

Os Fundamentos do Direito Internacional Contemporâneo: da Coexistência aos Valores Compartilhados

LILIANA LYRA JUBILUT¹

“Never before in history have the regulatory needs of the international community been as acute as today”²

Resumo

As transformações sofridas pelo Direito Internacional desde o final da Segunda Guerra Mundial trazem questionamentos acerca do Direito Internacional, de seus paradigmas e fundamentos. As teorias tradicionais acerca dos fundamentos do Direito Internacional parecem não explicar adequadamente o Direito Internacional contemporâneo; fato relevante uma vez que este está cada vez mais introjetado de aspectos axiológicos e buscando legitimidade. O presente trabalho resgata a importância do tema dos fundamentos do Direito Internacional e sugere que, combinado-se aspectos das teorias existentes, os fundamentos do Direito Internacional contemporâneo poderiam ser descritos como sendo o consenso sobre a necessidade de segurança (jurídica) para a consecução dos objetivos e proteção dos valores compartilhados pela sociedade internacional. Tal definição contempla a realidade internacional existente, preocupando-se, simultaneamente, com a criação de um cenário internacional ideal. Combina, assim, aspectos descritivos e propositivos a fim de auxiliar na evolução do Direito e de uma efetiva sociedade Internacional. Para que essa definição possa, contudo, prosperar, faz-se necessário analisar se há, efetivamente, uma sociedade internacional com objetivos e valores próprios, que é o esse trabalho busca fazer.

Abstract

The transformations of International Law since World War II bring questions regarding International Law, its paradigms and foundation. The traditional theories on the foundation of International Law seem not to adequately explain modern International Law; an important fact given that International Law is more and more filled with axiologic aspects and with a quest for legitimacy. This paper recaptures the relevance of the theme of the foundation of International Law and suggests that, by combining aspects of the existing theories on the topic, the foundation of modern International Law could be described as the consensus about the necessity of security (legal) for the achievement of the international communities' common

1 Liliana Lyra Jubilut é Doutora e Mestre em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da USP; tem LL.M. em *International Legal Studies* pela *New York University School of Law*; e é Professora e Pesquisadora da Faculdade de Direito do Sul de Minas

2 TOMUSCHAT, C. Obligations arising for States without or against their will. *Recueil des Cours*. Académie de Droit International, 1993, IV, Tome 241, p. 212)

goals and the protection of its shared values. Such definition contemplates the existing international reality, both also takes into consideration the establishment of an ideal international scenario. It combines, thus, descriptive and propositive aspects in order to assist in the development of International Law and of an effective international society. In order for this theory to prosper, it is germane to analyze whether or not there is an international society with specific goals and values, and this is what this paper purports to do.

Sumário

Introdução. 1. Do Direito Internacional de Coexistência ao Direito Internacional de Cooperação e a Mudança dos Fundamentos. 2. Os Fundamentos do Direito Internacional Contemporâneo. 3. A Sociedade Internacional em Construção. 3.1. *Jus Cogens*. 3.2. Fragmentação x Constitucionalismo Internacional. Conclusão.

Introdução

As relações internacionais contemporâneas têm sofrido alterações significativas, tanto no que tange aos atores envolvidos nas mesmas, quanto em relação aos temas que as compõem. Tais alterações são tão profundas que trazem consigo questionamentos sobre os paradigmas do ramo do Direito que as pretende regular: o Direito Internacional.

Neste sentido, o Direito Internacional atual enfrenta simultaneamente dois blocos de problemas: de um lado o questionamento de seus paradigmas, e, de outro lado, como mencionado na epígrafe, a crescente necessidade de trazer respostas (por meio de regulamentação) aos anseios da sociedade internacional.

Tal situação reflete diretamente na essência do Direito Internacional, pois afeta seu “papel como sistema de ordenação das relações entre sujeitos de direito internacional (e demais agentes não-estatais), no plano internacional”³, e o caráter vinculante de suas normas.

Verifica-se, assim, a retomada da relevância do tema dos fundamentos do Direito Internacional, uma vez que este se encontra em transformação.

