

Domestic Constitutionalism and International Law*

MARK TUSHNET

Currently the William Nelson Cromwell, Professor of Law at Harvard Law School, Prominent Scholar of Constitutional Law and Legal History. Author of many books and articles.

DOI: 10.11117/22361766.35.01.04

Submissão: 23.06.2010

Parecer 1: 07.07.2010

Parecer 2: 23.07.2010

Decisão Editorial: 23.07.2010

One of the most noted post-1945 developments in international law is the transformation of the subject from one concerned almost exclusively with relations among sovereign nation-states to one that includes concern for the relations of nation-states with their own citizens. That concern, however, necessarily must take into account a wide range of diverse circumstances that nation-states face. Let me enumerate just three:

- Nation-states differ widely in their forms of government. There is a view that international law creates something like a right to democracy or self-government, a view supported in part by the hold that ideas of the self-determination of peoples has in international law. Yet, that hold is weak, with nation-states understandably unwilling to recognize a strong right of self-determination for national minorities, for example, or for diasporic communities. But, even within the family of roughly democratic nations there are wide variations in forms of government. Nation-states may organize themselves as parliamentary democracies or separation-of-powers systems, for example. A constitutional monarch may have a significant role in some democracies. And even a moderately authoritarian state like Singapore probably should not be subject to condemnation under international law for failing to provide fundamental human rights. But, with the wide range of permissible, roughly democratic forms of government comes an associated difficulty in devising a regime of international human rights law that accommodates all the permissible variations.
- Nation-states differ widely in the social, economic, and political circumstances they face. Again, we can assume that a specific nation-state has a roughly democratic form of government, and complies generally with the requirements of international human rights law. Still, that nation-state may face an economic crisis or a localized rebellion that leads its government to adopt measures that on their face might be thought to violate human rights in ordinary circumstances. International human rights law seeks to accommodate these concerns in two ways: by allowing derogations from international human rights and by building into the structure of

* Palestra proferida no Instituto Brasiliense de Direito Público em maio de 2010 no Programa Diálogos Acadêmicos.

those rights permissible reasons for their restriction. In general, the conditions for derogation are stated in quite strict terms, such as “threat to the life of the nation”, but the definition may be applied with some flexibility. The second method of dealing with the need to accommodate variations among nation-states in their domestic circumstances is the list of permissible reasons for restricting rights. These lists are typically rather long, and include essentially every reason a government might have for restricting rights. For that reason the lists themselves do not do much to limit nation-states beyond whatever their domestic arrangements allow. The real work is done by notions of proportionality, where an international assessment of the true need for the precise restriction might well differ from that of a domestic decision-maker.

- The third source of diversity among nation-states with respect to international human rights is, in my view, analytically the most interesting. Domestic constitutional rights are typically stated in relatively abstract terms, such as “freedom of speech”. They are applied to real-world problems, and the abstractions have to be reduced to something more specific. And people disagree about whether an abstractly stated constitutional right actually covers specific activities when real-world problems arise. I have called this the problem of “specification”. Scholars of domestic constitutional law have come to understand that many disputes about domestic constitutional interpretation – disputes about the specification of constitutional rights – involve reasonable disagreements about what a constitutional right actually guarantees. The usual example is regulation of hate speech: Some scholars argue that regulation of hate speech is incompatible with basic ideas of freedom of expression, while others argue that such regulation, far from being inconsistent with such ideas, is actually compelled by them and by related ideas of equality. The key point here is that both positions are reasonable ones. But the example points to another difficulty. Scholars and others are typically quite willing to agree in the abstract that there can be reasonable disagreement about the specification of constitutional rights, but they tend to find it difficult to acknowledge that disagreement with their particular specification is in fact reasonable.

The existence of reasonable disagreement about specifications of fundamental rights compounds the two difficulties I have already mentioned. Consider as an example freedom of religious exercise. International human rights law protects that freedom. But, as scholars of religious liberty know, establishments of religion interact with freedom of religious exercise in complex ways. In particular, some forms of religious establishment – those that involve forced participation in religious exercises – seem incompatible with religious liberty. The specification problem is that we are inevitably going to disagree, and reasonably so, about whether a particular practice actually involves the problematic forced participation. Notably, in the United States support for purely religious activities out of general taxes is ordinarily regarded as a problematic form of coercion, whereas in most other nations with reasonably robust commitments to religious liberty tax support for purely religious activities is generally accepted.

I want to spend a few more moments on the specification problem as it relates to international law. As a matter of general international law,

reservations to treaties are impermissible if they are incompatible with the treaty's "object and purposes", and most human rights bodies and commentators agree that this rule is applicable to treaties protecting international human rights. The UN Human Rights Committee has commented that reservations that effectively require that a nation-state do nothing to alter its domestic arrangements are impermissible. The comment can be interpreted narrowly, as referring only to reservations so expansive, covering so many international human rights, as to make the nation's accession to the treaty pointless. Interpreted a bit more broadly, though, the comment raises questions about specification. Suppose the comment refers to reservations saying, with respect to a particular right, that the treaty requires no more than what the nation-state already provides as a matter of domestic constitutional law. For example, the United States entered a reservation with respect to the ICCPR's ban on cruel and degrading treatment, saying that the United States regarded itself as bound by the ban only to the extent that it prohibited activities already prohibited by the U.S. Constitution's prohibition of cruel and unusual punishment. Suppose that the UN Human Rights Council finds that some practice in U.S. prisons – long-term detention in solitary confinement of particular dangerous convicted offenders – is cruel, inhuman, and degrading. That would be a reasonable conclusion. Suppose as well that U.S. courts have upheld such conditions against domestic constitutional challenges. How should we understand the disagreement? It is possible to say that the U.S. reservation is incompatible with the treaty's object and purposes, and that the United States is therefore in breach of its international treaty obligations. But, it might also be true that the U.S. Constitution's ban on cruel and unusual punishment, as interpreted by its domestic courts, is a reasonable, though different, specification of the ICCPR's prohibition of cruel and degrading treatment. The reservation would then not be incompatible with the ICCPR's object and purposes.

