser consultado integralmente no sítio <http://www.dhm.de/lemo/html/dokumente/verfassungskai/index.html>

Não se trata portanto de um documento dotado de normas programáticas, mas sim de um diploma que procurava colocar em linhas claras os limites da atividade estatal e a estrutura do mesmo (como forma de governo, regime e delimitação de competências).

A segunda observação importante é a relação entre a soberania e a Constituição resultante deste posicionamento na ordem jurídica. A Constituição, neste momento histórico “liberal”, nasce como uma manifestação do que se pode denominar vontade do povo em limitar o absolutismo monárquico. Não se trata de aspiração do povo à soberania que o monarca detinha, mas sim de limitar seu caráter absoluto sobre seus súditos.

Porém, com os movimentos nacionalistas da metade final do século XIX, houve uma mudança no próprio conceito de soberania, derivada da alteração da estrutura das relações internacionais entre as nações européias. Tratava-se da passagem do fechado Direito público europeu dos monarcas para a concepção de Direito Internacional Público - era a transferência no âmbito da soberania do monarca para a soberania da nação.

Dessa transferência da idéia de soberania popular para o estágio internacional a conclusão que aparecia era que a nação não deveria somente governar a si mesma nos quesitos domésticos, mas também que ela deveria decidir seu próprio destino livremente no mundo exterior e de forma independente. Soberania nacional não poderia tolerar nenhuma autoridade superior - exceto a aliança de segurança coletiva restrita à proteção mútua. Cada obrigação dos Estado poderia somente ser baseada em sua própria livre vontade. Toda a lei das nações desde então se assentou num acordo de vontades entre os Estados⁷. (Grewe, 2000, p.416)

Essa situação acarretou a inserção posterior da ideia de Soberania na de Constituição, uma vez que a soberania, podendo ser considerada uma das qualidades da atividade do Estado, acabaria sendo inserida no corpo Constitucional.

⁷ Tradução livre da versão em inglês: “from this transfer of the idea of the sovereignty of the people to the international stage the conclusion was drawn that a nation should not only govern itself in respect of its domestic affairs, but also that it should decide its own fate in the outer world freely and independently. National sovereignty could not tolerate any superior authority - except a collective security alliance restricted to mutual protection. Each obligation of the State could only be based on its own free will. All of the law of nations therefore had to rest on an agreement of will among States”

Dessa situação, a última observação relevante é a de que o Estado e a Constituição acabaram se entrelaçando de tal modo que, sob diversos aspectos, acabaram tornando-se institutos sinônimos. Para efeitos deste estudo, a maior consequência dessa “junção” de Estado e Constituição foi estabelecer como paradigma de Direito perfeito aquele que fosse dominado por uma autoridade centralizada e estruturada conforme um lei fundamental, estrutura contemporânea do Direito nacional.

Destarte, ao assentar o Direito nacional como paradigma de Direito perfeito, incorreu ao estudo jurídico nacionalizar a compreensão dos fenômenos internacionais e estabelecer as soluções nacionais como aplicáveis a problemas internacionais, acarretando num prejuízo à compreensão do Direito internacional como campo autônomo (Hart, 2001, p.232).

Em suma, apesar do pensamento jurídico monista ser flexível o suficiente para se adaptar tanto a uma estrutura de Direito nacional como internacional, no momento em que Estado e Constituição se uniram, a possibilidade de uma estrutura supranacional se perdeu, bem como se enfraqueceu o poder vinculante das normas internacionais.

3 A contribuição do Pluralismo

A história do pluralismo começa no fim do século XIX, quando em 1899 o jurista Heinrich Triepel lançou a obra *Völkerrecht und Landesrecht* (Direito Internacional e Direito estatal), propondo que ambos os campos seriam na realidade Direitos diferentes.

Tratava-se de uma crítica ao monismo centralizado no Estado nacional, procurando demonstrar que, na realidade, o Direito Internacional não poderia pertencer ao mesmo Direito que o Direito nacional.

