

# FUNDAMENTOS E PERSPECTIVAS DO DIREITO INTERNACIONAL PÓS-MODERNO

FUNDAMENTALS AND PERSPECTIVES IN THE POST-MODERN INTERNATIONAL LAW

*Paulo Borba Casella\**

## Resumo:

A respeito dos fundamentos e perspectivas para o Direito Internacional no século XXI muito pode ter sido dito e simultaneamente muito permanece a se dizer em relação ao contexto presente, do mais amplo ao mais específico. Os dois podem ser distintos, mas encontrar-se-ão inexoravelmente interrelacionados.

Palavras-chave: Direito internacional pós-moderno. Fundamentos e perspectivas.

## Abstract:

About fundamentals and perspectives of International Law in Century XXI much can be said while much remains to be said in relation to the present context, from the broadest to the most specific. Both can be different, but will find themselves inexorably interrelated.

Keywords: Post-modern international law. Fundamentals and outlook.

...utile e doveroso è, per me, tirare innanzi per la mia via  
Benedetto Croce *La filosofia di G. B. Vico* (do prefácio da  
segunda edição, 1921)<sup>1</sup>

O contexto mais amplo, justificando o estudo dos fundamentos do Direito Internacional, é o quadro atual do mundo, com casos deploráveis de desvalorização e de violação das normas, acarretando o questionamento das bases que instruiriam a formação e validação destas, tornando necessário e oportuno repensar a existência, a validade e a eficácia da norma internacional.

O contexto específico: a formulação dos fundamentos do Direito Internacional, como a ferramenta para regular a convivência entre Estados e destes com os respectivos cidadãos, através dos ordenamentos internos, permitindo ocorra funcionamento efetivo de princípios internacionais, ou internacionalmente reconhecidos como válidos, também em âmbitos internos. Este, aliás, termômetro da efetividade do Direito Internacional: a sua vigência nos ordenamentos jurídicos internos, com aplicação pelos tribunais nacionais, mesmo contra os interesses estatais.

---

Professor Associado do Departamento de Direito Internacional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. <pbcdusp@casellaadv.com.br>.

<sup>1</sup> CROCE, Benedetto. *La filosofia di Giambattista Vico*. Bari: Laterza, 1980. (citação do prefácio da segunda edição, 1921, ed. cit., p. 10).

Se esta é questão central da disciplina, seria *par excellence* o foco para conferência desta natureza, na oportunidade deste congresso em 2006, respondendo a anseio íntimo, que remonta ao ponto de partida<sup>2</sup> e configura o eixo central de pesquisa jurídica: a condição de efetividade da norma. Como se cria e como se aplica a norma. O funcionamento da norma, na vida e no mundo real. Em âmbitos interno como internacional. Sobretudo internacional.

O Direito, pode ser “técnica para condução da vida social, conforme fins determinados pela política”, como apontava o Kelsen tardio,<sup>3</sup> não pode, contudo prescindir dos valores que informarão e nortearão a adoção e aplicação das normas. O contexto internacional vem agregar elementos adicionais de complexidade na formação e aplicação dessas normas.

A conceituação de Estado, somente, poderia ser o objeto de livros inteiros, como tantos e tão bons foram escritos, sem que se possa dar a ‘última palavra’ a respeito do tema. Nem se pretenderá fazer aqui algo semelhante, mas somente ter presente ‘noção’ operacionalmente viável, para trabalhar com o conceito de Estado, em relação ao Direito Internacional. O foco é e será o Direito Internacional, os fundamentos e perspectivas deste, mas a presença e atuação do Estado estarão inevitavelmente ligadas ao tema e exigem essa conceituação.

O Direito Internacional clássico se atinha à esfera estatal. Parecia gravitar somente em torno dos e em função dos Estados, e se detinha longa e cuidadosamente em relação à formação, reconhecimento, extinção e sucessão de Estados, procurando regular, do nascimento à morte, todas as etapas e momentos do funcionamento deste. Em função dos Estados, formou-se e consolidou-se boa parte de todo o conjunto do Direito Internacional todavia vigente.

Hoje se reconhece que o mundo é mais vasto e mais complexo do que supõem os Estados com sua vã filosofia. Multiplicam-se em número e relevância os demais co-atores da cena mundial (organizações internacionais, ongs, entidades multinacionais privadas,<sup>4</sup> sem nunca esquecer o ser humano, princípio e fim das

<sup>2</sup> Nesse sentido v. CASELLA, P. B. *Direito Internacional, terrorismo e aviação civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2006; CASELLA, P. B. *MERCOSUL: exigências e perspectivas – integração e consolidação de espaço econômico integrado*. São Paulo: LTr, 1996.

<sup>3</sup> Hans Kelsen “on interpretation” no seu (KELSEN, Hans. *The Law of the United Nations: a critical analysis of its fundamental problems*. New York: F. A. Praeger, 1950. Inc., 1<sup>st</sup>. publ. 1950, reprinted. 1951), contrastando com as primeiras obras do KELSEN da “teoria pura do Direito”

<sup>4</sup> Dentre extensa bibliografia a respeito, destacaria RIGAUX, F. *Droit public et droit privé dans les relations internationales*. Paris: Pédonc, 1977; BETTATI, M.; DUPUY, P. M. (Eds.). *Les ONG et le droit international*. Paris: Economica, 1986; bem como WIEDVEKEHR, M. O. La Convention européenne sur la reconnaissance de la personnalité juridique des organisations internationales non gouvernementales du 24 avril 1986. *Annuaire Français de Droit International*, p. 749-761, 1987.

construções intelectuais do homem. O Estado continua sendo a ‘unidade básica’ de formulação e operação do Direito Internacional, sem adentrar a questão específica do reconhecimento de Estado e de governo.<sup>5</sup>

Mas o grande problema internacional é o fato de que os Estados, internacionalmente, em considerável medida, permanecem em estado de natureza, em estado latente de guerra de todos contra todos, onde esta não significa a efetividade de conflito armado permanente, mas o risco sempre presente deste – tão bem descritos por Hobbes.<sup>6</sup> Os Estados não souberam, não foram capazes, ou não quiseram até aqui construir ordenamento internacional mais adequado e eficiente. Serão, talvez, o canal e caminho para tanto, o fortalecimento do papel e mecanismos de atuação do indivíduo no plano internacional?

O estado de natureza, segundo Hobbes, é a “guerra de todos contra todos: a vida dos homens é então “solitária, cheia de necessidades, penosa, quase animal e breve”<sup>7</sup> Daí pode decorrer a justificação, como aponta André Comte-Sponville, “a política nos reúne, nos opondo: ela nos opõe sobre a melhor forma de nos reunir! Isso não tem fim. (...) A política, como o mar, não pára de recomeçar. Porque ela é um combate, e a única paz possível. É o contrário da guerra, o que fala bastante da sua natureza. É o contrário do estado natural, e isso fala bastante da sua necessidade”<sup>8</sup>

<sup>5</sup> Não se vai tratar aqui da questão do reconhecimento de Estado e de governo. Em relação a tal tema remeteria a algumas das obras de referência para o estudo da matéria: WILLIAMS, J. F. La doctrine de la reconnaissance en droit international. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, v. 44, p. 199-314, 1933; KJELSEN, H. Recognition in international law. *American Journal of International Law*, p. 605-617, 1941; LAUTERPACHT, H. *Recognition in international law*. Cambridge: University Press, 1947; BLIX, H. M. Contemporary aspects of recognition. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, v. 130, p. 587-704, 1970; VERHOEVEN, J. *La reconnaissance internationale dans la pratique contemporaine*. Paris: Pédone, 1975; PETERSON, M. J. Recognition of governments should not be abolished. *American Journal of International Law*, p. 31-50, 1983; bem como ao estudo CASELLA, P. B. Reconhecimento de Estado e de governo no Direito Internacional contemporâneo. In: BAPTISTA, I. O.; FONSECA, J. R. Franco da (Orgs.). *O Direito Internacional no terceiro milênio: estudos em homenagem ao professor Vicente Marotta Rangel*. São Paulo: LTr, 1998. p. 287-318.

<sup>6</sup> HOBBS, Thomas. *Leviathan*. Cambridge: University Press, 1991, (“a review and conclusion”, cit. p. 491): my discourse on Civil and Ecclesiasticall Government, occasioned by the disorders of the present time, without partiality, without application, and without other designe, than to set before mens eyes the mutuall Relation between Protection and Obedience: of which the condition of Humane Nature, and the Laws Divine, (both Natural and Positive) require an inviolable observation.

<sup>7</sup> HOBBS (op. cit., ed. cit., chap. xiii “of the naturall condition of mankind, as concerning their felicity and misery”, pp. 86-90, cit. pp. 88/89): “during the time men live without a common power to keep them all in awe, they are in that condition which is called warre; and such a warre, as is of every man, against every man. For warre consisteth not in battell onely, or the act of fighting: but in a tract of time, wherein the will to contend by battell is sufficiently known; (...) So the nature of war, consisteth not in actuall fighting, but in the known disposition thereto, during all the time there is no assurance to the contrary. All other time is peace”

<sup>8</sup> COMTE-SPONVILLE, André. A política. In: \_\_\_\_\_ *Apresentação da filosofia*. Tradução Eduardo BRANDÃO. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 27-36, cit. p. 29.

Não se trata, aqui de retomar as teorias e conjunturas sobre a fundação da sociedade e os fundamentos do poder, pois a literatura específica é bastante extensa a respeito, mas, sim, enxergar que o mesmo se aplica na relação entre os Estados e à política, além de cada unidade política: na interação entre Estados, vale o mesmo raciocínio que em relação aos indivíduos para justificar o Estado. Com a diferença essencial da inexistência de poder centralizado soberano, o que seria, simultaneamente a solução da política internacional, que se faça entre Estados, e o fim desta, pois o exercício da hegemonia cancela a diversidade dos Estados e faz que a política passe a ser nacional. Por isso cabe falar na vida internacional dos Estados. Não se lhes pode mudar a natureza -- nem se pretenderia, isso, ademais -- mas reger a convivência, estipulando regras, entre iguais. Vários problemas, mas tentativa de solução.

Não obstante todos os limites e falhas que tenha qualquer concepção da regência da vida internacional dos Estados basicamente duas concepções se encontram como alternativas: ou sistema multilateral, multilateralmente estruturado e regido, ou sistemas unilateralistas, cuja base seria a hegemonia de qualquer um dos Estados. Isso pode ser consentâneo à natureza dos Estados: impondo a força e o domínio, internamente, pode seu poder legar à desmedida, no sentido de entender que sua ordem interna pode ser projetada como extensão de suas qualidades e eficiência, também para a ordem internacional (e podem se dar nomes a essas tentativas) ou pode-se enfatizar que, não- obstante, mais uma vez, a fragilidade e precariedade das regras, somente valem e podem valer, na medida em que sejam multilaterais.

A natureza dos Estados será sempre a mesma: a convivência organizada não terá condão de a mudar, mas pode ser o caminho para regular politicamente a convivência entre esses sistemas concorrentes, que conservem suas respectivas esferas de atuação interna, nas quais podem pretender se não ao absoluto ao menos à hegemonia, seja esta incontestada ou objeto de contestação, mas será exercida como poder, e este se arroga as prerrogativas de ser soberano, incontestável, ao mesmo tempo em que se conscientizam da relatividade intrínseca dessas respectivas esferas internas de competência e atuação, em relação aos demais Estados, cada um dos quais titular ciente e cioso, dessas respectivas esferas internas de competência e atuação.

A distorção essencial da política internacional será qualquer tentativa de impor externamente essa respectiva esfera interna de competência e atuação, seja mediante a força ou outros meios indiretos (como a propaganda), mas em detrimento das regras multilaterais, multilateralmente estipuladas e mantidas.

Muito se escreveu a respeito das possíveis configurações da formação do Estado e da instauração dos sistemas político-institucionais nacionais.<sup>9</sup> Não seria cabível nem tampouco necessário pretender retomar essa abordagem aqui. Serve a evocação da questão para suscitar o contraponto com relação ao fato de como se pode e deve ver a questão da instauração das relações entre Estados e a configuração de ordenamento internacional.

Não se trata, tampouco, de encetar estudo das relações internacionais. Isto se vem firmando como disciplina própria, que tampouco seria pertinente focar, enquanto tal, ao se estudar o Direito Internacional.