I have identified three sources of tension between international human rights law and domestic constitutional law. I turn now to an examination of the implications of those tensions for the project of international law. I have written elsewhere about what I call the inevitable globalization of constitutional law, to which I want to counterpose some resistance in the United States to using international law in constitutional adjudication.

First, as to the globalization of constitutional law. I begin with the observation that international law appears to be in the process of recognizing what has been described as a right to democracy. That right has been taken to flow from the recognized international right to self-determination. The theory appears to be that the international regime cannot fairly identify a "self" that is determining itself unless there are some reasonably democratic processes to elicit the people's judgments about whether they wish to form

a nation and if so, on what terms. In addition, the principles of state recognition emerging from the dissolution of the former Yugoslavia and other similar events of the late twentieth and early twenty-first century appear to include a requirement that a new state is entitled to recognition not merely on the basis of traditional criteria such as effective control of the territory but must also meet some criteria of democracy.

The emergence of an international right to democracy is important because it has occurred within the domain of the traditional international law dealing with state-to-state relations. But its significance is limited for reasons I have already mentioned, the wide range of institutional arrangements that satisfy minimal requirements of democracy. The same might be said of the important aspect of the international law of human rights. That aspect is the effort to ensure that some basic minimum requirements – of fairness, equality, and the like – be respected everywhere. International human rights law seeks to place a floor beneath domestic constitutional regimes, which is of course important in a world where the effective domestic constitutional guarantees in many nation-states fall below any reasonably defensible floor.

(It may be worth noting here the so-called realist skepticism about the international human rights regime. That skepticism rests on the proposition that many repressive regimes give lip-service to international human rights obligations but ignore them in practice, and the related proposition that many nation-states that take these treaties more or less seriously do so because they believe that their domestic guarantees are well above the floor. So, the argument goes, the international human rights regime accomplishes nothing – those who need its protections most live under governments that ignore the regime in practice, while citizens in nation-states that take the regime seriously get nothing more than they already have. There is clearly something to the realist critique, but as a global account, so to speak, it is clearly overstated. There are margins on which the international human rights regime can have a real impact, as a tool used to some effect by civil society and judiciaries that are to some, perhaps modest, degree independent of the domestic regime. I believe that this more moderate version of realism has substantial support in the scholarly literature.)

A world-wide floor to human rights is something, but not much, because the floor can be quite low. The phenomenon I have called the globalization of constitutional law implicates the raising of the floor, or, to drop the metaphor, the spread of constitutional guarantees significantly more expansive than the minimal requirements of current international human rights law. How might such guarantees spread? Drawing on the work of other scholars, I have suggested both top-down mechanisms and bottom-up ones. Anne Marie Slaughter has emphasized the most important top-down mechanism

– the development of world-wide (and regional) networks of constitutional court judges – and, I would add, parallel networks of civil society organizations – who exchange ideas and provide each other with support against domestic decision-makers who would prefer not to observe higher levels of constitutional guarantees. I should note that the effects of these networks are highly contingent, and I believe that we might well observe the emergence of what I would call counter networks, with participants who support each other in resisting the spread of constitutional guarantees.

David Law and I have separately written about bottom-up mechanisms, the most important of which is the neo-liberal market in which physical capital and high-level human capital – so-called “mind workers” – flow relatively freely across borders. Owners of physical capital are interested in strong guarantees against expropriation, which can be provided through constitutional protections of property rights. (I skip over some important qualifications to the argument here, particularly about constitutional orders can provide only some degree of assurance through the development of an independent judiciary. I would be happy to explore them in the discussion following these remarks.) But investment requires social and political stability as well, and the empirical evidence is that such stability is promoted in the long run better by systems in which fundamental rights are guaranteed and that have some semblance of democracy than in significantly more authoritarian nations. (Again, I omit some important qualifications.) So, even investors have an interest in pushing domestic constitutional regimes into the recognition of human rights, some in a form more substantial than the floor provided by the international human rights regime.

The interests of those with high levels of human capital may be even more important. Typically they want substantial protections for their own individual freedoms. Some want the levels of protection they receive in their countries of origin; others want to be able to criticize the governments of the nations in which they happen to reside, without fear of retaliation or expulsion. And, it may be difficult to satisfy the demands of these high-level workers without providing the protections *they* seek to the rest of the population. Here too I have omitted important qualifications, but two in particular require mention. Domestic regimes may not feel pressure from mind-workers if they do not need to import those who expect high levels of protection, but can develop them domestically. And, if these mind-workers can be effectively segregated from the rest of the society, which I believe is likely to be easier if they are developed within the nation, *they* might have constitutional protections well above the floor while the rest of the society languishes at or below it.