Em breves linhas, a distinção dos dois Direitos restava na diferença de atuação do Estado nacional, uma vez que no Direito nacional um só Estado figurava como ente soberano e fonte primeira de emanção do Direito, gerando uma estrutura centralizada do emprego da coerção e numa autoridade real para empregar a mesma. O Direito internacional, por sua vez, era um Direito oriundo da vontade dos diferentes Estados membros da comunidade internacional, não se baseando numa estrutura centralizada do emprego da força, marcado pela inexistência de um poder legislativo nem judiciário nos moldes do Direito nacional, e com um significado próprio e diferente de sanção.

Diante destas diferenças, não se poderia defender que ambos os Direitos pudessem ser um só. O que existiria, na realidade, era um pluralismo de Direitos distintos interagindo autonomamente entre si e o Direito internacional.

Esse pensamento acabou sendo denominado erroneamente de pensamento Dualista, em razão da análise elaborada pelo jurista Alfred Verdross que reduzia o pensamento de Triepel na divisão genérica entre Direito nacional e Direito internacional, como se fosse possível agrupar num plano abstrato a diversidade de direitos nacionais em um só campo e o contrapor a um Direito internacional. Mas esse equívoco de denominação foi logo abandonado e a nomenclatura correta voltou a ser utilizada em meados do século XX (MELLO, 2004, p.122).

Em linhas gerais, essa era a essência do pensamento pluralista de Triepel, estabelecer que não se poderia unificar em um só Direito aquilo que era composto por diferentes Direitos, cada qual dominado por um Estado diferente e relacionando-se com um outro Direito dotado de características distintas desses direitos estatais. Infelizmente, também contribuiu para a pequena síntese deste pensamento a falta de estudos sobre o mesmo, dado que o pensamento pluralista foi esquecido perante o império lógico do pensamento monista.

Mas, para este estudo, essa essência do pluralismo serve de ponto de partida, que, de forma adaptada, servirá de instrumento para elaboração da teoria de rede constitucional, começando a partir da ilustração do pensamento pluralista oferecida por Wagner Menezes:

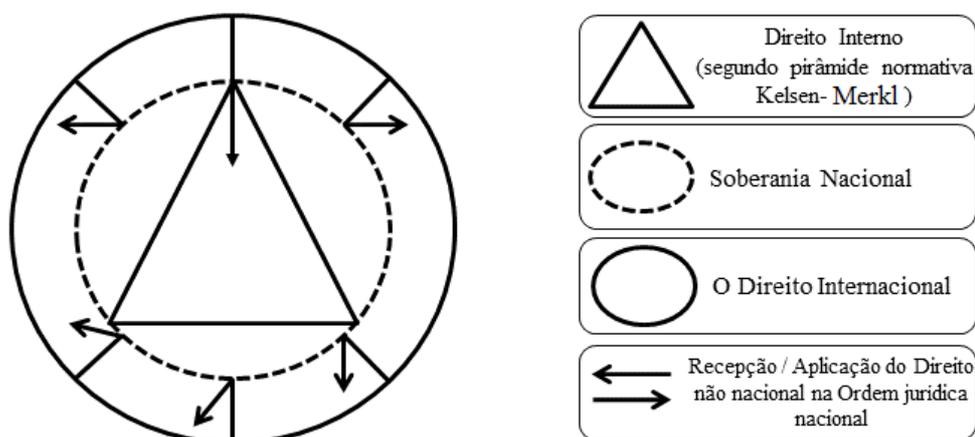


Figura 2 O pensamento pluralista conforme Wagner Menezes (2005, p.237)

A ilustração não oferece uma visão do pensamento pluralista como defende seu criador, porém capta com perfeição o pensamento de reduzir o pluralismo em dualismo, como fez Verdross, restringindo a análise somente à interação de um Direito nacional uniforme e imaginário com um Direito internacional abstrato.

Acrescente-se a feliz inserção da pirâmide normativa e sua distinção da esfera soberana, demonstrando um fenômeno cada vez mais crescente no pensamento jurídico de alargar não só a atuação do Estado como também a própria função da Constituição (objeto de análise no próximo tópico).