A análise do tema é complexa e no cenário internacional atual demanda um inter-relacionamento com o contexto no qual o Direito Internacional atua. Em função disso será a mesma aqui dividida em três partes: 1) apresentação da mudança no tratamento da questão dos fundamentos em função das alterações sofridas pelo Direito Internacional, 2) análise do tema dos fundamentos hoje em dia, com o aparecimento do Direito Internacional de cooperação e de valores compartilhados e, 3) apresentação do conteúdo dos fundamentos do Direito Internacional contemporâneo.

³ CASELLA, P. B. *Fundamentos do Direito Internacional Pós-Moderno*. Tese de Titulariedade apresentada à Faculdade de Direito da USP, 2006. p. 11

1. Do Direito Internacional de Coexistência ao Direito Internacional de Cooperação e a Mudança dos Fundamentos

Surgido em 1648 com os tratados de Münster e Osnabruck, que consagram a Paz de Westphalia, o Direito Internacional clássico se ocupava, sobretudo, de estabelecer normas de coexistência entre os Estados soberanos.

A Paz de Westphalia estabeleceu os princípios que caracterizam o Estado moderno, destacando-se as normas da soberania, da igualdade jurídica entre os Estados, da territorialidade e, por consequência, de não-intervenção.

Tais normas traziam, em sua maioria, obrigações de não fazer, de mútua abstenção, e se fundavam na vontade soberana dos Estados, os quais, exatamente por serem soberanos, eram tidos como irresponsáveis no cenário internacional.

Em função da existência da idéia de soberania absoluta passou-se a indagar o porquê do respeito às normas de Direito Internacional, ou seja, a se questionar acerca dos fundamentos do Direito Internacional.

Como à época se verificava uma unidade ética⁴, os doutrinadores buscavam um equilíbrio entre aspectos intrínsecos ao sistema (soberania dos Estados) e extrínsecos (justiça e valores comuns). É, assim, que Hugo Grotius irá falar em uma sociedade internacional baseada no Direito Internacional e fundada em regras de convivência baseadas no consenso.

Verifica-se, neste início do Direito Internacional, a busca de uma fundamentação que valoriza o contexto internacional (na figura do consenso) e, ao mesmo tempo, se preocupa com as questões éticas (ao se falar em uma sociedade internacional fundada nos ideais de justiça e em valores compartilhados).

Com a evolução do Direito Internacional e as mudanças no cenário internacional, principalmente após o advento do positivismo jurídico⁵, verifica-se uma minimização dos elementos extrínsecos da fundamentação e a busca de critérios de legitimidade interna ao próprio Direito^{6,7}

Até então, em face da unidade ética

[o] fundamento da legitimidade era buscado fora do sistema do Direito, dado que o que se verificava era a existência da unidade ética na vida humana, na qual todos os ramos (Direito, Religião, Economia) estavam ligados pelo mesmo fundamento e pela busca da concretização dos mesmos valores. [...]

4 Sobre o tema da história dialética da ética da humanidade vide COMPARATO, F. K. *Ética – Direito, Moral e Religião no Mundo Moderno*. 2ª ed. revista. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

5 *Ibid*, p. 350 e ss.

6 Sobre o tema da legitimidade e, sobretudo da legitimidade internacional, cf. JUBILUT, L. L. *A Legitimidade da Não-Intervenção em face das Resoluções do Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas*. Tese de Doutorado apresentada à Faculdade de Direito da USP, 2007

7 Na verdade, com o positivismo há a minimização do tema da legitimidade que passa a se confundir com o tema da legalidade, no sentido de que o que é legal é legítimo. Sobre o tema cf. JUBILUT, L. L. *Op. cit.*, p. 56 e ss.

*A busca do fundamento da legitimidade fora do sistema jurídico em si é relevante pois “em toda a vida das civilizações a moral mais elevada, a transcendência de valores é o que impulsiona a justiça”.*⁸

Contudo, com o positivismo jurídico tal fato se altera uma vez que

*[n]o positivismo jurídico, opera-se [...] uma redução ou simplificação da vida social, não já sob a forma de estruturas superpostas, mas de compartimentos estanques: o direito, como sistema normativa, existe independentemente da moral, da realidade econômica ou das formas de organização política*⁹.

Em face do que

*[c]ria-se, com isso, uma rígida separação entre direito e moral. Contrariando a tradição multissecular de todas as civilizações, os positivistas consideram que o direito existe sem ligação com a justiça, e os juristas não têm que julgar a ordem jurídica de acordo com os grandes valores éticos, porque não é uma tarefa científica e sim política*¹⁰.