Taken together, then, the interests of foreign investors and those of non-native mind-workers push toward the adoption of rather similar human

rights protections everywhere – above the floor provided by international human rights law because the investors’ need for stability may be satisfied only if rights are provided above the floor, and because the mind-workers’ preferences are precisely for more-than-minimal guarantees. Having presented this argument in several venues, particularly in the United States, I can report that it has met with a fair amount of skepticism, and I want to address one facet of that skepticism, which takes as its starting point the recent controversy in the United States over the proper role of international law in domestic constitutional interpretation.

Given the attention the controversy has attracted, at least in the United States, I should emphasize at the outset that the U.S. Supreme Court’s uses of international law in constitutional interpretation have been quite modest, and that the most important development is a reaffirmation in rather strong terms of those elements of the U.S. approach to international law that are, in the language of the field, dualist rather than monist. Let me begin with the latter point. In rejecting the assertion that the statute of the International Court of Justice made that court’s judgments binding as domestic law in the United States without further action by the U.S. legislature, the Supreme Court held that what in the United States are called self-executing treaties – treaties that have domestic effect without further legislative action, and so fit in the monist tradition – may state that they are self-executing in reasonably clear terms. Having created something of a presumption against self-executive – and so a presumption for dualism – the Court then applied the presumption and, reasonably enough, found that the ICJ’s judgments were not automatically binding. (I should add that this conclusion would have been defensible even without the presumption for dualism.)

I am sure that the Court’s position on this particular question was strongly affected by the context in which the issue arose – the application of the death penalty in the United States, the opposition within the community of international law to the death penalty, and the rather brusque way in which the ICJ treated domestic remedies for breaches of international obligations. Yet, even putting those concerns aside, dualism is of course a position within the discourse of international law, and the Court’s apparent presumption for dualism – which it might not follow in less heated contexts – does not in itself demonstrate in itself any particular hostility to international law.

The controversial “uses” of international law have been quite modest, and again have arisen primarily in the context of the death penalty, with one brief reference in a case involving affirmative action, where Justice Ruth Bader Ginsburg described a time-limit on affirmative action as consistent with international practices. In death penalty cases involving those who committed their offenses as juveniles and those with mental retardation, the

Court's majorities referred to international treaty standards. The treaties were not directly binding on the United States, either because the United States had not ratified them or because the United States had entered relevant ratifications to its ratification. The Court's majority did not directly rely on these treaties. Instead, it engaged in a constitutional analysis based on standard sources of constitutional interpretation, and then observed that the judgment reached on the basis of that analysis was confirmed by the position taken in the treaties it identified. (The Court also found confirmation in practice in other nations, an invocation of comparative law rather than international law, although discussions in the United States have blurred the two categories.)

These decisions generated a significant controversy in the United States, though here too it is important not to give more weight to the controversy than it deserves. Much of this particular controversy is merely a reflection of *other* disputes over constitutional interpretation. Most of those who criticize the Court's actions, for example, believe that the only appropriate basis for constitutional interpretation is the original understanding of the founding era. For them, reference to international law is improper – but no more so than would be reference to anything else that did not fall with the category “original understanding”. Others reject the Court's decisions about the death penalty on the merits, and find defective every aspect of the Court's opinions, not merely the reference to international law. And, notably, prominent liberal jurists, scholars, and even politicians have either not joined in the criticism or have rejected it as unfounded.

Even with this qualification, however, the controversy deserves some attention because, in the end, it might reveal important components of broader interactions between international law and domestic constitutionalism. I focus on two, the role of transnational non-governmental organizations in litigation and the changing role of the United States in the international domain, because both of these have implications beyond the particular controversy in the United States.

First, in each of the cases what I call somewhat inaccurately transnational NGOs filed *amicus curiae* briefs. They argued that the practices at issue were violations of customary international law: The relevant state practice, supported by treaties and other sources of international law, had become sufficiently widespread to create customary international law. In my view, these arguments were pretty clearly quite overstated, and ignored the role of the United States as a persistent objector on precisely the issues before the Supreme Court. One might think that no one should be bothered by overstated claims about the content of customary international law. Such claims could be met as all legal arguments are, by counterarguments on

the merits rather than by rejecting the very idea of invoking international law in domestic constitutional litigation. Still, the phenomenon of international NGO participation in domestic constitutional litigation is what matters. Their involvement is another mechanism for the globalization of constitutional law, as they draw upon international law and the domestic constitutional law of many nations to support their arguments.

But, in the United States and perhaps elsewhere, the presence of transnational NGOs may raise some anxieties within the domestic courts. As I have heard the point put, it is that responding to the arguments made by such NGOs has the effect of transferring some portion of sovereignty elsewhere. The thought is that addressing their arguments even to reject them implies that the courts would be willing to accept them in another case, and that doing so would lead the courts to draw foreign or international law into the domestic constitutional system. Directly binding international law has the same effect on sovereignty, of course, but the issue here is using international law in a context – constitutional interpretation – where it is not directly binding.

So, as I indicated, my second point is that using international law in domestic constitutional interpretation raises questions about the nation's place in the international arena. Again I focus on the United States, which historically has contained two strains of thought about its place in the world. One is American exceptionalism, which holds that the values the nation adheres to are unique in the world and should probably be emulated elsewhere – but even if not emulated, should be held particularly dear to national self-identity. The other is of course cosmopolitan internationalism, part of which involves efforts to export national values around the world but part of which involves an openness to values more prominent elsewhere than in the United States. For most of U.S. history these strains were in some tension. When the United States was a weak military power, for example, cosmopolitan internationalism suggested the imposition of foreign values on the United States. Under other conditions, though, the two strains reinforced each other. When the United States was competing with the Soviet Union for international leadership, for example, American exceptionalism, in its “export our values” version, fit comfortably with cosmopolitan internationalism, particularly when the United States appeared to be willing to take the views and values of other nations into account in determining its own domestic and international policies. Something similar was probably true during the relatively brief period in the late twentieth century when the United States was the only superpower, militarily and economically.