Em mente essa ilustração, pode-se iniciar a readaptação do pensamento pluralista, partindo da afirmação de que o Direito internacional pode ser dividido em diferentes níveis, constatada por um dos maiores expoentes do normativismo, o jurista Hans Kelsen

Por direito internacional entendemos somente o direito internacional geral e não o direito internacional particular. o direito internacional geral é um direito costumeiro, criado pelo comportamento habitual dos Estados na comunidade internacional. Enquanto o Direito internacional particular não passa de normas criadas e aplicadas por Estados determinados. Por tratados que valem somente para os Estados contratantes⁸. (Kelsen, 1953, p.28)

Atualmente, pode-se acrescentar a esta divisão a figura do Direito internacional regionalizado, cujo expoente maior seria o Direito comunitário.

Mas essa classificação do Direito internacional possui um denominador comum: independente do Direito internacional ser particular, regional ou geral, as normas oriundas deste Direito não são restritas a um só Estado nacional. Ou seja, a norma jurídica para ser considerada internacional, necessariamente tem de ser aplicada em dois ou mais Estados nacionais. Caso contrário, não é uma norma de Direito Internacional.

Acrescente-se ainda que cada ordem jurídica nacional irá reagir de forma própria àquela norma internacional. Pode-se estabelecer uma visualização mais adequada ao pensamento pluralista sobre a interação Direito nacional e Direito internacional da seguinte forma:

⁸ Tradução livre do original em francês: “Par le droit international nous entendons seulement le droit international général et non le droit international particulier. Le droit international général est un droit coutumier, créé par le comportements habituel des Etats appartenant à la communauté internationale. En revanche le Droit international particulier ne vaut que pour certaines Etats et il comprend notamment les normes créées. Par des traités valables seulement pour les Etats contractants”

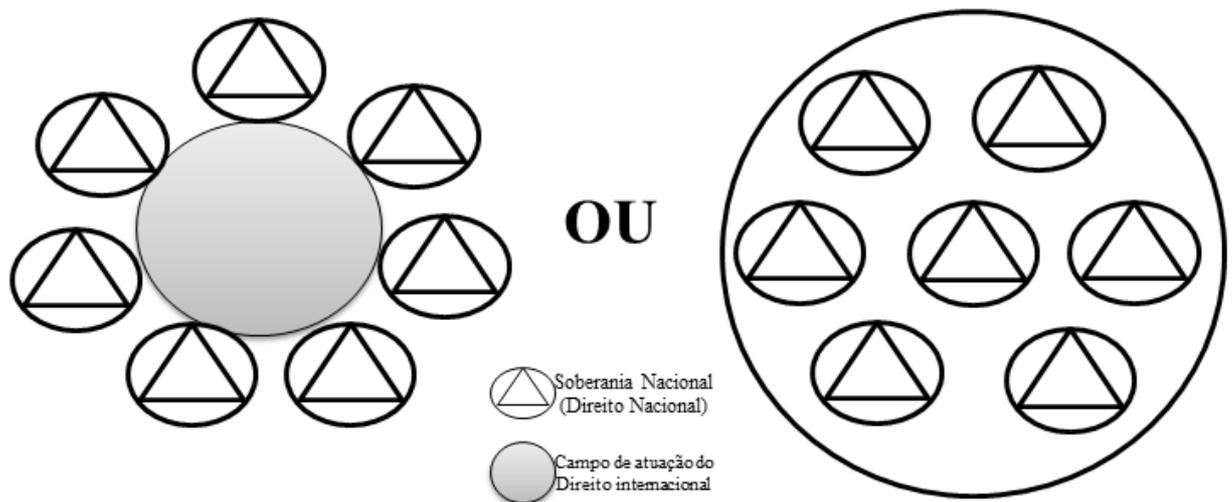


Figura 3. Visualização mais adequada do debate Direito internacional e os Direito nacionais

Assim, pode-se verificar que existem duas possíveis visualizações da questão Direito internacional e Direito nacional. Uma, seguindo a tradição pluralista em estabelecer um campo próprio do Direito internacional rodeado pelas ordens jurídicas nacionais, interagindo cada qual de forma autônoma. Mas também é possível estabelecer, pasmem, uma visão com tendência monista desta interação, em que se supera a pirâmide normativa estabelecendo um campo exterior a mesma, formando um só conjunto normativo.