Apesar da influência do positivismo, verifica-se que, no que tange a fundamentação do Direito Internacional a ideia da busca da mesma dentro do próprio sistema não se tornou pacífica; surgindo, assim, a principal dicotomia teórica relativa ao tema dos fundamentos do Direito Internacional: a que opõe voluntaristas e jusnaturalistas na defesa de um Direito Internacional resultante da vontade dos Estados ou como um conjunto de princípios naturais, respectivamente.

Apesar de as teorias voluntaristas e jusnaturalistas serem utilizadas como forma de classificar o debate, na verdade observa-se que as mesmas não compõem blocos homogêneos e, apesar de serem as teorias mais tradicionais, não extinguem o tema¹¹. De acordo com Gerson Bason¹², as teorias jusnaturalistas diferenciam direito natural e

8 Ibid., p. 56-57. A citação dentro da citação se refere a COMPARATO, F. K. Aulas proferidas na matéria *Ética no Mundo Moderno* do curso de pós-graduação da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco da Universidade de São Paulo no primeiro semestre de 2004.

9 COMPARATO, F. K. Op. cit., p. 350.

10 Ibid, p. 353.

11 Isso porque de acordo com Gerson Bason, ao lado das teorias voluntaristas e jusnaturalistas, há as teorias normativistas que defende o “caráter puramente formal do Direito” (p. 87) e ecléticas que “desconhecendo a diferença entre natureza e espírito, ser e dever ser, misturam elementos vários na fundamentação do Direito [...]” (p. 89). BASON, G. B. M. *Direito Internacional Público – O Estado em Direito das Gentes*. Del Rey: 1994 (grifo no original). Entre as teorias normativistas se destaca a teoria da norma suprema (que seria a regra do *pacta sunt servanda* de Anzilotti. (Cf. ACCIOLY, H.; NASCIMENTO E SILVA, G. E.; CASELLA, P. B. *Manual de Direito Internacional Público*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 110-111; e BASON, G. B. M. Op. cit., p. 87 e ss).

12 Ibid, p. 75 e ss.

direito positivo, e aceitam “a validade intrínseca, material, das normas jurídicas, desde que preceitos *justos*”¹³ estejam por tras de sua elaboração. As teorias jusnaturalistas englobam as teológicas (com o fundamento em Deus), as racionais (baseada na razão humana); as axiológicas (fundada na justiça), a panteísta (balizada no determinismo), sociológica (fundamentando o Direito no fato de o mesmo ser essencial para a manutenção da sociedade) e biológica (com o fundamento na natureza). Esta última merece destaque por ter como expoente a tese do Estado de natureza de Hobbes, o que denota o reflexo do tema dos fundamentos para o campo da Ciência Política e das Relações Internacionais (sobretudo no embate entre idealismo e realismo).

Já as teorias voluntaristas se dividem em auto-limitação e vontade comum, nas concepções de Jellinek e Triepel, respectivamente.

Enquanto a teoria da auto-limitação entende que o Estado soberano, no exercício de sua soberania escolhe se submeter ao Direito Internacional, ou seja que “o direito internacional funda-se na vontade metafísica do estado, que estabelece limitações ao seu poder absoluto”¹⁴, a teoria da vontade comum acredita que a “vontade de um Estado não pode ser o fundamento do Direito Internacional, nem assim as leis concorrentes de vários Estados [...] Só a vontade comum de alguns Estados, fundidas numa unidade volitiva”¹⁵ podem ser o fundamento do Direito Internacional.

Em face da ideia de soberania absoluta, a teoria voluntarista ganhou espaço e passou a ter predominância no próprio Direito Internacional. Tal fato pode ser demonstrado pela crescente valorização dos tratados como fonte do Direito Internacional e, conseqüentemente, da necessidade de concordância expressa com a norma, e na figura do objeter persistente no que tange ao costume internacional e que permite a não-vinculação à norma pela vontade do Estado que se manifeste contrariamente a ela¹⁶.