But, American exceptionalism and cosmopolitan internationalism sit uncomfortably together in a period like the present, when – in my view – the United States is an important international force, but not the only impor-

tant one. Were domestic international law to be influenced by international law, that would simply emphasize that the United States is only one nation among many, and especially, I think, not intrinsically more important than the so-called BRIC nations (Brazil, Russia, India, and China). Anxiety over the place of the United States in the international arena is, in my view, one important reason for the controversy over the place of international law in domestic constitutional interpretation.

Although I am hardly an expert in the law and national self-understandings of other nations, I would not be surprised to find out that similar though not identical issues arise in connection with the role of international law in domestic constitutional interpretation. Perhaps the clearest example is South Africa, whose post-apartheid Constitution directs its courts to interpret its bill of rights with reference to international law. This is a reasonably clear expression of that nation's self-understanding as a leader in international human rights, precisely because of the apartheid experience. Other nations, such as Singapore, contend that their domestic arrangements are so unique that international law must play a small role in those arrangements. (One can fairly be skeptical about that claim about Singapore, but its leaders, including the judges of its high court, do make it.) Thus, while there may be pressures for the globalization of constitutional law, including the incorporation of non-binding international law into domestic constitutions, there are also offsetting pressures. Exactly how those competing pressures will balance out remains to be seen, although I think that there are structural reasons – basically associated with globalization in its other forms – to think that the globalization of constitutional law is indeed inevitable, if we have a long enough time horizon.

Thank you.

Constitucionalismo Interno e Direito Internacional*

MARK TUSHNET

Vencedor do Prêmio William Nelson Cromwell, Professor of Law em 2006, Professor da Faculdade de Direito de Harvard, Destacado Estudioso de Direito Constitucional e de História do Direito. Autor de diversos livros e artigos.

Um dos progressos mais notáveis no direito internacional após 1945 é a transformação do tema – de um quase exclusivamente voltado às relações

* Palestra proferida no Instituto Brasiliense de Direito Público, em maio de 2010, no Programa Diálogos Acadêmicos.

entre Estados-nação soberanos, para outro que inclui o interesse pelas relações dos Estados-nação com seus próprios cidadãos. Esse interesse, entretanto, deve necessariamente levar em consideração um extenso âmbito de diversas circunstâncias com que os Estados-nação se deparam. Permitam-me enumerar apenas três:

- Estados-nação diferem amplamente quanto à sua forma de governo. Há uma perspectiva segundo a qual o direito internacional cria uma espécie de direito à democracia ou ao autogoverno, um ponto de vista defendido, em parte, pela impressão que a ideia da autodeterminação dos povos tem no direito internacional. Essa impressão, porém, encontra-se debilitada diante da compreensível hesitação dos Estados-nação em reconhecer o firme direito de autodeterminação às minorias nacionais, por exemplo, ou às comunidades dispersas. Mesmo na família dos países rigidamente democráticos, há enormes variações quanto à forma de governo. Estados-nação podem se organizar como democracias parlamentares ou como sistemas de separação de poderes, por exemplo. Um monarca constitucional pode desempenhar um papel significativo em algumas democracias. Até um Estado moderadamente autoritário, como Cingapura, pode não se sujeitar à condenação no direito internacional por não proporcionar direitos humanos fundamentais. No entanto, dentro do extenso âmbito do admissível, as formas rígidas de governo democrático são acompanhadas de uma dificuldade correlata de se projetar um regime de direito internacional dos direitos humanos que acomode todas as variações possíveis.
- Estados-nação diferem amplamente quanto às circunstâncias sociais, econômicas e políticas que eles enfrentam. Podemos novamente supor que um Estado-nação específico exerça uma forma rígida de governo democrático e que costume se sujeitar às exigências do direito internacional dos direitos humanos. Ainda assim, esse Estado-nação pode enfrentar uma crise econômica ou uma revolta localizada que leve seu governo a adotar medidas, que, por sua natureza, sejam interpretadas como transgressoras dos direitos humanos em situações comuns. O direito internacional dos direitos humanos busca harmonizar essas questões de duas formas: permitindo a derrogação de direitos humanos internacionais e informando a estrutura desses direitos com razões plausíveis para sua restrição. Em geral, as condições para a derrogação são postas em termos bem estritos, como “ameaça à vida de um país”, mas a definição pode ser empregada com alguma flexibilidade. O segundo método para lidar com a necessidade de harmonizar variações entre Estados-nação em suas circunstâncias internas é a lista de razões plausíveis para a restrição de direitos. Essas listas são, por via de regra, bastante extensas e incluem essencialmente todos os motivos que um governo pode alegar para restringir direitos. Por essa razão, tais listas, por si, não fazem muito para limitar Estados-nação além daquilo que seus ordenamentos internos já permitem. O trabalho efetivo é feito por noções de proporcionalidade, no qual uma avaliação internacional acerca da verdadeira necessidade de uma justa restrição poderia divergir da análise de um decisor interno.
- A terceira fonte de divergência entre Estados-nação, no que diz respeito aos direitos humanos internacionais, é, a meu ver, a mais interessante do ponto de vista analítico. Os direitos constitucionais internos são tipicamente postos em termos relativamente abstratos, como a “liberdade de expressão”. São aplicados a