Lógico, não irá se abordar as diferentes implicações destas formas de ilustrar não só o pensamento pluralista, como também sua readaptação com “pitadas” monistas, pois o objetivo principal é demonstrar que a interação entre Direito nacional e Direito internacional não se baseia na interação de dois campos uniformes, mas sim de um campo diversificado (os direitos nacionais) e um campo abstrato maior (o Direito Internacional).

Destarte, fica exposto o perigo reducionista que o monismo instituiu no pensamento jurídico acerca da relação Direito nacional e Direito internacional, quando ao assentar na figura do Estado a ordem jurídica como um todo, esqueceu que o próprio Estado varia conforme a sua organização social. Isto é, cada nação, cada povo, tem um Estado e, por consequência, um Direito nacional diferente do outro.

Se de um lado realizou-se a readequação do debate “direito nacional e direito internacional”, de outro, existe ainda a necessidade de esclarecer a motivação em adotar a esfera soberana do Estado como sendo distinta da pirâmide normativa, ou seja, basicamente explicar como a Constituição está atuando na ordem jurídica.

Entender como se associa a esfera soberana do Estado com a Constituição é adentrar no campo do Direito Internacional Privado, mais precisamente, ~~em~~ aventurar-se no complicado instituto da ordem pública. Desde a adoção da Constituição como topo da pirâmide da ordem jurídica, sempre houve um entendimento harmônico de que suas normas são de ordem pública internacional e que havendo infração do direito estrangeiro a alguma delas, o direito estrangeiro deixaria de ser aplicado⁹. A Constituição seria parte integrante da ordem pública internacional de um Estado.

Porém, a adoção deste dogma por parte do Direito Internacional Privado nasceu no período das Constituições liberais, em que o papel quase único da Constituição era de limitar e estrutura o poder público, situação que foi alterada drasticamente a partir de meados do século XX. Mais precisamente ao fim da Segunda Guerra Mundial, iniciou-se um movimento de transformação do papel da Constituição na ordem jurídica. Esse processo determinou uma crescente ampliação da atuação das normas constitucionais, resultando numa adoção cada vez mais variada de Constituições por parte dos diferentes Estados e tornando o próprio fenômeno constitucional extremamente complexo.

A pluralidade de tipos de constituições existentes e a diversidade de funções que as mesmas desempenham na atualidade fazem com que a compreensão contemporânea do fenômeno constitucional seja cada vez mais complexa, sendo crescente o déficit cognitivo entre o que afirmam as terias clássicas de constituição reproduzidas cotidianamente nas faculdades e nos manuais de direito constitucional e o que efetivamente vem ocorrendo no real dimensionamento do papel das constituições. (Galindo, 2006, p.131)

Utilizou-se cada vez mais normas programáticas e de conteúdo indeterminado na busca de promover uma maior “socialização” da atuação do Estado na sociedade, como também nos institutos do Direito. Como bem define Ingo Sarlet (2008, p.55), “não se cuida mais, portanto, de liberdade do e perante o Estado, e sim de liberdade por intermédio do Estado”.

⁹ Como consagrou a nível legislativo o Código Bustamente, ou Convenção de direito internacional privado de Havana 1929, no seu artigo 4º “Os preceitos constitucionais são de ordem publica internacional”.

Essa situação de complexidade do fenômeno constitucional invariavelmente implicaria em alterações na esfera soberana do Estado no campo jurídico, da qual a ordem pública internacional é um dos seus expoentes máximos.

Em síntese, ao estabelecer uma regulamentação cada vez mais programática, tornando possível a incidência de normas constitucionais na esfera particular, o caráter de ordem pública dessas normas acabou formando um campo supranormativo de soberania do Estado, pois com a indeterminação da norma constitucional, a interpretação da mesma é que determinava a incidência ou não da carga de ordem pública internacional.

Isto é, a esfera soberana do Estado no Direito nacional passou da literalidade jurídica para o campo da interpretação da norma programática. A soberania do Estado, no Direito, não mais restava somente na letra da lei, mas na interpretação da carga indeterminada que esta contém.

Assim sendo, ao se representar a esfera soberana do Estado como um círculo envolvendo a ordem jurídica piramidal, se faz em observância a essa transformação do conteúdo das normas constitucionais e sua carga de ordem pública internacional.

Trata-se da primeira manifestação do Direito Internacional Privado sobre o debate dos direitos nacionais e o direito internacional.