Cabe, sim, perquirir e mostrar como vem os Estados instaurando laços entre si e em que medida, de certo modo paralela à instauração da sociedade, se vem fazendo a instauração da sociedade internacional, por meio da institucionalização das relações entre Estados.

A construção do ordenamento regulador das relações entre Estados se vai fazendo progressivamente, ao longo do tempo. Não se vá pretender fazer histórico sumário e incompleto de tal evolução. Mas cabe perceber que a relação *entre* Estados pressuporá o reconhecimento, ao menos implícito quanto a ambos preencherem tal condição: ou seja, somente após e na medida em que *reciprocamente* se reconheçam como Estados, celebrarão tratados ou acordos entre si.

Desnecessário encetar histórico estocástico a respeito da matéria. Não seria tampouco o objeto da presente análise. Pode-se enunciar a premissa e trabalhar a partir desta: a construção das relações entre Estados parte do implícito reconhecimento do outro como igual, se não ao menos como equivalente, com o qual sejam acordados direitos e obrigações recíprocos, mediante instrumento formal, celebrado entre os soberanos ou respectivos representantes legalmente investidos da condição de representar o Estado e assumir direitos e obrigações em nome deste (“plenipotenciários” como habitualmente se designavam).

Reconhecer o Estado seu igual significa ir além do estado de natureza ou de necessidade, na qual o Estado somente a si próprio se veja e somente possa conceber vínculos de dominação, mas não de parceria ou acordo legalmente estipulado entre pares.

---

<sup>9</sup> PILLET, Antoine. *Principes de droit international privé*. Paris: Pedone, 1903. ns. 62 e 66: à défaut d’une souveraineté supérieure il ne peut évidemment appartenir qu’à l’État de tracer lui-même les limites de sa souveraineté et de la souveraineté d’autre sur son territoire. (cit CASELLA, P. B. Reconhecimento de Estado e de governo no Direito Internacional contemporâneo. In: BAPTISTA, L. O.; FONSECA, J. R. Franco da (Orgs.). *O Direito Internacional no terceiro milênio: estudos em homenagem ao professor Vicente Marotta Rangel*. São Paulo: LTr, 1998. p. 287-318. cit. p. 287).

A construção dos laços pode variar e a ventura destes laços pode ser muito variável, mas ao menos a instauração destes evidencia que o Estado reconheça a existência de igual, com o qual direitos e obrigações sejam reciprocamente acordados e a necessidade e interesse em celebrar tais acordos. A partir daí se pode falar em instauração de Direito entre Estados, normalmente denominado Direito Internacional, pois não- obstante todos os reparos à terminologia, cada tentativa de substituir a denominação “Direito Internacional” por outra, normalmente não vai além do autor que a propõe. Pode ser poupado tal esforço, tendo-se presente que antes de ser direito “inter” “nationes”, vem antes o Direito Internacional ser, “inter-estatal”, o Direito entre Estados.

Pouco ou nada adiantará lamentar que assim se tenha consolidado. Não é de todo inaceitável a denominação e pode ser validamente utilizada.

Se se for indagar quando teria ocorrido o surgimento das relações entre Estados teremos de remontar à Antigüidade e logo depois do aparecimento de registros de história escrita, com a celebração de tratado entre o faraó egípcio e o rei dos hititas, cerca de 3000 a.C. A existência de outro Estado, a impossibilidade de remoção ou ocupação deste, instaurando vínculo de suzerania ou dominação, obrigam o Estado a ter a aceitação do outro como igual e com este acertar a estipulação de direitos e obrigações.

Se se for buscar o desenvolvimento da prática, será constante a celebração pelos Estados de tratados e acordos, sobre questões as mais variadas. Quantos dentre todos estes tenham efetivamente sido cumpridos e observados, será outra questão, que tampouco cabe perquirir aqui.

Podem os tratados, como entre particulares os contratos, ser adimplidos em maior ou menos escala, mas tal dado em nada afeta nem elimina a existência da categoria jurídica. Continua sendo o contrato entre pessoas de Direito interno, quer físicas ou jurídicas, como o tratado entre pessoas ou sujeitos de Direito Internacional, o instrumento básico para estipular direitos e obrigações.

Estado atual da matéria não traz inovação substancial, seja quanto à forma, ao conteúdo ou à observância dos tratados e acordos entre Estados: continuam sendo o meio habitual de acordar direitos e obrigações entre sujeitos de Direito Internacional. Pode ter havido considerável extensão do campo de aplicação, com institucionalização crescente, no âmbito internacional, seja nas organizações internacionais tradicionais, seja nas organizações internacionais de integração. Mas não se mudou a natureza dos tratados e acordos entre Estados: criam direitos e obrigações entre sujeitos de Direito Internacional, e como tais, entre Estados tem de ser aplicados e cumpridos. Se e quanto efetivamente se cumpram, trata-se de outra história.

Exemplo interessante, nesse sentido, ilustram os antigos Estados italianos, nos séculos XIV e XV. Ilustram exatamente a necessidade de institucionalização da convivência e os caminhos desta, ante a impossibilidade de eliminar os concorrentes. criando período de relativa estabilidade, até ser esta rompida pela irrupção de invasor externo, no final do século XV.

No século XIV, ante o vácuo de poder deixado em razão da transferência da corte papal para Avignon (1309-1377), somada à debilidade do poder imperial e ao crescimento dos ordenamentos comunais e senhoriais, desencadeia-se amplo processo de fragmentação dos poderes e de redefinição territorial da autoridade política. Dessa pluralidade de centros de poder deriva situação de instabilidade e de guerra contínua, entre Estados vizinhos igualmente engajados na conquista e manutenção de âmbito territorial mais amplo e dotado de margem de segurança e de influência política incompatíveis com a “densidade política” do espaço italiano.

Ai se encontra a conflitualidade permanente que caracteriza a Itália na primeira metade do século XV, em história de guerra de todos contra todos, cujas posições e alianças mudavam de modo rápido e imprevisível. Justamente a coexistência de número considerável de ordenamentos soberanos, senhorias, poderes feudais, cidades-Estado, uns junto aos outros, seriam a causa e a explicação do desenvolvimento precoce de toda uma rede de relações diplomáticas entre os Estados italianos.

Na metade do século XV, após o literal exaurimento das possibilidades de expansão, pelos vários centros regionais de poder, em decorrência de cinquenta anos de guerra, o tratado da paz de Lodi, em 9 de abril de 1454, celebrado inicialmente entre Francesco Sforza, pelo Ducado de Milão, com a República de Veneza, e posteriormente aceito por todos os demais beligerantes, representou o divisor de águas que permite instaurar meio século de paz na Península italiana, até a irrupção da ocupação francesa em 1494. A política de equilíbrio aparece, assim, como o êxito da soma de fraquezas internas dos vários Estados, mais que demonstração de suas capacidades político-militares.

A celebração da paz e a constituição da Liga Itálica, no ano seguinte, entre os Estados maiores da Península, como garantia recíproca de estabilidade contribuíram para determinar mudanças substanciais no exercício da diplomacia e celebração de tratados entre os Estados italianos antigos.<sup>10</sup> A utilização de embaixadores residentes faz falar da Itália do século XV como o lugar de surgimento da diplomacia moderna.

<sup>10</sup> A respeito, remeto a *Storia degli antichi stati italiani* a cura di Gaetano GRECO e Mario ROSA (Roma-Bari: Laterza, 1996), especialmente FRIGO, Daniela. *Política estera e diplomazia: figure, problemi e apparati*. op. cit., p. 117-161 e referências adicionais lá apresentadas.

A necessidade leva à institucionalização de modo relacional entre os Estados, nem por virtude, nem por escolha destes, mas em decorrência da necessidade de regulamentar a convivência e a sobrevivência em bases reciprocamente aceitáveis. A instauração de regras multilaterais é sempre preferível a regras unilateralmente impostas.

Ao mesmo tempo, o Estado é sujeito e objeto do Direito Internacional. E isso explica vários dos problemas enfrentados pelo Direito Internacional, onde, portanto, estariam as perplexidades não no Direito, mas no Estado.

O Estado sujeito de Direito Internacional, por excelência, durante bons trezentos anos pretendeu ser o único deste, de Vestfália até Versalhes, mas teve de reconhecer que não poderia reinar em caráter absoluto e isolado, a partir daí. Vestfália, na medida em que desde aí se dá a ocorrência do conceito moderno de Estado, após o término da Guerra dos Trinta Anos e a celebração do tratado de paz que põe fim a essa guerra que durou o tempo útil de uma geração. De Vestfália, portanto, até o momento em que, passada a Primeira Guerra Mundial, com o tratado de Versalhes se instaura a Sociedade das Nações e com esta surge oficialmente a categoria de organizações internacionais, em relação às quais não mais se poderia argumentar, como se fizera durante a segunda metade do século XIX em relação à União Postal Universal e União Telegráfica Universal, cujas personalidades jurídicas de Direito Internacional permaneciam objeto de controvérsia e questionamento.

A partir da consolidação da existência e atuação das organizações internacionais, caminhou-se para o reconhecimento, todavia incipiente, da condição do indivíduo como sujeito de Direito Internacional, o que, embora proclamado, em boa medida permanece condicionado à boa vontade e aceitação dos Estados, com relação a permitir que as pessoas exerçam a sua condição, no plano internacional, isso tanto em relação ao Direito Internacional, no plano externo, como em relação a invocar e fazer valer regras de Direito Internacional, perante tribunais internos do respectivo Estado.

O Estado, assim, se coloca, simultaneamente como sujeito de Direito Internacional e a partir dele, igualmente as organizações internacionais, e permanecendo todavia em medida condicionada à boa vontade dos Estados, a pessoa humana no plano internacional. Em paralelo exato se não muito próximo, a mesma limitação criam os Estados em relação à institucionalização do Direito Internacional: querem regras, mas somente até certo ponto, porque estatalmente querem pretender permanecer livres, para estatalmente se declararem “soberanos e independentes” – *comme bon leur semble* ou em vernáculo, como lhes der na veneta ! Isso explica o caráter, em boa medida, provisório e contingente do Direito Internacional, tanto quanto este tenha de permanecer condicionado, em sua gênese, atuação e interpretação, condicionado pela (boa ou má)



vontade dos Estados. O risco político de seu esvaziamento é demasiadamente grande e próximo, para não ser levado em conta, exceto pelos defensores do mais desbragado estatismo, na linha de Hegel e outros semelhantes, que podem sempre tentar justificar o Estado como “ente supremo” e acima do qual nenhum outro poder humano se levante e os poderes divinos tenham a expressão condicionada pelos canais oficiais, únicos “competentes” para manifestar a gestão sancionada pela inspiração divina, de obediência cega e inquestionável ao poder.

A conclusão se põe no sentido de que os Estados precisam estar sujeitos, no âmbito externo, a sistemas de pesos e contrapesos, ou à institucionalização de sistema normativo que lhes limite o alcance da esfera de discricionariedade. Na medida em que os mecanismos institucionais instaurem “Estado de Direito” no âmbito internacional, pode-se ter evolução semelhante ao alcançado nas ordens internas, mediante a institucionalização das garantias constitucionais internas. Em que medida isso será viável, é preciso examinar a evolução dos últimos quatro séculos, mais uma vez, desde Vestfália, até o tempo presente. Alguns progressos podem ser apontados, embora seja ainda essa “ordem internacional” fragmentária e incipiente, mas existe e tem de ser preservada e aperfeiçoada progressivamente.

O dilema se põe no sentido de que o Estado, em se tratando da ordem internacional, é também o sujeito por excelência do Direito Internacional e ao agrupamento destes compete criar as organizações internacionais bem como reconhecer e permitir a expressão e atuação do ser humano no plano internacional. Ou seja, enquanto os humanos, ao menos teoricamente, criam o Estado, no plano interno, e literalmente o sustentam, enquanto contribuintes, e embora em restrita medida, possam influenciar os seus rumos, enquanto eleitores. Por outro lado, pouco ou nada disso ocorre no plano externo, na medida em que mesmo se os Estados não mais conservam a exclusividade da condição de sujeitos de Direito Internacional, a aceitação das regras jurídicas, por parte destes, em boa medida, se dá por mera conveniência e não por adesão firme e sincera. Os Estados, em boa medida, se servem das regras internacionais, na medida em que estas lhes convenham, mas mostram-se muito propensos a descartá-las ou limitar-lhes a incidência, na medida em que lhes pareça atentarem as regras de Direito Internacional contra as suas prerrogativas de Estado, ciosamente “soberano e independente”

Direito Internacional acima dos Estados é inexistente. A consolidação das normas se dá mediante a aceitação consciente e a aplicação consistente pelos seus destinatários. Sem que isso aconteça, o Direito Internacional permanecerá contingente e

limitado em seu conteúdo e alcance – e conseqüentemente, também em sua aceitação e duração.<sup>11</sup>

A questão de se buscar os fundamentos para poder nortear o desenvolvimento da presente reflexão sobre os desafios e papel do Direito Internacional no século XXI tem muito de arriscado e necessariamente condicionado pelas circunstâncias presentes:<sup>12</sup> estamos imersos no contexto, estamos na primeira década do século e estão longe de ser ideais as condições de nos destacarmos do presente, para poder contemplar as coisas *sub specie aeternitatis*. Pode-se facilmente constatar que tais condições não são humanamente viáveis. Ótimo, o que não é humano não nos pode criar direito nem dever. Cabe fazer o que se puder encetar e conduzir: cabe tentar ir até onde se puder. Ai se tem a medida do possível e viável.