Sendo a teoria voluntarista fundada na vontade e em aspectos intrínsecos do sistema, verifica-se a limitação do debate sobre os fundamentos do Direito Internacional às fontes do mesmo. Analisa-se a existência ou não de uma norma formal para se verificar o fundamento do Direito Internacional. Ou seja, preocupa-se somente com a forma e não com o conteúdo.

Tal situação é viável enquanto o sistema é composto por normas de coexistência, mas passa a ser questionada quando surgem normas de cooperação que denotam valores e objetivos comuns.

Após a Segunda Guerra Mundial e, sobretudo com o advento da ONU, o Direito Internacional se altera profundamente. Surgem novos sujeitos do Direito Internacional (sobretudo o ser humano), novos atores das relações internacionais (como as Organizações não-governamentais) e novos temas internacionais (como o

13 Ibid, p. 78 (grifo no original).

14 ACCIOLY, H.; NASCIMENTO E SILVA, G. E.; CASELLA. P. B. Op. cit., p. 109.

15 BOSON, G. M. B. Op. cit., p. 86.

16 É importante destacar quanto à figura do objeter persistente que a norma somente pode ser excluída de aplicação se a objeção ocorrer durante o período de formação da norma, pelo que faltaria a consciência da obrigatoriedade (*opinio iure sive necessitatis*) necessária para a formação do costume. Se há rejeição da norma após a formação da mesma, ocorre violação do Direito Internacional.

meio ambiente, a integração econômica e os direitos humanos). Verifica-se, em face disso, a necessidade de alterações no Direito Internacional, que passará a produzir também normas de cooperação.

As normas de cooperação acrescem-se às normas de coexistência e trazem à tona a importância da, na lição de Norberto Bobbio¹⁷, paz positiva (desenvolvimento) que deve coexistir com a paz negativa (ausência de guerras).

Elas denotam também a existência de valores e objetivos comuns, criando novos critérios de legitimidade e recuperando a preocupação axiológica do Direito Internacional, que se reflete na importância do conteúdo e não somente na forma das normas criadas¹⁸.

Em face disso, verifica-se que o Direito Internacional passa a contar com outros elementos em sua base que não apenas a vontade estatal, e que, conseqüentemente, deve ser feita uma retomada do tema e revisão dos fundamentos do Direito Internacional.

2. Os Fundamentos do Direito Internacional Contemporâneo

O aparecimento de entes não-estatais no cenário internacional e de normas de cooperação trazem questionamentos acerca do Direito Internacional, de seus paradigmas e fundamentos.

Verifica-se em meio à crise paradigmática do Direito Internacional que não é mais possível fundá-lo tão-somente na vontade estatal e que a busca por seu fundamento e critério de legitimidade não pode ser vista como algo extrínseco à própria matéria. O fundamento em si pode “ser externo ao sistema, mas estará subjacente ao mesmo”¹⁹.

O tema dos fundamentos ganha destaque não apenas por tentar explicar a obrigatoriedade do Direito Internacional e apontar os motivos pelos quais os Estados (entes soberanos) respeitam e obedecem o Direito Internacional, mas também por que sem uma fundamentação adequada²⁰ o Direito Internacional não conseguirá realizar as suas quatro funções básicas²¹, quais sejam: (1) “definir o princípio normativo supremo de organização da política mundial”²²; (2) “estabelecer as regras de coexistência

17 O tema da paz aparece ao longo da obra de Norberto Bobbio, cf., por exemplo, BOBBIO, N. *O problema da guerra e as vias da paz*. Trad. Álvaro Lorenzini. São Paulo: Unesp, 2003

18 Neste sentido Alberto do Amaral Junior ao descrever o Direito Internacional contemporâneo afirma que “[a]s regras internacionais reduzem a incerteza, ampliam o grau de previsibilidade da ação coletiva e introduzem maior racionalidade nas relações entre governos e indivíduos de países diferentes. Possibilitam, ademais, que as coletividades se dediquem à consecução de projetos comuns. Por último, conferem força jurídica a valores morais que transcendem o interesse particular dos Estados”. AMARAL JUNIOR, A. *Introdução ao Direito Internacional Público*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 17.