4 A teoria da teia constitucional

Superados os passos introdutórios, chega o momento de delinear o que seria essa teoria da rede constitucional e qual seu impacto no pensamento jurídico contemporâneo.

Inicialmente, a teoria aqui exposta utiliza a visualização pluralista da relação entre os direitos nacionais e o direito internacional como sendo a de um grupo de conjuntos contidos dentro de um conjunto maior. Também foi inserida uma carga monista ao determinar que ambos os campos são, sim, visualizados como um só Direito,

sem compartilhar da ideia de que o Estado seria o ponto de interseção destes campos. Procurou-se afastar o caráter de ordem pública internacional das normas constitucionais.

Para isso, utilizou-se da crença de que o papel do Direito Internacional Privado exerce uma função fundamental ao estabelecer pontes de comunicação entre as diferentes esferas nacionais e internacionais. Essas pontes permitem o “diálogo” entre as ordens jurídicas, dando vazão ao crescimento da iniciativa de harmonização e uniformização dos direitos nacionais em prol de um direito supranacional.

Neste contexto, pode-se associar a função do Direito Internacional Privado, em sua vertente mais moderna, ao de uma aranha que estabelece um contínuo e progressivo processo de tecelagem na busca de amarrar os ordenamento jurídicos nacionais (as moscas) numa imensa e intrincada rede de interseções (o Direito internacional). Visualizando, tem-se

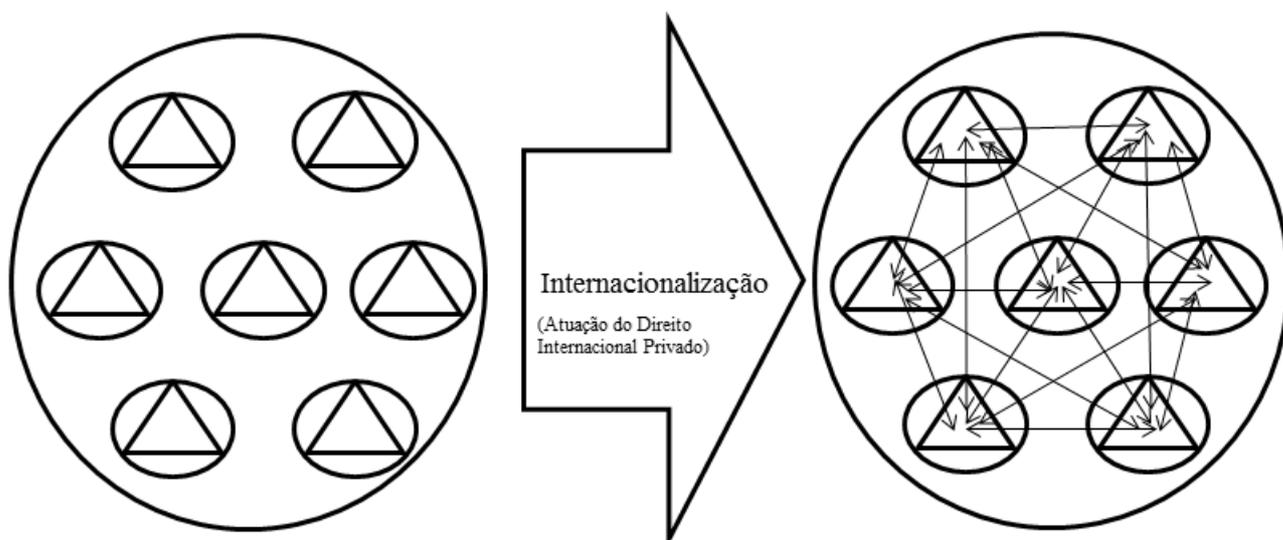


Figura 4. O processo de estabelecimento de uma rede constitucional

Desse entrelaçamento, nasce a possibilidade de cogitar o processo de criação de um sistema jurídico supranacional ou até mesmo um processo de constitucionalismo internacional, visando estabelecer uma centralização jurídica a nível internacional.

Para os limites deste artigo, essa visualização da relação entre direitos nacionais e direito internacional como uma teia de aranha ou rede de comunicação tem relevância em dois pontos fundamentais da Ciência Jurídica contemporânea: (1) a revisão do papel da Constituição na ordem jurídica nacional; e (2) na possibilidade de uma ordem jurídica supranacional.