Muito se pode objetar em relação ao Direito Internacional, no sentido de tantas vezes aceitar os imperativos do fato consumado – *le fait accompli*,<sup>13</sup> *ora direis, ouvir besteiros!*<sup>14</sup> aí fazendo a confusão entre coisas distintas: entre o operacionalmente viável e o ideologicamente desejado.<sup>15</sup>

<sup>11</sup> Mircea ELIADE *Fragmentarium* (traduit du roumain par Alain PARRUIT, Paris: L'Herne, 1989, citação do artigo, "*La technique du mépris*" pp. 179/183, cit. em epígrafe, p. 182): Les événements ne font pas l'histoire: l'histoire ne signifie pas le progrès: le monde va de l'avant par intermittence: il peut donc avoir une fin, une fin précipitée. Cabe adotar essa postura como necessidade para permitir a reflexão, destacando-se tanto quanto possível das contingências humanas, como ressalta ELIADE. no mesmo artigo (p. 180): "on échappe à la domination de la plus humiliante des passions, la haine. Une parfaite ascèse. Car on ne s'abandonne pas à une passion: on la maîtrise, on la stérilise. Pouvoir mépriser un homme, une société, un climat historique – les mépriser sereinement, sincèrement, sans crispation, sans esprit de vengeance --, voilà un geste moral qu'on ne rencontre plus que rarement chez nos contemporains." E prossegue (p. 181/2): "Le mépris suppose une vision antihistorique: se désolidariser des événements, croire aux significations. RIVAROL s'est désolidarisé de la Révolution, c'est-à-dire qu'il n'a pas cru à la force créatrice des événements dans l'histoire, et qu'il s'est contenté des significations morales de son temps. C'était lui qui avait raison: il n'a pas été grugé par son attitude antihistorique. Après la Révolution, l'homme est resté tout aussi funeste et inessentiel qu'avant. Les considérations morales trouvées par RIVAROL gardent toujours leur validité, alors que le phénomène révolutionnaire est terminé et dépassé depuis longtemps (l'étendard de la Révolution de 1789 est aujourd'hui honni par les combattants d'une autre révolution)."

<sup>12</sup> DROZ, Jacques. *Histoire diplomatique de 1648 à 1919*. 3. ed. Paris : Dalloz, 1972. p. 1: ce qui fait l'intérêt de l'histoire, c'est la façon dont les hommes réagissent aux conflits où ils sont engagés et aux épreuves qu'ils ont à subir.

<sup>13</sup> Por mais surpreendente que possa ser, parece haver hoje em dia quem afirme acreditar, no presente mundo globalizado não mais se haverá de precisar de idiomas estrangeiros, para a comunicação internacional, mesmo por parte dos profissionais representantes do Estado, no exterior? Depois de se abolir a obrigatoriedade do exame de proficiência em francês, alguns anos antes, foi dado passo radical, em 2004, declarando-se que passaria a ser classificatória e não mais eliminatória a prova de proficiência em inglês, para os candidatos à escola preparatória para o Serviço Diplomático brasileiro. Na mesma altura, de qualquer recém-formado, que vá procurar emprego, muitas vezes se haverá de exigir segundo idioma estrangeiro ou alguma titulação pós-graduada, como pré-requisito para diferenciar o candidato, dentre tantos outros, buscando a sua admissão no mercado de trabalho. Pode ser 'injusto' mas é inevitável.

<sup>14</sup> Não resisto a fazer paralelo com o famoso verso de Olavo Bilac.

<sup>15</sup> Mircea Eliade, no mesmo livro, em outro artigo, cujo nome é sobremodo sugestivo para descrever os tempos que passam: "*Le droit d'annoncer des banalités*" (*Fragmentarium*, op. cit., p. 190-192).

A norma internacional, lembrando-nos da divisão de tarefas entre as coisas de Deus e as de César, enquanto tarefa humana, humanamente terá de ser buscada. E isso nós merecemos.

O paradoxo do Direito Internacional, entre a sabedoria de que ninguém pode ser juiz de sua própria causa, e a dificuldade de ter isso como o padrão base de operação nas relações entre Estados.

Sem regras fica impossível a vida em sociedade e como sejam determinadas essas regras terá enorme importância para caracterizar a possibilidade de aceitação e aplicação destas. Pode não lhes mudar a natureza, pois serão humanas, e humanamente condicionadas, mas não se há de poder negar que tenham de ser conhecidas primeiro, determinadas em seguida, e aplicadas. Além disso, que as violações de aplicação possam ser sancionadas. Tão simples assim, e ao mesmo tempo tão complexo, como todos os sistemas que visam explicar a formação, a natureza e a incidência das normas constantemente nos fazem vislumbrar. Quantas tentativas, quantos esforços de construção de sistemas e premissas tanto quanto possível amplamente válidas, para respaldar esses sistemas contingentes, empiricamente formulados?

Novamente Aristóteles, desta vez na Retórica, observa<sup>16</sup> ser o “*melhor e mais eficaz dos meios para persuadir e bem aconselhar é conhecer todos os tipos de Estado e discernir distintamente os hábitos, as leis e as coisas que são úteis a cada um deles; pois todos se deixam persuadir pelo que é útil, e as coisas úteis aos Estados são aquelas que concorrem para a sua conservação*”

Há portanto âmbito preciso em que se desenvolve a retórica, pois esta não trata de nenhuma matéria específica, sendo o meio de encontrar, ordenar e expor ‘as coisas que são propícias para persuadir em qualquer assunto’, mas levam em conta o costume, os princípios e os valores que mesmo não sendo verdades absolutas, tem fundamento na consciência comum e contribuem para determinar os comportamentos dos indivíduos e dos Estados, internamente como internacionalmente. O âmbito preciso em que se desenvolve a retórica é a *polis*, com suas assembleias, seus poderes de deliberação e de julgamento. No Estado não são suprimidos o caráter, o temperamento, as paixões, as virtudes e os vícios dos indivíduos, mas todos esses fatos já não são considerados em relação à natureza humana e sim à sociedade.<sup>17</sup>

<sup>16</sup> ARISTÓTELES. *Retórica* (I, 8) e comentários. Novamente expressivo e oportuno o paralelo de ARGAN (op. cit., cap. cit., original de 1986 e trad. 2004, “Europa das capitais”, p. 46/185, cit. p. 69/70).

<sup>17</sup> ARGAN, Giulio. op. cit., loc. cit.: “O indivíduo em sociedade participa de certa tradição, de um costume, tem certas atitudes e idéias comuns sobre o bom e o ruim, sobre o útil e o inútil, tem visões próximas e distantes, precisas e imprecisas, interesses que mudam segundo as circunstâncias, uma concepção do tempo e do espaço, determinada muito mais pela própria situação no mundo do que noção de estrutura do universo”

A busca dos fundamentos do Direito Internacional pode, tecnicamente, ser destacada do conteúdo da disciplina. Interessa do ponto de vista da formulação, da aceitação e da implementação das regras, como pano de fundo e premissa subjacente a estas. O fundamento determinará o âmbito e a natureza da incidência da norma.

A análise dos fundamentos remete à obrigatoriedade ou não da norma e, conseqüentemente, será relevante, i.a., no tocante às formas de zelar pela sua determinação e aplicação. Esse é o dilema e a natureza intrínseca do Direito Internacional: a especificidade do ordenamento jurídico internacional.<sup>18</sup>

A construção do Direito Internacional como sistema de normas exige a determinação do fundamento deste. Pode ser externo ao sistema, mas estará subjacente ao mesmo. Daí o uso do termo fundamento.

Indica o uso do termo “fundamento” e as definições possíveis deste:<sup>19</sup>  
*fundação / base firme // conjunto de regras básicas de organização e de funcionamento de uma instituição, estabelecimento, coletividade, esporte etc.; conjunto de princípios a partir dos quais se pode fundar ou deduzir um sistema, um agrupamento de conhecimentos / base sólida que legitima ou autoriza alguma coisa, causa, fundo, motivo, razão / explicação para fatos, acontecimentos etc. / demonstração da veracidade de um fato: prova.*

A questão dos fundamentos do Direito Internacional foi apontada como passível de ser colocada fora do sistema de normas. No trecho referido em epígrafe menciona-se como sendo exterior ao Direito Internacional. Mas não pode ser negligenciada. Geraldo Eulálio do Nascimento e Silva apontava a necessidade de desenvolver essa indagação.<sup>20</sup> A importância e extensão da tarefa não permitem fazer caber no estudo do Direito Internacional, enquanto programa, o que levou a destacar a questão dos fundamentos para o presente enfoque específico.

Por que retomar a busca dos fundamentos do Direito Internacional? Em razão do quadro presente, torna-se necessário rever as bases.

A busca dos fundamentos do Direito Internacional se faz em razão da crise presente dos paradigmas regentes da vida e das relações internacionais no início do século XXI. Ainda caberá aos historiadores definir períodos e delimitar a extensão temporal e marcas características deste nosso tempo. O distanciamento temporal é

<sup>18</sup> ATTAR, Frank. *Droit international: entre ordre et chaos*. Paris: Hachette, 1994. p. 12-13, comenta: “*Nombre de malentendus et de commentaires à l'emporte-pièce pourraient être évités par la compréhension de ce fait élémentaire*”

<sup>19</sup> Dicionário HOUAISS da língua portuguesa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. p. 1.404).

<sup>20</sup> Ao passar-me o futuro do *Manual de Direito Internacional* e a incumbência de atualizar e eventualmente rescrever este, referia como ponto a ser aperfeiçoado a questão dos fundamentos e as organizações internacionais, especialmente em matéria de integração.

indispensável para permitir melhor ver as coisas. Poder avaliar com isenção. Mas a história trabalha com a reflexão sobre o passado, sobre as coisas que se foram e como foram e como são contadas.

Aqui caberá perquirir, a partir do momento presente, de que modo ordenar a norma internacional e a ação desta no mundo atual. Cabe ter consciência da crise dos modelos passados e da necessidade de regras presentes. Para que se possa ter futuro. Neste poderão, inclusive, os historiadores, fazer as suas reflexões a respeito da história e do tempo que passou.

Antes que se torne passado e objeto de reflexão histórica, temos, contudo, a necessidade de estudar e compreender *como e por que* regular a vida internacional e os parâmetros considerados válidos e aceitáveis para esta e para a interação entre os sujeitos de Direito Internacional, por excelência os Estados, mas também em grau crescente, as organizações internacionais.<sup>21</sup>

Não se pode negar nem deixar de reconhecer a condição do ser humano como sujeito de Direito Internacional. Ainda que esta condição do ser humano seja restrita na prática pelos limites atribuídos pelos Estados para tanto. O Direito como o Estado somente se justificam pelo seu fim último: o ser humano. Devem ser instrumentos para a vida do homem, não o inverso.

Vamos tentar fazer a compreensão do papel do Direito Internacional, de seus fundamentos e perspectivas, a partir de paralelo com o papel da arte no mundo de hoje. Às vezes certo relativo distanciamento pode ajudar e muito para a compreensão de outros campos do saber humano.<sup>22</sup>

O discurso revelador e reunificador da *polis* de seu tempo – grande ambição em se tratando das artes, como no caso da série de artigos de A. R. de Sant'anna, ensaiando qual pode ser a arte que exista como tal e não-somente como intenção ou emanção da assinatura do artista, neste nosso tempo. Outros entendem que a arte se tornou supérflua, se não impossível.<sup>23</sup> O discurso contemporâneo,<sup>24</sup> aparentemente agregador: TUDO é arte, tem o inevitável corolário filosófico: então

<sup>21</sup> Faço reservas e as deixo consignadas, com relação ao não reconhecimento como sujeitos de Direito Internacional em relação às organizações não-governamentais (ONGs) e às corporações multinacionais.