19 CASELLA, P. B. Op. cit., p. 671.

20 A questão de uma fundamentação adequada nos remete ao tema da autoridade, que como já explicado por Hannah Arendt é diferente da temática do poder. A autoridade é extremamente relevante no cenário internacional sendo essencial para a questão do *soft power*; indispensável, por seu turno, para o tema da legitimidade. (Cf. sobre o tema do *soft power* NYE JUNIOR, J.S. *Soft Power – the means to success in world politics*. New York: PublicAffairs, 2004; e sobre a relação entre autoridade e poder cf. JUBILUT, L. L. Op. cit., p. 59-60.)

21 Sobre o tema cf. AMARAL JUNIOR, A. Op. cit., p. 20 e ss.

22 Ibid, p. 20.

e cooperação entre os atores internacionais”²³; (3) “efetuar a qualificação dos comportamentos internacionais”²⁴; (4) “mobilizar obediência em relação às regras de coexistência e cooperação”²⁵.

Diante da relevância que o tema assume, observa-se uma nova preocupação com o mesmo e a produção de teorias que direta ou indiretamente abordam a questão. Em comum aparece a constatação da existência de valores, objetivos e interesses compartilhados no cenário internacional atual, bem como a contínua importância dos Estados, que embora tenham tido sua soberania flexibilizada²⁶ com o aumento da interdependência e a diminuição dos temas que compõem o domínio reservado²⁷, seguem sendo os principais sujeitos do Direito Internacional, sobretudo em função de sua capacidade de produzir normas internacionais.

Em face do exposto parece-nos que a melhor definição dos fundamentos do Direito Internacional contemporâneo seria uma combinação de pressupostos das teorias jusnaturalistas e voluntaristas. Destas se utilizaria a ideia de vontade presente em consensos e daquelas a existência de valores externos ao sistema – e compartilhados pelos entes que o compõe-, sobretudo na busca da justiça. Cabendo ao Direito Internacional fazer a junção entre os dois extremos (vontade x valores) por meio de suas normas.

Os Fundamentos do Direito Internacional contemporâneo seriam, assim, o consenso sobre a necessidade de segurança (jurídica) para a consecução dos objetivos e proteção dos valores compartilhados pela sociedade internacional.

Verifica-se nesta definição a existência de três elementos dos fundamentos do Direito Internacional contemporâneo: (1) o consenso, que remete a idéia de vontade estatal presente nas teorias voluntaristas; (2) a consecução dos objetivos e a proteção dos valores compartilhados, que resgatam os ideias de justiça e a dimensão axiológica presente nas teorias jusnaturalistas; e (3) a segurança jurídica que seria garantida pelo Direito Internacional e que auxiliaria no apaziguamento dos critérios das duas teorias.

Com essa definição respeita-se o aspecto político que limita o cenário internacional, representado sobretudo pela soberania estatal; consagrada na fórmula acima na idéia de consenso; mas, ao mesmo tempo, destaca-se o aspecto de valores compartilhados e objetivos comuns, acrescentando-se uma dimensão axiológica ao Direito Internacional e buscando efetuar um resgate da unidade ética do mesmo, que existia, como mencionado, no início desta disciplina.

23 Ibid, p. 21.

24 Ibid, p. 23.

25 Ibid, p. 25.

26 Como reflexo de sua flexibilização a soberania deixou de ser um poder absoluto dos Estados e se tornou uma responsabilidade. Cf. sobre o tema ANNAN, K. Two concepts of sovereignty. *The Economist*, 18 September 1999. Disponível em www.un.org/News/ossg/sg/stories/kaecon.html. Acessado em 20/4/2004.

27 Sobre o tema do domínio reservado dos Estados e sua variação histórica cf. AMARAL JUNIOR, A. *O Direito de Assistência Humanitária*. Tese de Livre-docência apresentada à Faculdade de Direito da USP, 2001. p. 208 e ss.

Tal definição contempla a realidade internacional existente, preocupando-se, simultaneamente, com a criação de um cenário internacional ideal. Combina, assim, aspectos descritivos e propositivos a fim de auxiliar na evolução do Direito Internacional.

Para que essa definição possa, contudo, prosperar, faz-se necessário analisar se há, efetivamente, uma sociedade internacional com objetivos e valores compartilhados que autorizem a inclusão dos mesmos como base dos fundamentos do Direito Internacional. O próximo item se ocupa da análise de tal tema.