problemas do mundo real, ao passo que as abstrações devem ser reduzidas a algo mais específico. Há quem discorde sobre se um direito constitucional abstrato posto resguarda, de fato, determinadas ações quando surgem os problemas do mundo real. Chamo isso de problema da “especificação”. Estudiosos do direito constitucional pátrio entenderam que muitas controvérsias sobre a interpretação constitucional – controvérsias essas acerca da especificação dos direitos constitucionais – envolvem discordâncias razoáveis sobre o que um direito constitucional realmente garante. O exemplo corrente é o da regulação do discurso do ódio: alguns estudiosos argumentam que a regulação do discurso do ódio é incompatível com as ideias básicas de liberdade de expressão. Em contrapartida, outros sustentam que tal regulação, longe de ser inconsistente com essas ideias, é incitada, na verdade, por elas e por ideias correlatas de igualdade. A questão aqui é que as duas posições são razoáveis, mas o exemplo aponta para outra dificuldade. Os estudiosos e os demais são bem propensos a concordar que pode haver, em teoria, discordâncias razoáveis sobre a especificação dos direitos constitucionais, mas tendem a encontrar dificuldade em reconhecer que divergir de sua especificação particular é certamente razoável.

A existência de discordâncias razoáveis sobre especificações de direitos fundamentais combina as duas dificuldades já mencionadas. Considere como exemplo a liberdade de culto. O direito internacional dos direitos humanos protege essa liberdade. Como sabem, porém, os estudiosos da liberdade religiosa, o estabelecimento de uma religião oficial¹ interage com a liberdade de culto de maneira complexa. Em especial, algumas formas de Estado confessional – aquelas que envolvem participação forçada em práticas religiosas – se afiguram incompatíveis com a liberdade de crença. O problema da especificação sobre se uma prática específica envolve a problemática participação forçada iremos inevitavelmente discordar, e é compreensível. Nos Estados Unidos, notadamente, o apoio a atividades religiosas apenas com o rechaço do dever de pagar impostos é considerado uma forma problemática de coerção, enquanto na maioria dos demais países que detêm compromissos sólidos com a liberdade religiosa, o apoio fiscal às atividades estritamente religiosas é geralmente aceito.

Quero dedicar mais algum tempo ao problema da especificação no que concerne ao direito internacional. Como questão de direito internacional geral, as reservas a tratados são inadmissíveis se não coadunam com o “objeto e finalidade” do tratado, e a maior parte dos órgãos e dos críticos de direitos humanos concorda que essa regra é aplicável a tratados protetores dos direitos humanos internacionais. O Comitê de Direitos Humanos da ONU advertiu que reservas que não exijam do Estado-nação nenhuma

1 *Religious establishment* é a expressão consensual utilizada para designar o reconhecimento de uma religião em determinado Estado, dito “confessional”, como oficial, diferente do Estado laico, que não declara professar nenhuma crença. Tampouco se confunde com o Estado teocrático. “Estado confessional” será o termo correspondente empregado. (N. do T.)

alteração efetiva no ordenamento interno são inaceitáveis. A crítica pode ser interpretada de modo restrito, como se referindo apenas a reservas tão expansivas, abrangendo tantos direitos humanos internacionais, que tornaria sem sentido a adesão do país ao tratado. Interpretada de forma mais ampla, entretanto, a crítica suscita problemas de especificação. Suponhamos que o comentário se refira a reservas, dizendo, a respeito de um direito específico, que o tratado não exige mais do que o Estado-nação já garante no plano de direito constitucional interno. Por exemplo, os Estados Unidos fizeram reserva à proibição de tratamento cruel e degradante do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP) sob o argumento de os EUA se considerarem obrigados pela proibição apenas na medida em que tais práticas já eram defesas na Constituição norte-americana. Suponhamos que o Conselho de Direitos Humanos da ONU entenda que dada prática nos presídios estadunidenses – detenção prolongada na solitária de presos perigosos condenados – é cruel, desumana e degradante, o que seria uma conclusão razoável. Suponhamos, ainda, que os tribunais dos EUA tenham confirmado tais condições diante de ações de natureza constitucional. Como deveríamos compreender a discordância? É possível dizer que a reserva dos Estados Unidos é incompatível com o objeto e com a finalidade do tratado e que o país, portanto, não cumpre com suas obrigações decorrentes do pacto internacional. Também se pode, contudo, afirmar que a proibição da Constituição dos EUA a tratamento cruel e incomum, nos termos da interpretação dos tribunais internos, é uma razoável, embora distinta, especificação da proibição de tratamento cruel e degradante do PIDCP. A reserva não seria, então, incompatível com o objetivo e finalidade do PIDCP.

Identifiquei três origens de tensão entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito constitucional interno. Volto-me agora a um exame das implicações dessas tensões para o projeto de direito internacional. Escrevi em outra oportunidade sobre o que eu chamo de globalização inevitável do direito internacional e quero contrapor alguma resistência dos Estados Unidos à utilização do direito internacional no julgamento constitucional.

Primeiro, a globalização do direito constitucional. Início com a observação de que o direito internacional se afigura no processo de reconhecimento daquilo que foi descrito como um direito à democracia. Esse direito é tido como resultante do reconhecido direito internacional à autodeterminação. A teoria é a de que o regime internacional não pode, de modo justo, identificar um ente que clama autodeterminação, a menos que haja processos democráticos razoáveis que evoquem o julgamento popular sobre se desejam formar um país, e, em caso afirmativo, em que termos. Além disso, os princípios para o reconhecimento de um Estado, emergentes da dissolução da antiga Iugoslávia e de acontecimentos similares no fim do

século XX e no início do século XXI, parecem incluir a exigência de que um novo Estado seja reconhecido não apenas com base nos critérios tradicionais, como controle efetivo do território, mas também deve satisfazer alguns critérios democráticos.