<sup>22</sup> SANT'ANNA, Affonso Romano de. O pastiche do caos: o *kitsch* da pós-modernidade na Bienal de São Paulo. In: *Desconstruir DUCHAMP: arte na hora da revisão*. Rio de Janeiro: Vieira & Lent, 2003. p. 62-64); como dizia HEIDEGGER, produzir um discurso que seja revelador e reunificador da *polis* de seu tempo.

<sup>23</sup> AMARAL, Aracy A. *Arte pra quê? - a preocupação social na arte brasileira 1930-1970*. 3. ed. São Paulo: Studio Nobel, 2003; DAGEN, Philippe. *L'art impossible*. Paris: Grasset, 2002, com o sugestivo subtítulo, que vale todo um programa: *de l'inutilité de la création dans le monde contemporain* como seu anterior *La haine de l'art*. Paris: Grasset, 1997.

<sup>24</sup> Moto aliás da 26ª Bienal de São Paulo, out.-dez. 2004.

NADA é arte. Esvazia em lugar de acrescentar e extermina a arte enquanto busca e construção da beleza.<sup>25</sup> A distância desde o ideal platônico quanto a ser o belo a expressão da verdade. Mais que pretender afirmações categóricas, compete refletir com humildade a respeito, e ter a consistência de visão pessoal, cuja formulação e embasamento se sustentem, desde o veterano Giorgio Vasari, ensaiando construir a história da arte, em meio à Renascença italiana, até os contemporâneos.<sup>26</sup> Novamente, outra digressão fascinante a ser evitada. Mas o sentido da busca pode ser equiparado. Serve o paralelo.

A questão do Direito Internacional, hoje? Como conseguir o *discurso revelador e reunificador da polis de nosso tempo*, em relação ao Direito Internacional? Árdua tarefa. Vêem-se os limites, as falhas, as quebras, menos se vê a necessidade de resguardar a ferramenta: pode ter limites e defeitos – como toda obra humana, aliás – mas não se fez algo melhor até aqui, nem se tem a receita de que ser substituído. Nesse contexto, cabe resgatar os *fundamentos do Direito Internacional*. Reconhecer as bases, para poder edificar a partir destas, o que possa corresponder ao tempo que vem.

A partir da aclaração dos fundamentos e da consciência destes, pode-se ter a construção do sistema, para operar na prática. Algumas questões terão de ser enfrentadas, como a determinação de seu conteúdo mínimo, de sua condição vinculante e qual a extensão destes. Em suma, pode-se sustentar a existência e qual a configuração de normas cogentes de Direito Internacional, e tantas outras.

Paradoxalmente, no século XIX, na medida em que ganha enfoque e estudo sistemático, o Direito Internacional se distancia das grandes realidades humanas e se desenvolve quase exclusivamente acoplado aos Estados. Foi adotado e escravizado por estes. Mas o mundo é mais vasto e mais amplo.

Foi desafio, do século XX, dar-se conta da considerável ampliação da esfera de ação do Direito Internacional, quando ocorre enorme e assustadora ampliação de suas esferas de ação e competência.<sup>27</sup> O desafio do século XXI será o de dotar o Direito Internacional dos meios para a consecução dos fins a que se destina. Desse modo, ir buscar a operacionalidade e a efetividade.

Mas os fundamentos? Não seriam os mesmos, desde os assim chamados “pais” do Direito Internacional? Desde os “pré-grocianos” sacerdotes espanhóis como

<sup>25</sup> ECO, Umberto (Org.). *História da beleza*. Tradução Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Record, 2004. Do mesmo ECO, anteriormente publicado *Arte e bellezza nell'estetica medievale*. Milano: Bompiani, 1987 e outros.

<sup>26</sup> VASARI, Giorgio. *Le vite dei più eccellenti pittori, scultori e architetti*. Ed. Integrale; intr. de Maurizio MARINI. Roma: Newton Compton, 1991. SCHENBERG, Mário. *Pensando a arte*. São Paulo: Nova Stella, 1988; NEISTEIN, José. *A feitura das artes*. São Paulo: Perspectiva, 1981.

<sup>27</sup> Convém referir o estudo de Benedetto CONFORTI a respeito.

Francisco de Vitória e Francisco Suarez ao pai leigo Hugo Grotius, ou De Groot ou Grócio, para manter grafia mais próxima e palatável, em relação ao português falado no Brasil, nesta altura. E daí para as últimas e mais recentes correntes, que vão buscar os fundamentos do Direito Internacional. Muitas destas correntes ainda partindo de posições voluntaristas: as normas existem porque assim afirma determinado Estado, com risco de perder credibilidade, por recorrer a juízos de valor, para fundamentar conclusões jurídicas.

Contrapondo-se à visão de G. W. F. Hegel, *Filosofia do Direito*.<sup>28</sup> que considera o Direito Internacional como Direito estatal externo, pois no sistema onde o Estado represente a mais alta instância do “espírito objetivo” não pode este submeter-se se não à sua própria vontade, na medida em que esta se coordene com as vontades dos demais Estados, daí resultando Direito Internacional frágil e contingencial à vontade dos Estados, e serão normas as veleidades dessa vontade estatal, que comporá com as vontades rivais e só terão como limite o julgamento da história, levada mais adiante em suas nefastas distorções, por autores como Adolf Lasson<sup>29</sup> e John Austin,<sup>30</sup> inspirador da *analytical school of jurisprudence*, sucedem-se autores que adotam tratamento sistemático do Direito Internacional, tais como Johann L. Klüber,<sup>31</sup> na linha da síntese grociana do Direito Natural e do Direito Voluntário. Sem negligenciar os fatos, Klüber entende não ser possível abstrair-se dos princípios, que será preciso confrontar à luz da singularidade das situações concretas, em espírito progressivo.

De modo semelhante, August Wilhelm Heffter,<sup>32</sup> multiplica as analogias com o Direito privado, refletindo sua formação em Direito Romano e Direito Processual Civil e Penal, onde a referência ao Direito Natural não o impede de levar plenamente em

<sup>28</sup> HEGEL, G. W. F. *Filosofia do Direito*. 1821.

<sup>29</sup> Partindo das teses hegelianas, outros autores vão mais além, no sentido de negar a juridicidade do Direito Internacional, como Adolf LASSON (1837-1917), professor em Berlim, autor de monografia sobre o princípio e o futuro do Direito Internacional (1871) e no seu *Sistema de filosofia do Direito* (*System der Rechtsphilosophie*, 1882), que apresenta o amadurecimento de sua doutrina. O Estado, enquanto encarnação suprema do espírito objetivo, não pode se submeter a ordem normativa superior a este, nem a vínculos que limitem a sua condição soberana: “os Estados não podem estabelecer entre si uma relação de comunidade jurídica; somente a força os divide”. A respeito v. TRUYOL. *Histoire*, cap. ix “la doctrine au xixe. siècle”, p. 115-116.

<sup>30</sup> TRUYOL. *op. cit.*, loc. cit.: “Profonde et également durable, bien que tardive, sur la pensée juridique anglo-saxonne a été l’influence de John AUSTIN (1778-1859). Or, AUSTIN, qui signale comme élément essentiel du droit l’existence d’un *superior* capable d’en imposer les règles, voit dans le droit international non un droit mais une *positive morality*, une morale sociale effective, qui trouve sa sanction spécifique dans l’opinion publique”. A obra publicada *The province of jurisprudence determined* (Londres, 1832), teve re-edição, ampliada, *Lectures on jurisprudence or the philosophy of positive law* (Londres, 1869).

<sup>31</sup> Johann Ludwig KLÜBER (1762-1837), *Das moderne europäische Völkerrecht* (2 vols., Stuttgart, 1819).

<sup>32</sup> August Wilhelm HEFFTER (1796-1880), *Das europäische Völkerrecht der Gegenwart auf den bisherigen Grundlagen* (Berlim, 1844). Como observa TRUYOL (*op. vel. loc. cit.*) “le manuel sans doute le plus répandu de l’époque. en Allemagne et hors d’elle, traduit en plusieurs langues”

conta os dados da realidade e dos problemas contemporâneos. Por sua vez, o positivismo vem a ter nova voz com August von Bulmerincq.<sup>33</sup>

A percepção do volume e extensão das questões ou problemas intrinsecamente internacionais leva à conscientização da necessidade de mecanismos internacionais para resolvê-los. Impossível resolver questões internacionais sem utilizar ferramentas internacionais. Daí a necessidade de equipar o Direito Internacional com os meios necessários para cumprir os seus fins (e ao mesmo tempo os ataques – diretos e indiretos – contra a disciplina). A multiplicação da casuística em nada deveria alterar o conteúdo da disciplina.<sup>34</sup> Esse tipo de discussão e oposição pode e deve ser enfrentado, mas não se pode ter como a única dimensão para estudar e conhecer a matéria.

Ao mesmo tempo em que a multiplicação de violações pode ser indício de baixo grau de eficácia na implantação de tal sistema, outras dimensões podem ser lembradas, como reforçando a necessidade e utilização crescentes do Direito Internacional. Exigem tratamento internacionalmente adequado às mudanças essenciais e irreversíveis nas condições de criação e circulação da riqueza, da informação e das pessoas no mundo; das formas de relação entre os Estados e destes com as organizações internacionais e as não-governamentais, do crime organizado, do tráfico de drogas, do terrorismo e do contraterrorismo de Estado. Parafraseando Clemenceau: são questões importantes demais para serem deixadas somente aos cuidados dos políticos.

Exemplos, mais ou menos bem-sucedidos, podem ser lembrados, em matérias técnicas: desde as pioneiras, da comunicação postal até as telecomunicações, da regulação das marcas, patentes e direitos de autor, da regulação da aviação civil internacional. Não-obstante alguns progressos setoriais alcançados, outros campos inteiros ainda estão para ser regulados de modo eficiente e adequado: da proteção das águas e mananciais ao Direito Ambiental Internacional e controle internacional da poluição, do Direito da Integração.

Nesse sentido, toda a existência de comunicação além fronteiras, desde o início da comunicação postal (união postal, já no século XIX) até as telecomunicações (em boa medida, todavia em construção), todo o transporte aéreo internacional, por mais que possam causar problemas posições nacional ou unilateralmente adotadas, mas tendo cerne de regulação internacional (Convenções de Varsóvia, 1929, de Chicago, 1944 e outras), de modo a tornar viável a operação e funcionamento de aviação civil internacional. De modo semelhante, a emergência do Direito Ambiental Internacional, onde terá de prevalecer a consciência de que em razão da natureza intrinsecamente

<sup>33</sup> BULMERINCQ, August von. *Das Völkerrecht oder internationale Recht systematisch dargestellt* (1884). 2. ed. Freiburg-in-Breisgau, 1889.

<sup>34</sup> A ocupação e a guerra no Iraque como um dos exemplos recentes e penosos desse descalabro.



internacional da questão, soluções somente poderão ser alcançadas utilizando mecanismos do Direito Internacional.

A repressão ao terrorismo internacional, como ao tráfico de drogas e o crime organizado, por mais que pretendam alguns ser este problema mais de uns que de outros países, para ser mais justa e eficiente, terão de ser tratados internacionalmente, aplicando soluções respaldadas pelo Direito Internacional, para conferir legitimidade a essas normas, em decorrência do consenso, e não por imposição unilateral de determinado Estado.

Direito da Integração como conteúdo essencialmente humanista e tolerante: buscar o que pode ser compartilhado, além e acima das diferenças circunstanciais. A busca de “valores”(?), ou, ao menos, de interesses que possam ser compartilhados, visando construir mercados que tenham economia de escala para competir em contexto “globalizado” – este termo pela frequência de seu uso, muitas vezes abusivamente invocado, merece nota de rodapé, para dar algumas precisões.<sup>35</sup>

A questão dos fundamentos do Direito Internacional como a busca desse *discurso revelador e reunificador da polis do tempo* – em que medida poderão ser apontados valores e interesses compartilhados? Pode-se pensar modelo que seja adequado? O conflito ideológico dos bons velhos tempos da “guerra fria” e o “conflito de civilizações” – antes conflito de FALTA DE CIVILIZAÇÃO: enfrentamento de modelos limítrofes de barbárie!<sup>36</sup> Podem ser compartilhados modelos assustados e inseguros de suas bases?<sup>37</sup> Todo ataque busca compensar e pode ser explicado como forma de contrabalançar a sensação de fraqueza.