3. A sociedade Internacional em Construção

O grau de vínculo existente entre os sujeitos do Direito Internacional é um tema que há muito preocupa os estudiosos da matéria, até porque caso tal grau seja insignificante não haveria que se falar em um direito para regular as condutas entre eles.

Desde o surgimento do Direito Internacional com o advento do Estado moderno, nota-se que o nível de relacionamento internacional denota a necessidade de regulação.

Tal relacionamento é inicialmente incipiente, levando Hedley Bull a apontar a existência de um mero sistema internacional, no qual predominam as normas de coexistência e a soberania absoluta²⁸.

Após a Segunda Guerra Mundial, com as normas de cooperação, e com a valorização dos temas da limitação ao uso da força e dos direitos humanos, verifica-se um adensamento dos vínculos internacionais e, por consequência, da juridicidade internacional. Passa-se a falar em uma sociedade internacional.

De acordo com Bull

Existe uma sociedade de estados (ou sociedade internacional) quando um grupo de estados, conscientes de certos valores e interesses comuns, formam uma sociedade, no sentido de se considerarem ligados, no seu relacionamento, por um conjunto comum de regras, e participam de instituições comuns. Se hoje os estados formam uma sociedade internacional [...], é porque, reconhecendo certos interesses comuns e talvez também certos valores comuns, eles se consideram vinculados a determinadas regras no seu inter-relacionamento, tais como a de respeitar a independência de cada um, honrar os acordos e limitar o uso recíproco da força. Ao mesmo tempo, cooperam para o funcionamento de instituições tais como a forma dos procedimentos do direito internacional, a maquinaria diplomática e a organização internacional, assim como os costumes e as convenções de guerra²⁹.

28 BULL, Hedley. *A Sociedade Anárquica- um estudo da ordem na política internacional*. Coleção Clássicos IPRI. Trad. Sérgio Bath. 1ª. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, São Paulo: IMESP, 2002. p. 15. De acordo com Bull no sistema de Estados há interação e contato regular entre estes entes, sendo que aquela pode tomar a forma de cooperação ou conflito.

29 Ibid, p. 19.

Já na década de 1990 em face, por um lado, do fenômeno da supranacionalidade na União Européia e, por outro, do fortalecimento da sociedade civil internacional, alguns doutrinadores passem a apontar a existência de uma comunidade internacional³⁰, que abrangeria não apenas os Estados e as Organizações Internacionais, mas também os demais entes que influenciam o cenário internacional (como por exemplo os indivíduos, a sociedade civil internacional e entes que não se enquadram tão facilmente em classificações existentes, como era o caso da União Européia antes do tratado de Lisboa quando passou a ser uma organização internacional).

De toda forma, verifica-se que o Direito Internacional contemporâneo reflete alguns objetivos e valores compartilhados, que, embora não estabeleçam um sistema axiológico uníssono e completo, permite, ao menos, dizer que há uma sociedade internacional em construção. São exemplos que ilustram tal afirmação as normas de *jus cogens* e a primazia da teoria do constitucionalismo sobre a teoria da fragmentação internacional.

3.1. *Jus Cogens*

A idéia de *jus cogens* aparece, de acordo com alguns estudiosos, ligada doutrinariamente ao trabalho de Alfred von Vedross na década de 1930, que resgata o conceito de lei natural procurando atualizá-lo ao analisar o caso *United States x Smith* sobre pirataria^{31, 32}

Trata-se de “*règles fondamentales liées à la conscience universelle et inhérentes à l’existence de toute société internationale digne de ce nom*”³³, mas que diferentemente das normas de direito natural, “*fait désormais partie du droit international positif*”³⁴.

Tal positividade ocorreu por proposta dos Estados socialistas e em desenvolvimento na Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, de 1969³⁵. Esse documento consagra as normas de *jus cogens* em seus artigos 53³⁶ e 64, as definindo como normas imperativas do Direito Internacional, e, portanto, superiores às demais normas que não tenham a mesma característica.

Apesar de alguns Estados, entre eles o Brasil, refutarem a própria noção de *jus*

30 Cf. por exemplo DUPLESSIS, I. Os fundamentos filosóficos e jurídicos de uma comunidade internacional. *Revista Impulso*, v. 14, n. 33, 2003. p. 37; JACKSON, R. H. International Community beyond the Cold War. In: LYONS, G. M.; MASTANDUNO, M. (Ed). *Beyond Westphalia? States sovereignty and international intervention*. Baltimore/London: Johns Hopkins University, 1995. p. 59 e ss.