A emergência de um direito internacional à democracia é importante porque tem ocorrido dentro do domínio do direito internacional tradicional em relações de Estado para Estado. Porém, seu significado é limitado por razões que já mencionei: a ampla gama de arranjos institucionais que satisfaçam requisitos mínimos de democracia. O mesmo diga-se do importante aspecto do direito internacional em matéria de direitos humanos. Tal aspecto é o empenho em se assegurar que alguns requisitos básicos – de equidade, igualdade, e assim por diante – sejam respeitados em qualquer lugar. O direito internacional dos direitos humanos busca fixar um patamar mínimo ao pé dos regimes constitucionais nacionais, o que é, sem dúvida, importante em um mundo onde as efetivas garantias constitucionais internas ficam aquém de qualquer piso defensivo razoável em muitos Estados-nação.

(Talvez seja válido salientar aqui o dito ceticismo realista acerca do regime dos direitos humanos internacionais. Esse ceticismo repousa na afirmação de que muitos regimes repressivos defendem obrigações internacionais de direitos humanos da boca para fora, mas na prática as ignoram, e na afirmação correlata de que, muitos Estados-nação que levam esses tratados mais ou menos a sério, assim o fazem porque acreditam estarem suas garantias internas bem acima do piso. Então, continua o argumento, o regime dos direitos humanos internacionais nada efetiva – aqueles que precisam de sua tutela vivem majoritariamente sob governos que ignoram o regime na prática, enquanto que cidadãos de Estados-nação, que levam esse regime a sério, não alcançam nada além do que já possuem. É, sem dúvida, algo para a crítica realista, mas em proporção global, por assim dizer, há um exagero. Há margens sobre as quais o regime dos direitos humanos internacionais pode ter um impacto real como instrumento utilizado para conseguir determinado efeito pela sociedade civil e pelo Judiciário do país, que independem, em certa medida, modesta talvez, do regime interno. Acredito que essa versão mais moderada do realismo encontra apoio substancial na literatura acadêmica.)

Um patamar mínimo mundial para os direitos humanos é alguma coisa, mas não muita, porque pode ser muito baixo. O fenômeno que chamei de globalização do direito constitucional implica aumentar o piso ou, para deixar a metáfora, implica na propagação das garantias constitucionais em níveis significativamente mais amplos que os das exigências mínimas do atual direito internacional dos direitos humanos. Como tais garantias po-

dem se propagar? A partir do trabalho de outros estudiosos, tenho sugerido mecanismos a operarem tanto “de baixo para cima”, como “de cima para baixo”. Anne Marie Slaughter enfatizou o mais importante mecanismo “de cima para baixo” – o desenvolvimento mundial (e regional) de redes de juízes de Tribunais Constitucionais –, e eu acrescentaria redes paralelas de organizações da sociedade civil – que trocam ideias entre si e fornecem mútuo apoio contra decisores internos que deixam de observar níveis mais elevados de garantias constitucionais. Devo frisar que os efeitos dessas redes são altamente contingentes, e acredito que podemos observar o surgimento do que chamaria de redes contrárias, com participantes que se apoiam na resistência à propagação de garantias constitucionais.

David Law e eu escrevemos separadamente sobre mecanismos “de cima para baixo”, dos quais o mais importante é o mercado neoliberal em que o capital físico e o humano de alto nível fluem relativamente livres pelas fronteiras. Os detentores do capital físico se interessam por garantias rígidas contra a expropriação, garantias essas que podem ser asseguradas por meio da proteção constitucional do direito de propriedade. (Pulo algumas ressalvas importantes para o argumento aqui, em especial a de que ordens constitucionais podem fornecer apenas certo grau de segurança por meio de um Judiciário independente. Ficaria feliz em explorá-las no debate seguinte a estas considerações.) Investimento requer, porém, estabilidade social e também política, e a evidência empírica é que tal estabilidade é mais bem promovida no longo prazo por sistemas em que os direitos fundamentais estejam salvaguardados e que tenham mais aparência de democracia do que em países consideravelmente mais autoritários. (De novo, omito considerações importantes.) Então, até mesmo investidores têm interesse em promover regimes constitucionais internos para o reconhecimento dos direitos humanos, alguns de forma mais substancial do que o patamar previsto pelo regime internacional dos direitos humanos.

Os interesses daqueles com alto nível de capital humano podem ainda ser mais relevantes. Normalmente, querem proteção substancial para suas próprias liberdades individuais. Alguns querem os níveis de proteção que tinham nos seus países de origem; outros querem poder criticar o governo dos países em que residem, sem qualquer medo de retaliação ou expulsão. E pode ser difícil satisfazer as demandas dessa mão de obra qualificada sem assegurar as proteções que *ela* busca para o resto da população. Também omiti aqui considerações importantes, mas duas em particular requerem menção. É possível que regimes internos não se sintam pressionados pelos trabalhadores qualificados se não precisarem importar quem espera níveis de proteção elevada, podendo desenvolver tal mão de obra em âmbito nacional. E se essa mão de obra politizada pode ser efetivamente segregada do

resto da sociedade, o que acredito ser mais fácil caso se desenvolva dentro do país, *e/la* poderia ter proteções constitucionais bem acima do piso, enquanto o restante da sociedade define nesse nível ou abaixo dele.