Como enfrentar a questão do *discurso revelador e reunificador da polis do tempo*? O Direito Internacional, ferramenta limitada, mas passível de aperfeiçoamento, como desde Grócio se reconhece e afirma. Como ir aperfeiçoando, diante dos ataques que ameaçam solapar o fundamento da convivência entre Estados? Os impérios tendem a invocar as suas “razões de Estado” como razões acima da razão, parecendo não querer

<sup>35</sup> Será a GLOBALIZAÇÃO um mal necessário? ou constitui tão-somente paráfrase das emanções do Império? valeria estudo específico, muito além dos limites de mera nota de rodapé sobre a necessidade de uso do termo – ou sua inevitabilidade – para caracterização de contexto, no qual estamos inseridos. FERRER e sua história da globalização.

<sup>36</sup> Gilles KEPEL e seu ensaio sobre a *jihad* e a má leitura do Corão pelos fundamentalistas-extremistas.

<sup>37</sup> “Povos cleitos” e modelos de convivência multilateral. A arrogância e o descaso com os demais e com o amanhã: aqui se faz e aqui se paga. Os resultados estão aí. O enfrentamento acirra-se. Perde-se a razão.

perceber que assim contribuem decisivamente para a multiplicação das ameaças<sup>38</sup> Cada vez mais autoritários e arrogantes, quanto mais ameaçados.

Como formular a questão do *discurso revelador e reunificador da polis do tempo* em relação aos fundamentos do Direito Internacional? E a partir desta, todas as demais questões relevantes e pertinentes em Direito Internacional? Não se sabe nem se pode saber, ainda, todos os detalhes, não foram colocadas todas as questões, mas permanecem a necessidade e a busca e isso que se vem tentando, nos últimos séculos, desde que começa a esboçar-se o que se pode chamar de modelos de convivência internacional,<sup>39</sup> e a aferição do papel do Direito na regulação dessa convivência.

O fundamento do Direito Internacional pode ser considerado externo ao conteúdo da disciplina mas haverá de ser determinado, como pressuposto para o conhecimento e a validação deste.<sup>40</sup> As razões já foram perquiridas.<sup>41</sup> Cabe, agora, considerar as correntes e doutrinas.

Ao considerar correntes para determinar o fundamento do Direito Internacional podem ser distinguidas duas linhas fundamentais: ou se entende serem as normas de Direito Internacional decorrentes do Direito Natural *jusnaturalista* ou decorrentes da vontade dos Estados, e portanto, *voluntariamente* adotadas como tais.<sup>42</sup> Terceira corrente, de caráter lógico, conforme Kelsen, acaba por filiar-se à *jusnaturalista*.

Relevante ter presente que a reflexão instauradora do Direito Internacional se faz no momento em que surge a necessidade deste. Este marco inicial pode, no meu entender, remontar à Antiguidade, tão logo tenha surgido registro escrito de tratado

<sup>38</sup> Da guerra fria à guerra ao "terrorismo" – mudança de ventos. Mudança de parâmetros. Mereceriam estudos a parte a ação dos EUA: a América de defensora da democracia e do Direito para opressora e ameaça internacional. Os desvarios do Estado de Israel: de prego a martelo. Que pena, não tenham dado exemplo.

<sup>39</sup> MAQUIAVEL, N. *Dell'arte della guerra* (1521) (Firenze, Sansoni, 1971) faz "discurso filosófico" em torno da "arte da guerra" e técnicas desta. A conclusão: os progressos da tecnologia não adiantaram muito.

<sup>40</sup> CASTORIADIS, Cornelius. *A instituição imaginária da sociedade*. Tradução de Guy RENAUD. rev. téc. Luis Roberto Salinas Fortes, do original francês *L'institution imaginaire de la société* ©1975, trad. bras. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982. p. 409: As significações centrais não são significações 'de' algo – nem sequer, a não ser em sentido secundário, significações 'ligadas' ou 'referidas' a algo. Elas são aquilo que faz ser, para uma sociedade dada, o co-pertencer de objetos, de atos, de indivíduos aparentemente os mais heteróclitos. Elas não tem 'referente': elas instituem um modo de ser das coisas e dos indivíduos como referido a elas. Como tais, elas não são necessariamente explícitas para a sociedade que as institui. Elas são presentificadas-figuradas mediante a totalidade das instituições explícitas da sociedade, e a organização simplesmente e do mundo social que estas instrumentam. Elas condicionam e orientam o fazer e o representar sociais nos e pelos quais elas continuam alternando-se.

<sup>41</sup> Nesse sentido cf. ref. a introdução b/c o item "fundamentos e discurso"

<sup>42</sup> Nesse sentido ACCIOLY-NASCIMENTO E SILVA (*Manual*. "Fundamentos"): São inúmeras as doutrinas que procuram explicar a razão de ser do DI, mas verifica-se que todas podem ser filiadas a duas correntes, ou seja, a *voluntarista* e a *positivista*. Para os defensores das doutrinas voluntaristas, ou do Direito positivo, a obrigatoriedade do DI decorre da vontade dos próprios Estados; para a outra corrente, a obrigatoriedade é baseada em razões objetivas, isto é, acima da vontade dos Estados.

internacional (ca. 3000 a.C.). Entretanto, outros autores fazem remontar esse marco inicial ao fim da idade média (e.g. Aguilar Navarro e Balladore-Pallieri), ao século XVI (Giuliano), ao início da moderna (paz de Vestfália, em 1648), outros ainda ao momento de expansão da atuação colonialista européia sobre o mundo, no século XIX), ou finalmente ao processo de revisão do Direito Internacional, antes essencialmente ocidental, após a descolonização da África e Ásia (pós 1960). Pode-se evitar essa discussão, adotando o marco inicial histórico do registro escrito e ter consciência da necessidade de constante reavaliação e atualização das normas, tanto as internas, como as internacionais, de modo a permitir que se mantenham adequadas para regular a vida social, mais uma vez, tanto interna como internacional.

As relações entre Estados na Europa se regiam bem ou mal pela praxe e pelas normas positivas e as alianças flutuavam ao sabor dos tratados. A praxe se foi consolidando na medida das necessidades e possibilidades do contexto e do momento histórico, em institutos tais como a presença e atuação de embaixadores permanentes.

Após a descoberta do chamado “novo mundo” e o início da atuação européia nas Américas, não havia parâmetros positivos para regular tal atuação, de modo que coube à genialidade da intuição combinada com a erudição dos sacerdotes espanhóis Francisco de Vitória e Francisco Suarez que vão traçar paralelo a partir do Direito Natural e da condição humana dos ameríndios. Em relação a estes não se podia evocar quaisquer precedentes nem praxe anteriormente observada. Era novo quadro, com novas necessidades, intrinsecamente inovadoras. Aplica-se a lição de Santo Tomas de Aquino: para novo mal tem de ser encontrado novo remédio.

O passo seguinte foi dado por Grócio. A partir da base formulada pelos seus predecessores espanhóis, onde ainda se estipula o fundamento do Direito das Gentes, a partir de argumento metafísico, buscando respaldo na vontade divina. Grócio avança para afirmar o valor intrínseco do Direito Natural: *est dictatum rectae rationes*, são princípios de razão sã que nos fazem conhecer quando uma ação é moralmente honesta ou desonesta, segundo sua conformidade ou desconformidade com natureza razoável e sociável. A razoabilidade e a sociabilidade terão, por seu turno, de ser aferidas. E essa delimitação permanece crucial. Mas o grande passo foi dado. Grócio responde às questões gerais do seu tempo, como os pré-socráticos haviam feito em relação à Filosofia, a partir do século VI a.C.

Alguma contraposição se faz em relação à fundamentação das teorias voluntaristas. As voluntaristas podem ser baseadas na idéia de vontade coletiva dos Estados, ou no consentimento mútuo.

Dentre as teorias voluntaristas, a da autolimitação, desenvolvida por Jellinek, faz fundar o Direito Internacional na vontade do Estado, que estabelecerá limitações ao seu poder absoluto. Em outras palavras, o Estado obrigará-se para consigo próprio e as normas surgirão em decorrência da manifestação da vontade do Estado. No Brasil, esta teoria contou, por exemplo, com a aceitação de Clóvis Beviláqua, e estaria ainda em circulação na medida em que pareça prevalecer o entendimento de que as normas internacionais somente poderão ter existência e efeitos reconhecidos em nosso território e em nosso ordenamento, na medida em que tenham sido prévia e expressamente aceitas, como tais e portanto vinculantes, na ordem interna. A crítica da teoria decorre da sua base: há possibilidade do Estado a qualquer momento modificar a sua posição, assim privando a norma de fundamento. Politicamente pode ser cômodo, mas conceitualmente indefensável.

As teorias *jusnaturalistas*, na linha esboçada por Vitória e Suarez, desenvolvida por Grócio e internacionalistas ulteriores, orientam-se no sentido de que o Direito Internacional se baseia em princípios superiores acima da vontade dos Estados. A dificuldade se coloca com relação à aferição de quais sejam tais princípios e como determinar o conteúdo destes.

Internacionalistas italianos, têm sustentado teorias com fundamento no Direito Natural. Dentre eles, Dioniso Anzilotti, foi buscar na norma *pacta sunt servanda* o fundamento do Direito Internacional. Segundo Anzilotti, a norma tem “*valor jurídico absoluto, indemonstrável e serve de critério formal para diferenciar as normas internacionais das demais*” A idéia do *princípio indemonstrável* tem sido criticada: se não pode ser demonstrado, passa a ser questão de fé, não de conhecimento.

A terceira via, nas escolas de fundamentação do Direito Internacional, apresentada por Hans Kelsen, de natureza *lógica-jurídica* também de caráter objetivo, como a *jusnaturalista*. Entende Kelsen ser a comunidade internacional a “*ordem superior e comum que torna possível aos Estados se relacionarem*” e em tal contexto, aduz Aguilar Navarro, seria onde se “*coroam, como em uma cúpula, todas as demais formas sociais*”. A crítica de Celso Albuquerque Mello se faz no sentido de que essa teoria “*não chega a fundamentar a sociedade internacional, isto é, porque ela existe. Esta doutrina praticamente se limita a constatar que os Estados se relacionam porque existe uma ordem superior, mas não explica porque esta ordem superior se formou e de onde ela se originou*”<sup>43</sup>

A expressão jurídica internacional mais relevante em relação ao tema, a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, consagra o princípio *pacta*

<sup>43</sup> MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso DIP*. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 69. nota 11.

*sunt servanda* sem invocar argumentos metafísicos. Estipula a Convenção, em seu artigo 26: *Todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa-fé.*

A Convenção sobre o Direito dos Tratados, ao aceitar a noção do *jus cogens* em seus arts. 53 e 64, deu outra demonstração de aceitação dos preceitos derivados do Direito natural. Com efeito, o artigo 53 declara nulo o tratado que no momento de sua conclusão conflite com norma imperativa de Direito Internacional geral e dá a definição de *jus cogens*: norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados no seu conjunto, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma de Direito Internacional geral da mesma natureza.

Fica em má-companhia o Brasil por não ter todavia ratificado a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969. Resta esperar que essa lacuna grave seja oportunamente suprida.

Não fica em boa companhia o Brasil por não ter todavia ratificado, muito embora já tenha sido aprovada,<sup>44</sup> a Convenção de Viena sobre Direito dos tratados de 1969, bem como a Convenção complementar de 1986, abrangendo Estados e organizações internacionais. A expressão da convicção da juridicidade internacional em relação a estas matérias está cristalizada nestes dois textos convencionais, e como tal pode ser invocada, mesmo em relação a Estado que todavia não as tenha ratificado.

Pela extensão da aceitação destas duas Convenções pode-se afirmar que contém a expressão da convicção da juridicidade de seu conteúdo. Ou seja, as matérias lá tratadas refletiriam a convicção internacional da juridicidade, o que se pode especificamente considerar como a expressão da *opinio iuris sive necessitatis*.<sup>45</sup>

<sup>44</sup> Encaminada ao Congresso nacional em 20 de abril de 1992, foi aprovada em 1995, pelas Comissões de Relações Exteriores e Defesa Nacional, todavia prossegue “em tramitação” – a expressão técnica para designar que se encontra parada em algum lugar, antes de se completar o procedimento de ratificação pelo Brasil. Aberta à assinatura em Viena, em 23 de maio de 1969, encontra-se internacionalmente vigente desde 1980.