Uma das consequências mais importantes para o estudo do Direito da presente teoria é a de permitir desassociar a Constituição do Estado, ou melhor, remover a carga de soberania conferida a Constituição e romper com a ideia de que as normas constitucionais são integrantes da ordem pública internacional de um Estado, relativizando seu papel de excludente de Direito estrangeiro.

Isso não significa que se deve partir para um abandono das normas constitucionais na análise de fatos internacionais, ou mais precisamente na incidência de Direito internacional ou estrangeiro, mas sim relativizar sua interpretação de forma que não excluam sua aplicação ou incidência, mas determinem a aplicação conforme o entendimento das mesmas.

Novamente recorrendo ao Direito Internacional Privado, ao invés de manter as normas constitucionais como normas de ordem pública internacional, elas se transformariam em uma variante das normas de aplicação imediata¹⁰. Assim não impediriam a aplicação do Direito estrangeiro, mas adaptariam a sua aplicação naquilo que se considerasse ofensivo a ordem jurídica nacional.

Essa flexibilização da rigidez da norma constitucional abre uma possibilidade maior de diálogo do ordenamento jurídico nacional com os demais ordenamentos jurídicos nacionais, propiciando a criação de uma legislação uniforme e, quiçá, unificada em diferentes temas. Incurreria, a longo prazo, na possibilidade da Constituição reduzir sua incidência na ordem jurídica interna e, num longuíssimo prazo, deslocar-se do Estado nacional para uma organização internacional geral - seria o desenvolvimento da cultura constitucional supranacional.

A cultura constitucional supra-estatal insurgente permite recuperar muitas das conquistas do racionalismo e do iluminismo, adaptando-as a uma nova realidade a uma nova conjuntura político-jurídico, a partir do “deslocamento do horizonte” teórico do constitucionalismo, do Estado para os entes jurídicos supra-estatais. Possibilita, no nosso entender, algumas respostas ao nihilismo constitucional e ao desencantamento pós-moderno, embora as soluções estejam momentaneamente adstritas ao constitucionalismo europeu. (Galindo, 2006, p.130)

¹⁰ Entende-se neste estudo que normas de aplicação imediata são aquelas que se aplicam no espaço independente do sistema de normas de conflito de leis, conceito adaptado de Antônio Marques dos Santos (1991,p.1).

Outro impacto de interesse análise é a questão do Direito comunitário e demais variações do Direito internacional não-geral nesta estrutura de teia constitucional.

Como a visualização deve ter deixado claro, verifica-se que a teia formada pela interação dos diferentes ordenamentos jurídicos nacionais se insere num espaço maior, que aglutina todos os ordenamentos e seus consequentes entrelaçamentos.

Diante disso, esclarece-se que a ideia principal da teoria da teia constitucional é a de possibilitar visualizar que essa ordem jurídica supranacional, oriunda pela interação dos ordenamentos, acabaria gerando um grau de interação tão alto que a própria esfera nacional se confundiria com a esfera internacional.

Reconhece-se que para o pensamento jurídico atual trata-se de um assunto utópico. É importante salientar que as interações iniciais entre ordenamentos jurídicos nacionais tem como—condão as iniciativas de harmonização, uniformização e harmonização das ordens jurídicas nacionais, com especial destaque a figura do Direito comunitário, também considerado utópico no início do século.

Apesar da crise atual da zona do Euro, o Direito Comunitário europeu possibilitar estabelecer uma teia entre diferentes ordenamentos jurídicos nacionais a ponto de criar um Direito internacional regionalizado.

Destarte, o Direito comunitário pode ser considerado o resultado de uma mini teia que se formou entre os membros da União Europeia, demonstrando que é possível estabelecer a concepção de uma ordem jurídica supranacional, não sendo sem significado a celebração dos Tratados de Lisboa e sua denominação de “Constituição da Europa”.

Assim, pode-se considerar que a Teoria da teia constitucional é produto da busca por romper a estagnação que se estabeleceu no debate entre os Direitos nacionais e o Direito internacional; estagnação que mantém o pensamento jurídico preso à ideia de Estado criada há mais de dois séculos—e não mais apta a lidar com os desafios jurídicos que se apontam no horizonte da humanidade.