Tomados em conjunto, assim, os interesses dos investidores estrangeiros e dos trabalhadores não nativos qualificados investem na adoção de proteções de direitos humanos bastante semelhantes em toda parte – acima do piso estabelecido pelo direito internacional dos direitos humanos; primeiro porque a necessidade de estabilidade que os investidores têm pode ser satisfeita apenas se os direitos forem assegurados acima desse patamar; e depois porque as preferências da mão de obra politizada não se contentam com garantias mínimas. Tendo apresentado esse argumento em vários lugares, em especial nos Estados Unidos, posso informar que ele se deparou com uma medida razoável de ceticismo. Gostaria de abordar uma faceta desse ceticismo, que toma como ponto de partida a recente controvérsia nos EUA acerca do devido papel do direito internacional na interpretação do direito constitucional interno.

Diante da atenção que a polêmica tem despertado, pelo menos nos Estados Unidos, devo enfatizar o aspecto de que, na Suprema Corte, a aplicação do direito internacional na interpretação constitucional tem sido demasiado modesta, e que o avanço mais significativo é a reafirmação em termos rígidos daqueles elementos norte-americanos de convergência com o direito internacional, que são, na linguagem apropriada, dualistas ao invés de monistas. Permitam-me começar pelo último ponto. Ao se rejeitar a assertiva de que o estatuto da Corte Internacional de Justiça (CIJ) tornaria vinculantes as decisões dessa Corte nos Estados Unidos, como se fossem de direito interno, sem qualquer ação ulterior do legislador norte-americano, a Suprema Corte defendeu que o que nos EUA são chamados de tratados autoexecutórios – tratados que produzem efeitos no âmbito interno, prescindem de ratificação legislativa e assim se encaixam na tradição monista – podem ser compreendidos como autoexecutórios em termos razoavelmente simples. Tendo criado uma presunção contra a autoexecutoriedade – e assim uma presunção de dualismo –, a Corte, então, aplicou tal presunção e, em justa medida, considerou que as decisões da CIJ não tinham eficácia imediata. (Acrescento que essa conclusão poderia ser defendida mesmo sem a presunção de dualismo.)

Estou certo de que a posição da Corte sobre esta questão específica foi fortemente afetada pelo contexto em que o problema surgiu – a aplicação da pena de morte nos Estados Unidos, a oposição à pena de morte no âmbito da comunidade de direito internacional e o modo demasiado brusco por meio do qual a CIJ tratou recursos internos na violação de obrigações

internacionais. Contudo, mesmo pondo de lado essas preocupações, o dualismo é, sem dúvida, uma posição dentro do discurso do direito internacional e a aparente presunção de dualismo da Corte – que não poderia se desdobrar em contextos menos exaltados – não demonstra em si nenhuma hostilidade para com o direito internacional.

Os “usos” controvertidos do direito internacional têm sido tímidos e, novamente, surgiram, em primeira mão, no contexto da pena de morte, com uma breve referência em um caso que envolve uma ação afirmativa, caso esse em que o Juiz da Suprema Corte, Ruth Bader Ginsburg, defendeu um limite temporal em ações afirmativas como compatível com as práticas internacionais. Em casos de pena de morte envolvendo aqueles que cometeram infrações ainda jovens, e aqueles com retardo mental, a maioria da Corte se reportava às normas de tratados internacionais. Os tratados não vinculavam diretamente os Estados Unidos, seja porque o país não os ratificou, seja porque tenha feito ressalvas à sua ratificação. A maioria da Corte não se fia diretamente nesses tratados. Ao invés disso, engajou-se em uma análise baseada em fontes-padrão de interpretação constitucional e observou, em seguida, que o julgamento obtido com base nessa análise foi confirmado pela posição tomada nos tratados que a Corte identificou. (A própria Corte verificou, ainda, a confirmação prática em outros países, uma invocação mais de direito comparado do que de direito internacional, embora as discussões nos Estados Unidos tenham borrado as duas categorias.)

Essas decisões geraram uma grande controvérsia nos Estados Unidos, ainda que também aqui seja importante não dar mais valor à polêmica do que ela merece. Muito dessa controvérsia peculiar é um mero reflexo de *outros* debates acerca da interpretação constitucional. A maioria daqueles que criticam as ações da Corte, por exemplo, acreditam que a única base apropriada para a interpretação constitucional é a compreensão genuína da época de sua fundação. Para eles, a referência ao direito internacional é inadequada – mas não mais do que seria a referência a qualquer outra coisa que não se enquadrasse na categoria “compreensão genuína”. Outros rejeitam o mérito das decisões da Corte sobre a pena de morte, e entendem serem falhos os aspectos de suas deliberações, não apenas a referência ao direito internacional. E, notadamente, eminentes juristas liberais, estudiosos e até mesmo políticos, ou não, aderiram ao criticismo ou o rejeitaram sob o argumento de ser infundado.

Mesmo com essa ponderação, a controvérsia merece atenção porque pode, por fim, revelar componentes essenciais de interações mais plenas entre o direito internacional e o constitucionalismo interno. Concentro-me em dois pontos: o papel das organizações não governamentais transnacionais

em litígio e a função mutável dos Estados Unidos no domínio internacional, pois ambos têm implicações para além da controvérsia setorizada no país.