<sup>45</sup> HUESA VINAIXA, Rosario. *El nuevo alcance de la opinio iuris en el derecho internacional contemporáneo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1991. p. 168: En cuanto a la *opinio iuris*, es evidente que, en tanto que elemento constitutivo de las normas jurídicas de carácter consuetudinario, se refiere en todo caso, a una determinada práctica (uso) a la que otorga la cualificación de jurídica. Pero dicha ‘convicción jurídica’ há encontrado en la actualidad nuevas vías de manifestación que trascienden el propio ‘precedente’, es decir, la sucesión de actos homogéneos a los que, hasta ahora venia vinculada. Por supuesto sigue siendo imprescindible observar detenidamente el comportamiento de los Estados para extraer de sus características y circunstancias la existencia de una convicción jurídica en aquellos. Pero no cabe duda de que la inserción en convenios multilaterales o resoluciones (actos en los que se manifiesta el consenso de los Estados) de determinadas normas que responden a una costumbre vigente o en vías de consolidación constituye – a condición de que se reúnan determinados requisitos de formulación, procedimiento de adopción, etc. – una manifestación ineludible de la *opinio iuris* de los Estados. F. prossegue (p. 169): “En otras palabras, dichos Convenios o Resoluciones no contienen la *opinio iuris* necesaria para la existencia de una costumbre jurídica internacional sencillamente porque la *opinio iuris*, que es consciencia de juridicidad, no puede preceder a la formación la propia costumbre mediante la

A caracterização da juridicidade de determinada prática exige elementos de temporalidade e materialidade, reiteração de determinado uso, ao qual se agregue a apreciação positiva do conteúdo, de tal modo que se lhe outorgue a qualificação de jurídica. A evolução recente da *opinio iuris* lhe confere novo alcance.

Não se resume a *opinio iuris* ao simples precedente ou registro de repetição, em sucessão de atos homogêneos, como em outras eras se afirmava imprescindível para que o costume viesse a ficar caracterizado, e como tal, internacionalmente, pudesse ser invocado. O exame cuidadoso da prática dos Estados permanece elemento inelutável, para poder extrair a convicção da juridicidade, e assim permitir a caracterização do fenômeno, mas não-único, para tal finalidade, da *opinio iuris*.

A inovação recente tem sido no sentido de inserir em convenções ou resoluções internacionais de determinadas normas ou enunciados, que constituem costumes vigentes ou em vias de se consolidarem, onde, com a condição de se reunirem determinados requisitos de formulação e procedimentos de adoção, poder-se-á chegar a manifestação iniludível da vontade dos Estados

A *opinio iuris* congrega elemento de vontade aos elementos material e temporal, para que se possa chegar a falar de convicção jurídica, que venha a dar lugar a nova norma jurídica consuetudinária. Dada a natureza e o funcionamento da ordem internacional, seu caráter fragmentário e disperso, a construção do sistema regulador tem de se adaptar ao contexto no qual surge e ao qual se destinará atuar como regulador. Ao se querer introduzir novos valores, é indispensável que se lhes dê preciso corte epistemológico, e delimitação simultaneamente histórica e crítica.

A definição do âmbito de atuação de qualquer disciplina é crucial para a determinação de seu conteúdo, sua abrangência e sua forma de atuação. Cabe paralelo entre a reflexão de Giulio Carlo Argan (1986),<sup>46</sup> partindo do campo ao qual estava destinada, para a aplicar ao Direito Internacional, em relação à necessidade equivalente de preciso corte epistemológico.

---

práctica. En estos casos, es sin embargo indudable que aquellas disposiciones, declaraciones o recomendaciones, por el elemento legitimador que encierran, pueden contribuir no sólo a generar un determinado comportamiento estatal, sino también a configurar la convicción jurídica que, superpuesta a aquél, dará lugar a una nueva norma jurídica consuetudinaria.”

<sup>46</sup> De Giulio Carlo ARGAN, do volume já referido, *Imagem e persuasão : ensaios sobre o barroco* (org. Bruno CONTARDI, trad. do original *Imagime e persuasione : saggi sul barocco* © 1986 por Maurício Santana DIAS, São Paulo : Cia das Letras, 2004, o ensaio “Theatrum novum Pedemontii”, p. 501/507, cit. p. 507): “quando se quer introduzir novos valores artísticos na cultura europeia, é necessário que estes não se apresentem anônimos e imprecisos, mas bem delimitados por uma definição histórica e crítica: do mesmo modo, quando se supõe a descoberta ‘de um novo mundo para a história da arte’ é preciso fazer com que essa descoberta não seja um achado geográfico ou arqueológico, mas uma descoberta ideal”

A internacionalização crescente dos problemas e conseqüentemente do âmbito de atuação do Direito Internacional pode servir e ser útil para mostrar a necessidade deste, mas não necessariamente torna mais clara a determinação do conteúdo, nem tampouco quanto aos meios para a implementação das normas, cuja necessidade se percebe mas cuja efetivação normativa exige consideráveis passos adicionais.

Giulio Argan está abordando a questão do barroco e modernidade e estudando a arquitetura de Turim, nos séculos XVII e XVIII. Em paralelo com o que pondera Argan, pode-se transpor exatamente ao Direito Internacional a advertência e aplicar a lição: valores não podem se apresentar anônimos e imprecisos, mas têm de ser delimitados por uma definição histórica e crítica, de modo a ter a dimensão conhecida do objeto de estudo e da atuação deste em relação ao mundo.

É importante ter presente que, em matéria de Direito Internacional, a história não é nem haverá de ser mera digressão erudita, ou ilustrativa, mas tem a necessidade de permitir situar o contexto no qual surgem e se desenvolvem as normas. Como construção humana, não surge pronta, nem se revela *ex abrupto*, mas se constrói e se faz aceita como expressão da juridicidade e da consciência dos homens, refletida na prática dos Estados. Isso nem sempre – antes quase nunca – se pode fazer de modo linear e direto, mas se terá de ir destacando do pano de fundo do contexto no qual surge e se vai desenvolver, até que se lhe confira ou antes se reconheça a delimitação temática e operacional, que configure disciplina autônoma. É um processo, sucessão de atos encadeados, apontando determinado rumo.

Não caberá retomar aqui a discussão filosófica a respeito dos universais e dos particulares.<sup>47</sup> Cabe ter presente o eixo conceitual, para aplicar ao contexto do Direito Internacional, de nosso tempo e na formação de parâmetros normativos e operacionais deste, para o futuro.

Para podermos ter regras internacionalmente válidas e aceitas como tais é preciso, antes, ter a caracterização de princípios que possam ser compartilhados, e valores para informar, para estar subjacentes a essas regras, de tal modo que estas, como tais, possam ser aceitas. O reconhecimento de princípios. A existência dos valores comuns pode sequer estar expressa, mas estará subjacente ao conjunto. A adoção e aplicação de regras.

Pode parecer utópico o desejo formulado por Antonio Truyol, no trecho referido em epígrafe, destacado do contexto, no qual o formulou. Mas examinando a

---

<sup>47</sup> FERRY, Luc. *Qu'est-ce qu'une vie réussie?* Paris: Grasset & Fasquelle, 2002. p. 47: déconstruire une interrogation n'est qu'une autre façon de la prendre en compte.

frase onde está inserida, vê-se a dimensão necessária desta, em relação ao mundo atual. Fala Truyol Y Serra a respeito da formulação das primeiras noções de Direito Internacional na antigüidade.<sup>48</sup>

Um paralelo pode ser ilustrativo: ao término da Segunda Guerra Mundial, a luta contra o nazifascismo concentrava a atenção em âmbito internacional, e permitira a existência de coesão suficiente para que lutassem juntos todos os “aliados” contra o eixo Berlim-Roma-Tóquio. Terminada a guerra, contudo não veio a paz.

Fez-se, antes, a instauração da ausência da guerra, sem que à paz se desse conteúdo próprio. Aqui se exprime a constatação de Kant, em seu ensaio sobre a paz perpétua (1795), quanto a não ser a paz somente a ausência de guerra, mas exigir conteúdo próprio, que a torne efetiva.<sup>49</sup>

Se logo depois do término do conflito armado a anterior coesão entre os antigos “aliados” se desfez e pouco adiante se instaura quadro diverso, e este vem pautar, com muito pouca variação, as relações internacionais durante as quatro décadas de 1949-1989, a adoção da denominação “guerra fria” em si é sobremodo clara, com relação a tal falta de conteúdo próprio específico dessa “paz” construída ao término do conflito armado.

O paralelo pode ser instrutivo no sentido de que a história recente não exclui a percepção de quais eram os valores compartilhados, ditando as regras comuns, durante o tempo do conflito armado, de 1939-1945. Se após o término deste não se construiu outra agenda comum, e não pode ser compartilhado conjunto de valores, para a instauração de nova ordem internacional, isso somente vem mostrar a necessidade de valores comuns para permitir que sejam instauradas regras comuns e que se possa ter o funcionamento destas, sua observância e aplicação, respaldados pela camada subjacente de valores que lhes dêem sustentação.

---

<sup>48</sup> A. TRUYOL. op. cit., “le droit international dans les grandes civilisations de l’antiquité orientale”, p. 5-10) depois de referir brevemente o Egito e o oriente médio, o mundo chinês e o subcontinente indiano, no item “valores espirituais” destaca o papel: “C’est aux religions et aux sagesse, voire aux philosophies (dans la mesure où ce terme est applicable ici) universalistes, qu’il revient de s’être élevées à l’idée d’une société humaine incluant tous les hommes et vouée à une paix juste”. Poder-se-ia contraargumentar com o papel desagregador das religiões em relação a concepções universalistas e todos os desmandos feitos ontem e hoje, supostamente em nome de Deus, e esse ponto merece cuidadoso exame, mas neste passo cabe ter presente a questão, no modo mais abrangente de ser considerada: a aspiração a uma sociedade humana, incluindo todos os homens e voltada a uma paz justa. O ideal resume a necessidade. Esta permanece inalterada!

<sup>49</sup> Evitando retomar mais extensamente a anotação a respeito da construção kantiana da paz perpétua, remetemos ao estudo P. B. CASELLA (2000). *Tb. Soraya ABDEL-NUR a respeito da paz perpétua em KANT.*



Para esclarecer a formação das sociedades políticas organizadas<sup>50</sup> podemos invocar teorias para a permitir caracterizar a instauração a partir de pacto ou contrato social, por meio do qual passariam os homens de 'estado de natureza', para 'estado de sociedade' com patamar de sociedade politicamente organizada. O paralelo, contudo, não cabe em relação à instauração da ordem internacional, na medida em que não há paralelo no sentido de instauração de poder soberano, ao qual os Estados individualmente considerados, teriam, de comum acordo, aceitado transferir o uso legítimo da força, mediante a contrapartida da tutela legítima da autoridade, visando manter a ordem entre os Estados.

A configuração do 'estado de sociedade' como patamar de sociedade politicamente organizada é dado vivido no âmbito de cada Estado em busca de criação de instituições, quadro normativo e administrativo que permita exercitar a condição de Estado, no âmbito interno e externo. Se e quanto se pode acolher tal formulação teórica como explicação válida para a constituição da sociedade politicamente organizada, o Estado já é antes questão conceitual do que passível de aferição prática. Não é problema para ser enfrentado aqui.

A questão a ser tratada aqui é a seguinte: se e em que medida haveria a possibilidade de traçar paralelo entre a formação de sociedade politicamente organizada, o Estado e a formação da sociedade internacional, entre os diferentes Estados. A resposta seria não, na medida em que não há instauração de poder superior ao Estado, ao qual estes se submetam, em troca da gestão internacional da ordem e da lei.

Não há nem pode haver, pois se tal ocorresse, deixaria de se tratar de Direito Internacional. A questão passaria a ser de Direito Administrativo. A linha divisória básica é o fato de que no Direito Administrativo estudam-se as relações de subordinação (entre Estado e cidadão, entre fisco e contribuinte, entre instâncias de gestão pública e os particulares), enquanto o Direito Internacional essencialmente regula relações de convivência entre iguais.