5 Conclusão

Demonstrou-se que é possível conceber um sistema jurídico baseado na cooperação de normas, separando-as conforme seu âmbito de aplicação, demonstrando

que o critério de subordinação, bem como a própria hierarquia das normas, é somente uma possibilidade de configuração da ordem jurídica.

O critério de subordinação se tornou atrativo no pensamento jurídico moderno pela sua poderosa carga lógica associada a flexibilidade que o conceito abstrato de norma fundamental trouxe para o pensamento monista. Assim, a centralização da ordem jurídica em volta de uma Constituição resultou na implementação do modelo de Direito orientado pelo Estado-nação como paradigma de Direito a ser atingido. Esta situação acarretou prejuízos não só na variação de estruturas da ordem jurídica, como também na própria compreensão do Direito Internacional.

A teia constitucional, em sua essência, é a readaptação da visão pluralista com elementos do monismo, estabelecendo uma compreensão melhor e mais adequada da relação entre direito nacional e direito internacional, procurando dar ênfase maior ao critério da incidência normativa invés da sistematização normativa.

Assim, desmistifica a bipolaridade consolidada na doutrina contemporânea (que reduz a questão a uma esfera abstrata nacional e uma internacional) e promove uma análise multipolar, enfatizada na multiplicidade das esferas nacionais e na natureza difusa de suas relações na esfera internacional.

A Constituição é passível de realocação na ordem jurídica, visto que não há prejuízo à sua imperatividade haja vista suas normas não serem de ordem pública internacional, mas sim de uma espécie de filtro adaptador da aplicação do Direito estrangeiro equivalendo a uma nova modalidade jurídica no estudo das leis de aplicação imediata existente no Direito Internacional Privado.

A Constituição deve ser considerada um filtro para sociedade, não uma ferramenta de poder da atividade estatal, possibilitando um maior diálogo direto da legislação infraconstitucional com seus equivalentes em outros ordenamentos jurídicos.

Por fim, pode-se considerar que alterações na mentalidade jurídica, em especial na constitucional, só é passível de modificação a partir do momento em que houver o desapego da estrutura hermética do Direito nacional e conseguir-se, assim, compreender o fenômeno do Direito Internacional sem o prejuízo dos conceitos nacionais.

Referências

AUSTIN, John. **The providence of jurisprudence determined**. 2. ed. London: John Murray, 1861. Disponível online em <http://books.google.com>

CASTRO, Flavia Lages de. **História do direito: geral e Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

GALINDO, Bruno. **Teoria intercultural da constituição - a transformação paradigmática da teoria da constituição diante da integração interestatal na União Européia e no Mercosul**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

GREWE, Wilhelm G. **Epochs of international law**. Trad. Michael Biers. Berlin; New York: De Gruyter, 2000.

GRIMM, Dieter. **Die Zukunft der Verfassung** 2. ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991.

HART, Herbert L. **O conceito de Direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

HEGEL, Georg Friedrich. **Grundlinien der Philosophie des Rechts**. Meiner: Hamburg, 1999.

KELSEN, Hans. **Theorie du droit international public**. La Haye: Recueil de Cours, vol. II, t.84, 1953.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito do estado federado ante a globalização econômica**. In: ADEODATO, João Maurício [org.]. Anuário dos Cursos de pós-graduação em Direito, n.º 12. Recife: UFPE/CCJ, vol.12, 2002.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2 vols, 2004.

MENEZES, Wagner. **Ordem global e transnormatividade**. Ijuí: Ed. Unijuí, 2005.

NEFF, Stephen. **A short history of international law**. In: EVANS, Malcolm D. [edt]. *International Law*. Oxford; New York: Oxford University Press, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

SHAW, Malcom N. **International Law**. 5. ed. Cambridge: Cambridge University press, 2003.

SIMEÃO, Álvaro Osório do Valle. **Soberania, constitucionalismo e mundialização do direito**. In: JUS NAVIGANDI, Teresina, ano 12, n.1831, 6.jul. 2008. Disponível online em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?ID=11403> acesso em 31 jul. 2008.