Em primeiro lugar, nos dois casos, essas que eu chamo, de certo modo com imprecisão, de ONGs transnacionais ingressaram em juízo como *amicus curiae*. Argumentaram que as práticas em questão eram violações do direito internacional consuetudinário: a prática estatal pertinente, com o apoio dos tratados e de outras fontes de direito internacional, havia se difundido o suficiente para criar o direito internacional costumeiro. A meu ver, esses argumentos eram claramente exagerados e ignoraram o papel dos Estados Unidos de opositores persistentes nas questões suscitadas na Suprema Corte. Poder-se-ia pensar que ninguém deveria se incomodar com reivindicações exageradas sobre o conteúdo do direito internacional consuetudinário. Tais reivindicações poderiam se chocar, como todos os argumentos jurídicos, com contra-argumentos acerca do mérito da causa, ao invés de se rejeitar a simples ideia de se invocar o direito internacional no litígio constitucional interno. Ainda assim, o que importa é o fenômeno da participação de ONGs internacionais em litígios constitucionais nacionais. Seu envolvimento é outro mecanismo para a globalização do direito constitucional, uma vez que recorrem ao direito internacional e ao direito constitucional interno de vários países para apoiarem seus argumentos.

Nos Estados Unidos, contudo, e talvez em outros lugares, a presença de ONGs transnacionais pode suscitar preocupações no âmbito dos tribunais nacionais. Conforme comentaram, é que a resposta aos argumentos apresentados por tais ONGs tem o poder de transferir uma porção de soberania para outro lugar. A ideia é que fazer frente a seus argumentos, até mesmo para rejeitá-los, implica admitir que os tribunais estariam dispostos a acatá-los em outro caso, e que isso levaria a trazer o direito internacional ou estrangeiro para o sistema constitucional pátrio. O direito internacional de eficácia imediata produz o mesmo efeito na soberania, claro, mas a questão aqui versa acerca da aplicação do direito internacional em um contexto – interpretação constitucional – no qual não produz efeitos imediatos.

Assim, como já indiquei, meu segundo ponto é que o uso do direito internacional na interpretação constitucional interna levanta questões sobre o posto dos Estados Unidos no tabuleiro mundial. Mais uma vez, concentro-me nos Estados Unidos, que têm historicamente duas linhas de pensamento sobre o seu papel no mundo. Uma delas é o excepcionalismo norte-americano, que afirma que os valores a que o país adere são únicos no mundo e devem ser emulados em outros lugares – mas, ainda que não sejam emulados, deveriam ser caros à identidade nacional própria. A ou-

tra é, certamente, o internacionalismo cosmopolita. De um lado, envolve esforços para exportar valores nacionais mundo afora, enquanto que, de outro, uma abertura aos valores mais relevantes em outros países do que nos Estados Unidos. Em grande parte da história norte-americana essas linhas tiveram alguma tensão. Quando os EUA eram uma potência militar frágil, por exemplo, o internacionalismo cosmopolita sugeriu a imposição de valores estrangeiros no país. Em outras condições, no entanto, as duas linhas se reforçavam mutuamente. Na época em que os EUA competiam pela liderança mundial com a União Soviética, por exemplo, o excepcionalismo, em sua versão “exportem nossos valores”, se ajustou de forma confortável ao internacionalismo cosmopolita, sobretudo quando os Estados Unidos pareciam estar dispostos a levar em consideração as perspectivas e os valores de outros países ao determinar suas próprias políticas nacionais e internacionais. Algo semelhante era muito possível durante o período relativamente breve no século XX, quando os Estados Unidos eram a única superpotência militar e econômica.

Porém, o excepcionalismo norte-americano e o internacionalismo cosmopolita ficam desconfortáveis juntos em uma época como a atual, quando – a meu ver – os Estados Unidos são uma força internacional importante, mas não a única. Se as leis internas de essência internacional têm de ser influenciadas pelo direito internacional em si, elas tão somente enfatizariam que os Estados Unidos são mais um país dentre muitos, em especial, não mais importante do que os chamados BRICs (Brasil, Rússia, Índia e China), assim penso. A inquietação em torno do lugar dos Estados Unidos na arena internacional é, no meu ponto de vista, uma razão relevante para a controvérsia acerca do papel do direito internacional na interpretação constitucional interna.

Embora não seja um especialista no direito e na autocompreensão de outros países, não me surpreenderia descobrir que questões semelhantes – mas não idênticas – surgissem em conexão com o papel do direito internacional na interpretação constitucional interna. Talvez o exemplo mais óbvio seja o da África do Sul, cuja Constituição pós-*apartheid* instrui seus tribunais a considerarem o direito internacional na interpretação de sua Carta de Direitos. Essa é uma expressão bem clara da autocompreensão daquele país enquanto líder em direitos humanos internacionais, exatamente devido à experiência do *apartheid*. Outros países, como Cingapura, afirmam que seus ordenamentos internos são tão peculiares que relegam neles o direito internacional a um papel insignificante. (É possível duvidar dessa afirmação sobre Cingapura, mas seus líderes, inclusive os juízes de sua alta Corte, assim procedem.) Desse modo, enquanto houver pressão pela globalização do direito internacional, incluindo a incorporação de direitos internacionais

não vinculantes nas constituições internas, haverá pressões contrapostas. Resta observar como essas pressões, de fato, se contrabalançariam, apesar de eu achar que existam razões estruturais – basicamente associadas à globalização em suas outras formas – para pensar que a globalização do direito constitucional é realmente inevitável se tivermos um horizonte de suficiente longo prazo.

Obrigado.

Tradutor: Afrânio Novaes.