A regulação das relações de convivência entre iguais é o drama e a especificidade do Direito Internacional. As teorias que visam determinar fundamento do Direito Internacional e o seu funcionamento estão ligadas a tal dado. A caracterização

<sup>50</sup> STRAUS, Erwin S. *How to start your own country: how you can profit from the coming decline of the nation state*. 1. publ. 2. ed. Port Townsend, WA: Loompanics Unlimited, 1979; 1984, cap. "present opportunities", cit. p. 5: The problem that is most fundamental to a new country is simple survival. The greatest threat to a new country (assuming that its organizers are able to get it off the ground in the first place) is already-existing countries. How can a new country avoid being snuffed out by the established countries as soon as it comes into existence, or shortly thereafter? Grappling with this problem falls into the sphere of human activity known as diplomacy. But diplomacy is a complex business. It is very hard to understand what is going on in the diplomatic world at any time, especially for someone who is not a trained and experienced diplomat. Stripping away the inessential details, what's it really all about?

de regras internacionalmente válidas e aceitas como tais é precedida pela caracterização da sociedade internacional: o que é a sociedade internacional, como esta se estrutura, quais são os sujeitos e somente a seguir, quais as regras que norteiam a convivência entre tais sujeitos de Direito Internacional.

Cumpra constatar quanto lutaram os Estados, em nome da soberania, da independência, da não-ingerência nos assuntos internos, para não falar das mais cruentas e tantas vezes efêmeras empreitadas, em nome de conquista e manutenção de território e recursos os mais variados, de cursos d'água a jazidas minerais e petróleo, ao longo da história, tudo isso em nome de pretensões hegemônicas, mais ou menos superadas, em mais ou menos longos intervalos de tempo. Boa parte da história é a história dos Estados e esta não-prima pela beleza, nem pelo equilíbrio. Mas, à humanidade como um todo, cabia pagar pelos desmandos dos Estados.

Curiosamente, o mundo atual nos mostra quadro diverso, na medida em que vem mudando de forma rápida a configuração do contexto internacional, onde todavia sem se poder saber qual o modelo vem sendo configurado, para o futuro, se pode ver estarmos passando para contexto internacional menos estruturalmente marcado pela estatalidade das relações internacionais. Tanto lutaram os Estados, uns com os outros, para se verem desalojados de seu papel de primazia, não uns Estados por outros, mas por forças não estatais, que vem atuando de modo cada vez mais marcante, no contexto internacional.

Na busca dos fundamentos do Direito Internacional se há de fazer a determinação dos sujeitos cuja atuação essas normas deverão regular. É evidente a necessidade de regular a vida internacional e os parâmetros considerados válidos e aceitáveis para a interação entre os sujeitos de Direito Internacional.

A determinação dos sujeitos de Direito Internacional é básica para se estudar e determinar o que se vai estudar e como se vai tentar regular por meio de normas a ação desses atores. Os sujeitos de Direito Internacional. são: os Estados, as organizações internacionais, mas não se pode esquecer o ser humano – muito embora as normas existentes todavia permitam o exercício dessa condição somente em escala muito restrita, como se pode ver na prática.

Caberia inserir algumas adjetivações: os sujeitos de Direito Internacional. são, por excelência, os Estados, mas também em grau crescente, as organizações internacionais. Inegavelmente o ser humano, mas ainda estão para ser construídas as condições para o exercício desse sujeito. O ser humano ainda está tutelado pelo Estado na ordem internacional e somente exprime a sua condição de sujeito na medida em que o Estado regule e faculte o exercício dessa condição.

As organizações internacionais, como emanações dos Estados, em boa medida constituem prolongamento destes, mas dotadas de vontade distinta daquela dos seus integrantes e (nem sempre) dotadas de meios para a consecução dos fins a que se destinam. Sua criação e funcionamento serão determinados por tratados entre Estados, o que as reconduz ao ponto de partida, emanam as OI dos Estados e semelhantes a estes serão em sua atuação. Não são substancialmente distintas destes.

Faço reservas e as deixo consignadas, com relação ao estatuto de sujeitos de Direito Internacional em relação às organizações não-governamentais, às corporações multinacionais. Não se pode negar que tenham umas e outras atuação internacional, e quanto muitas vezes seja esta relevante e de considerável impacto, mas nem por isso necessariamente se lhes há de reconhecer a condição de sujeitos. Agem sim, tem repercussão, com certeza. Mas não será aqui o tempo nem o lugar de as estudar em relação aos fundamentos do Direito Internacional. Não será de Direito Internacional o estudo da atuação destas duas categorias: as ONGs por definição não serão regidas por Direito Internacional (tratado entre Estados) mas decorrerão da criação de entidade jurídica, segundo as leis de determinado Estado. Portanto, conceitualmente as ONGs como as corporações multinacionais serão pessoas jurídicas de determinado Direito interno, que podem projetar e projetam a sua atuação além dos limites daquele ordenamento jurídico nacional, segundo as regras do qual foram estipuladas.

A condição do ser humano como sujeito de Direito Internacional. Não se pode, contudo, nem se deve, razoavelmente, negar a condição de sujeito de Direito Internacional em relação ao ser humano. Mas como se fará exercer essa condição? Ai inverte-se a questão: não se lhe nega a condição de sujeito do Direito Internacional, mas coloca-se a questão da modalidade de exercício dessa condição. Salvo exceções específicas, que somente confirmam a regra, a condição de sujeito do ser humano, na ordem internacional, somente se exerce em casos onde ocorra tutela específica, resultante de tratado, por meio do qual se criou acesso do ser humano, por exemplo a tribunal internacional, notadamente em relação à tutela dos direitos fundamentais da pessoa humana. Exceções que somente confirmam a regra porquanto somente pode o ser humano atuar como sujeito na ordem internacional na medida em que os Estados previamente tenham consentido, e criado o canal específico para a veiculação dessa condição pelo ser. Assim, reconheça-se a condição de sujeito de Direito Internacional do ser humano, mas esta somente se exprime tutelada pelos Estados, criando espaço para a ação (“*play*” – “*ground*” área de ação, quase literalmente, parque de diversões, reflexo da extensão restrita na qual os Estados deixam o ser humano atuar como sujeito de Direito Internacional – o que também se pode espelhar na expressão equivalente em

alemão: “*Spicel*” jogo e “*Raum*” espaço!). do ser inclusive em relação ao e contra o Estado do qual é nacional.

Em relação às categorias das ONGs e corporações multinacionais pode não se lhes reconhecer a condição de sujeitos de Direito Internacional, mas impõe-se ver quanto atuam; em relação ao ser humano, pode-se e, mesmo, diria, deve-se reconhecer a condição de sujeito do Direito Internacional e o sujeito primordial do Direito, mas, diversamente das anteriores, a atuação deste fica limitada pelo quanto deixam os Estados que se manifeste e atue o ser humano, na escala restrita do permitido pelos Estados.

Somente a tentativa de delimitação dos sujeitos do Direito Internacional já oferece a percepção da dificuldade da operação desta disciplina. Georges Scelle apontava a questão do “desdobramento funcional” na sociedade internacional, porquanto esta não é hierarquizada, na medida em que os Estados são simultaneamente os autores e destinatários das normas internacionais, e “emprestam os seus órgãos” para que o Direito Internacional se realize. Na medida, por exemplo, em que o Executivo de um Estado atua como órgão do Estado e órgão da sociedade internacional. Na sociedade internacional não existem Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, mas existem as funções correspondentes a estes. Justamente, aponta Celso D.A. Mello, fazendo paralelo entre o Direito Internacional e a moderna antropologia: as funções são mais importantes que as estruturas.<sup>51</sup>

O sujeito primordial, o ser humano, tem a sua condição de sujeito do Direito Internacional coarctada, pelas limitações que os Estados impõem, na prática, a essa atuação, reconhecendo campo de ação limitado. Os sujeitos, ditos “por excelência” os Estados dominam o Direito Internacional, pela sua ação direta e pela atuação das organizações internacionais intergovernamentais (OI), o que tornaria os Estados, na prática, se não os únicos, os sujeitos preponderantes do Direito Internacional. As mudanças recentes do contexto internacional têm sido muitas vezes em detrimento do controle pelos Estados da ordem internacional, mas tais mudanças recentes não tem contribuído para aumentar a racionalidade do sistema, antes conturbando ainda mais o contexto.

As organizações não-governamentais (ONGs)<sup>52</sup> e as corporações multinacionais, sem ter essa condição de sujeitos de Direito, atuam, e muitas vezes de modo impactante, sobre a ordem internacional. Mas tal impacto se faz muitas vezes mais

<sup>51</sup> MELLO, Celso D. A. *Curso*. 15. ed. 2004, nota 12, p. 69-70, citando Georges SCELLE, RADCLIFFE-BROWN, MALINÓWSKI e GONIDEC.

<sup>52</sup> Organizações não-governamentais são criadas por iniciativas de pessoas privadas de diferentes nacionalidades, destinada a atividade internacional não-lucrativa, com personalidade jurídica de Direito interno, mas não de Direito Internacional (cf. MELLO, Celso D. A. *Curso*. 15. ed., 2004, nota 7-A, p. 69, tb. referindo CARREAU, FLORY e JULLIARD).

em função dos objetivos específicos de umas e outras, mais que em defesa da identidade e atuação do ser humano como sujeito de Direito Internacional.

A reflexão de Amadou Hampaté Bâ<sup>53</sup> visa justamente mostrar esse paradoxo de uma revolução silenciosa, sucedendo-se a conquista guerreira, e pacificamente absorvendo o que a primeira fizera pela força das armas e da violência. Percebem-se sinais e sintomas do ocaso dos Estados como protagonistas por excelência do Direito Internacional. Mas os demais, sobretudo o ser humano, ainda tem sua ação e sua voz coarctadas no âmbito internacional, em boa se não exclusiva medidas dependente do “patrocínio” pelos Estados das causas humanas, para que estas alcancem plano internacional. Sim, isso existiu, mas os papéis parecem estar se invertendo, na medida em que os humanos estão se contrapondo aos Estados e às escolhas e visões estatais e estatizantes destes, para buscar dimensão literalmente mais humana.

Será que estamos vendo a evolução do contexto internacional no sentido de se encontrar forma de estabelecer mecanismos de controle e policiamento dos Estados, não uns por uns outros, o que sempre levou a tentativas de instauração hegemônica e de dominação, mas de construção de sistemas não-estatais de controle estatal, atuando, simultaneamente em âmbitos internos e internacional? Será o ponto de equilíbrio de sistema internacional, todavia incipiente e em construção, não nas superestruturas estatizantes, mas na construção de patamar de atuação e veiculação de pleitos dos seres humanos? O fim maior e último de toda construção humana se estaria tornando presente em âmbito internacional? Será que estamos caminhando para novo paradigma de atuação do homem no plano internacional?

A grande questão inevitavelmente será como fazer, para o homem, a expressão da condição de sujeito de Direito Internacional. As estruturas atualmente vigentes e operantes não se encontram aptas para tanto. Será, todavia, preciso, construir canais e caminhos para que o ser humano possa expressar sua voz e vontade no campo internacional.<sup>54</sup>

<sup>53</sup> HAMPATÉ BÂ, Amadou. *Vie et enseignement de Tierno Bokar: le sage de Bandiagara*. Paris: Scuil, © 1980, impr. 2004, p. 16: Avec ses développements souvent inattendus, l'Histoire semble vouloir nous apprendre qu'à une conquête guerrière succède généralement une autre, toute pacifique, au cours de laquelle l'occupant est à son tour absorbé par sa conquête. Et c'est sans doute bien ainsi. Dans les cas où ce phénomène ne se produit pas, le conquérant se trouve rapidement isolé, écarté du système, enkysté, réduit en sa tour d'ivoire, d'où il ne voit plus rien et ne conduit plus rien.

<sup>54</sup> HOOKER, Richard. *On the laws of Ecclesiastical Politie* (1593) cit Norman R. C. COHN, *Cosmos, chaos and the world to come: the ancient roots of apocalyptic faith* (New Haven / Londres, Yale Univ. Press, 1993; epígrafe ao volume): Is there any thing which can be thoroughly understood, or soundly judged of, till the very first cause and principles from which originally it springeth be made manifest?

O Direito como técnica social para a consecução dos fins determinados pela política, na definição do tardio Kelsen,<sup>55</sup> somente poderá ter parâmetros conceituais para a determinação de seu conteúdo na medida em que se construa a partir da combinação de liberdade e consciência, sob pena de envergar sob o peso de outros interesses e dados.

O grau mais elevado da arte, como o grau mais elevado em todas as demais manifestações da vida: a liberdade do espírito, consciente de si mesmo.

A existência do Brasil como País independente levou à formação de Estado na ordem interna e a formulação dos princípios e regras que deveriam reger o funcionamento deste, mas igualmente tem outra dimensão, nas manifestações deste, na ordem internacional, ensejando a formulação de política externa<sup>56</sup> Ai caberia falar antes em tradição, olhando para o passado, e prática, considerando os usos correntes, mais que em princípios. Mas justamente dado o caráter empírico dessa tradição e a pouca clareza que pode existir em relação a quais sejam as regras que orientam a prática corrente algumas linhas-mestras podem ser apontadas e lições podem ser tiradas destas, não-somente como reflexão sobre o passado, mas como referências presentes e parâmetros para orientar ação futura.

A sucessão de práticas do passado constituiriam o legado do que opera nas referências presentes e deve orientar a formulação de condutas e ação futura Assim podem ser destacados elementos: a tradição, as referências presentes e parâmetros para orientar a ação futura. Mais vale evitar falar a respeito de três tempos, pois este em si traz dificuldade quase insuperável em sua definição, tornando versada e controvertida questão filosófica. que não caberia pretender retomar aqui, de Santo Agostinho, há mil e quinhentos anos, até os ensaios a respeito de André Comte-Sponville, nascido em 1952. Fale-se em elementos: evite-se falar a respeito do tempo. Tenhamos presente somente que este inevitável e inexoravelmente afeta não somente os seres vivos como os Estados e o funcionamento de uns e outros.

A construção do Direito não resolve todos os problemas de determinação do que seja “certo” e “errado”: somente faz a determinação do que seja “legal” e “ilegal” Ai se tem algo para conservar e ter presente. O que é moralmente aceitável. ou legítimo. tem requisitos adicionais a atender. A linha divisória agrega elementos qualitativos. não abrangidos pela simples satisfação do requisito da legalidade.

Aquí se pode resolver também a questão dos limites dos poderes do soberano: os limites externos do poder deste são determinados pela moral. Legalmente

<sup>55</sup> Hans KELSEN “On interpretation” *The Law of the United Nations*

<sup>56</sup> “Com prédio tão bonito como este, só falta ter uma política externa” — é o comentário atribuído a Henry KISSINGER, depois de visitar o Palácio do Itamaraty em Brasília, como secretário de Estado americano.

pode o soberano (seja o príncipe, seja o Estado, seja o povo) mudar os limites e a formulação, mesmo da Constituição, mas isso em nada altera os limites do que seja legítimo. Esses limites podem ser mais dificilmente aferíveis e determináveis, mas nem por isso menos necessários.

A questão da determinação do bom e do justo, como já questionava Tomás de Aquino,<sup>57</sup> não pode ser somente subjetiva. A questão se coloca em relação à determinação de parâmetros – como conferir-lhes e como assegurar-lhes a objetividade? Pode, fazendo paralelo, haver muita subjetividade na apreciação estética, pode haver muita relatividade histórica, geográfica e cultural, na determinação da beleza, mas nem por isso o belo será menos necessário. Nisso, oscilam os gostos e as percepções ao longo do tempo.<sup>58</sup>

A determinação do bom e justo não pode ser somente decorrente de manifestação do sujeito que formula o enunciado. Tem de haver algo mais, para poder ser determinado. Isso pode parecer óbvio, mas nem por isso se torna menos complexo, para ser determinado.

Qual pode ser a relação dessas duas grandes questões da História, da Arte e da Filosofia, em relação ao Direito Internacional? Ora, a comparação é muito simples, porquanto foram, são e ainda serão, em boa medida, os Estados, cada um deles -- muito embora uns mais e outros menos --, que dirão o que é, o que definem e defendem e aplicam como bom e justo. Nas respectivas ordens internas, mediante leis e mecanismos de controle de interpretação e aplicação dessas normas vigentes nas respectivas ordens. Os Estados igualmente atuarão na ordem internacional, como também definirão o bom e o justo, na interação entre Estados, na ordem internacional. A relatividade dos parâmetros e a 'subjetividade' da formulação e aplicação destes logicamente fica muito clara. Ao mesmo tempo em que possam haver parâmetros e critérios de objetividade e mecanismos de controle, sempre haverá considerável esfera de discricionariedade na formulação, na interpretação e na aplicação das normas na ordem internacional – como, ademais, nas ordens internas, também.

Não são nem haverão de ser as ordens internas intrinsecamente mais 'objetivas' na formação e aplicação das regras do que a 'ordem' internacional. Isso pode

<sup>57</sup> TOMÁS DE AQUINO, *Comentários aos nomes divinos* (IV.6, cit. Umberto ECO (org.), *História da beleza*, textos de U. ECO e Girolamo DE MICHELE, trad. Eliana AGUIAR, do original © 2002. *Historia della bellezza*. Rio/São Paulo : Record, 2004, cit. p. 89) : Assim como muitas pedras são convenientes umas às outras, e delas nasce a casa, e igualmente todas as partes do universo convergem para explicar sua existência, pela mesma razão se diz que para a beleza é preciso não somente que cada coisa permaneça igual a si mesma, mas também que, todas juntas, elas estabeleçam recíproca comunhão, cada uma segundo as próprias propriedades.

<sup>58</sup> Como magistralmente ilustra a coletânea organizada por ECO, Umberto. *História da beleza* (original. 2002; trad. bras.. 2004).

servir como resposta e deve servir como advertência para os teóricos e pensadores de outras épocas, que vislumbraram na formação de governo universal a pedra da abóbada, para a formação de sistema internacional mais justo e mais 'objetivo' em sua ação, na formação de regras e na aplicação destas. É duvidoso primeiro que isso pudesse ser alcançado e se alcançado, que pudesse ser mantido, e se mantido, que pudesse conduzir a mais ampla e mais adequada operação do bom e do justo.

Isso viria contrariar o esforço de formação de regras internacionais? De forma alguma: somente serve para mostrar que o Direito Internacional não pode ser pensado nem se tentar aplicar como transposição, para o âmbito externo, de conceitos que podem ser válidos enquanto aplicados à ordem interna, mas não seriam passíveis de transposição para a ordem internacional.

Não se trata de esforço de contradição, mas de constatação da diversidade intrínseca entre a ordem (estatal) interna e a ordem internacional (integrada pelos Estados e outros agentes acessórios). Curiosamente são os Estados em ambas as esferas de atuação, mas agindo de modo distinto em cada uma destas. O que coloca os mecanismos e os limites em cada uma dessas distintas esferas de ação.

Tomás de Aquino, cuja extensão e complexidade do pensamento não serão aqui o objeto de exame,<sup>59</sup> foi lembrado pela adequação do paralelo entre as pedras, ou Estados, cada um existe em si, e ao mesmo tempo, na medida e na forma em que sejam reunidos, podem compor conjunto que seja distinto do que é cada um, enquanto unidade considerado: muitas pedras são convenientes umas às outras, e delas nasce a casa. Igualmente as partes, ou Estados, no mundo, podem convergir, se não para explicar, ao menos para permitir conservar sua existência, para evitar a recíproca destruição e aniquilamento, que levaria ao aniquilamento do conjunto. Onde os Estados, embora tenham como mandamento e função primordial, conservar a si mesmos e trabalhar pela sua conservação e ampliação de suas prerrogativas, podem e aceitam limites para suas respectivas atuações, na ordem internacional, em decorrência do imperativo de conservar a operacionalidade do conjunto internacional. Até que medida caberá a contraposição entre o interesse do Estado, e a capacidade deste em aceitar limites e compromissos na

---

<sup>59</sup> Dentre extensa bibliografia, remeteria especificamente a R. A. ARMSTRONG, *Primary and secondary precepts in thomistic natural law teaching* (Haia : Martinus Nijhoff, 1966); E. GILSON, *Le thomisme: introduction à la philosophie de Saint Thomas d'Aquin*. (Paris : J. Vrin, 6e. éd. révue, 3e. tirage, 1979), e deste com Philoteus BOEHNER, *História da filosofia cristã: desde as origens até Nicolau de Cusa* (trad. e nota intr. de Raimundo VIER, Petrópolis : Vozes, 4.ª ed., 1988); R. P. RAPHAËL SINEUX, O.P., *Initiation à la théologie de Saint Thomas d'Aquin*. Paris : Téqui, 1952, reimpr., 1975 e St. THOMAS AQUINAS *On Politics and Ethics* translated and edited by Paul E. SIGMUND (New York/London: W.W. Norton, © 1988), bem como, do mesmo Paul SIGMUND, *Natural law in political thought* (ed. orig. Cambridge, Mass.: Winthrop, 1971; reprinted, Washington : Univ. Press of America, 1981).



ordem internacional. Mesmo que isso se faça visando a manutenção de sua esfera de atuação, na ordem quer interna, como internacional.

Assim se poderia chegar à visão da ordem internacional, como a composição dos interesses dos Estados, visando reciprocamente assegurar-se a conservação de cada um desses mesmos Estados e a reserva de suas respectivas esferas internas de atuação e de parâmetros e limites na interação entre os Estados, na ordem internacional: pela mesma razão, para a beleza é preciso não somente cada coisa permaneça igual a si mesma, mas também, juntas, estabeleçam recíproca comunhão, cada uma segundo as próprias propriedades.

Observant l'inondation du monde par la nationalité marchande (...) nos sociétés industrielles (...) sont des sociétés économiques. L'économie est la forme essentielle du monde moderne, et les problèmes économiques sont nos préoccupations principales. Pourtant, le sens de la vie est ailleurs. Tous le savent. Tous l'oublient. Pourquoi ?

J.-P. Dupuy, **Le sacrifice et l'envie : le libéralisme aux prises avec la justice sociale** (1990)<sup>60</sup>

“les attentats du 11 septembre, l'intervention em Irak sur un pretexte inventé comme autrefois, sans parler des conflits à l'allure coloniale, montrent que l'histoire est toujours là, et sous ses aspects parfois les plus archaïques. Apparemment nos sociétés ne sont pas si économiques que ça ! Et on peut même regretter qu'elles ne le soient pas davantage! (...) C'es événements qui troublent le cours d'une mondialisation économique heureuse ou perçue comme telle, favorisent le retour de l'état, que l'on croyait éliminé”.

Gérard Farjat, **Pour um droit économique** (2004)<sup>61</sup>

São Paulo, dezembro de 2006.

## Referências

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e. *Manual de Direito Internacional*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ARISTÓTELES. *Arte retórica e Arte poética*. Tradução Antonio Pinto de Carvalho. São Paulo: Difel, 1959.

<sup>60</sup> DUPUY, J.-P. *Le sacrifice et l'envie : le libéralisme aux prises avec la justice sociale*. Paris: Calmann-Lévy, “avant propos”, 1990, retomando formulação de 1979, deste e de P. DU MOUCHEL.

<sup>61</sup> FARJAT, Gérard. *Pour um droit économique*. Paris: PUF, 2004.

- ATTAR, Frank. *Droit international: entre ordre et chaos*. Paris: Hachette, 1994.
- BEDJAOUI, Mohammed. *Droit international: bilan et perspectives*. Paris: UNESCO / Pédone, 1991. 2 v.
- BROWNLIE, Ian. *Principles of Public International Law*. 4. ed. Oxford: Clarendon Press, 1990.
- CARREAU, Dominique. *Droit international*. 4. ed. Paris: Pédone, 1994.
- DIEZ DE VELASCO VALLEJO, Manuel. *Instituciones de derecho internacional público*. 10. ed. Madri: Tecnos, 1994.
- GROTIUS, Hugo. O direito da guerra e da paz. Tradução do original *De jure belli ac pacis*, Ciro MIORANZA. Ijuí: Ed. Unijuí, 2004. 2 v.
- HAMPATÉ BÂ, Amadou. *Vie et enseignement de Tierno Bokar: le sage de Bandiagara*. Paris: Seuil, 2004.
- MANCINI, Pasquale Stanislao. *Direito Internacional*. Tradução do original *Diritto internazionale: prelezioni*, Ciro Mioranza. Ijuí: Ed. Unijuí, 2003.
- MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional público*. 15. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. 2 v.
- NGUYEN QUOC DINH, Patrick. *Droit international*. 5. ed. Paris: L.G.D.J., 1994.