31 JANIS, M. W.; NOYES, J. E. *International Law cases and commentary*. 3rd. ed. Thomson West, 2006. p. 138.

32 É interessante notar a aproximação na doutrina dos conceitos de lei natural e *jus cogens*, de obrigações *erga omnes* e *jus cogens*, e de ordem pública internacional e *jus cogens*; apesar de todas serem categorias distintas.

33 CARREAU, D. *Droit International*. 9e. ed. Pedone, 2007. p. 87-88.

34 Ibid.

35 CASSESE, A. *International Law*. Oxford, 2005. p 199.

36 O artigo 53 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais, de 1986, reproduz o texto deste artigo.

cogens^{37,38}, estas normas (ou a existência das mesmas) já se encontra consolidada na doutrina e na jurisprudência internacional.

Doutrinariamente a noção de *jus cogens* é aceita tanto individual quanto coletivamente. Vários autores, ainda que questionem alguns tópicos relativos à aplicação das normas de *jus cogens* (como Dominique Carreau e George Schwarzenberg) aceitam sua existência, e o Instituto de Direito Internacional destacou o tema ao aprovar, em 1983, uma resolução acerca da impossibilidade de extradição caso haja suspeita de violação de uma norma de *jus cogens* (como por exemplo em caso de suspeita de tortura ou perseguição em função de raça, religião ou etnia)³⁹.

Já na jurisprudência internacional a existência (e relevância) do *jus cogens* é encontrada em vários julgados como parte da argumentação, como por exemplo nos casos: (i) *North Sea Continental Shelf* julgado pela Corte Internacional de Justiça em que se afirma – nos votos dissidentes e em separado - que reservas opostas contra normas imperativas são inadmissíveis⁴⁰, (ii) *Tadić* e *Furundžija* do Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia, em que se determinou que as normas de *jus cogens* são opovíveis também ao Conselho de Segurança⁴¹ e que possuem efeitos impeditivos (*deterrent effect*)⁴² além de representarem os “most fundamentals standards of the international community”⁴³, respectivamente (iii) *Michael Dominguez* em que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (que embora não seja um tribunal integra o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e é parte do sistema de solução de controvérsias deste; sendo essencial sobretudo nos casos contra Estados que não tenham aceito a competência e jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, como, por exemplo, os Estados Unidos que são a parte contrária no caso mencionado) reconhece e aplica a noção de *jus cogens*⁴⁴, e (iv) *Al Barakat* na Corte de Primeira Instância e na Corte Européia de Justiça, em que se debate a extensão e o conteúdo do *jus cogens* e se reafirma a submissão do Conselho de Segurança da ONU a estas normas.

É interessante destacar a definição do *jus cogens* como sendo um dos (poucos) limites à atuação do Conselho de Segurança da ONU (nos casos *Tadić* e *Al Barakat*), fato este que denota ainda mais a relevância da matéria uma vez que o órgão encarregado de proteger o objetivo mais básico da sociedade internacional pós-1945 –

37 Cf. ACCIOLY, H.; NASCIMENTO E SILVA, G. E.; CASELLA. P. B. Op. cit., p. 113.

38 É interessante notar que até recentemente o Brasil parecia se enquadrar neste grupo de Estados, uma vez que um dos motivos aparentes pelos quais não ratificava a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, de 1969, parecia ser a consagração da norma de *jus cogens* por parte desta. No final de 2009 o Brasil procedeu à ratificação e apesar de não ter feito reservas aos artigos 53 e 64 que consagram a noção de *jus cogens*, o Brasil fez reservas ao artigo 66 e, desta maneira, refuta o procedimento estabelecido para solucionar controvérsias acerca do tema, como, o recurso à Corte Internacional de Justiça ou à arbitragem; fato este que pode diminuir a eficácia do tema em relação ao Brasil.

39 CASSESE, A. Op. cit., p. 208

40 Ibid, p. 207.

41 Cf. CASSESE, A. Op. cit., p. 206.

42 Ibid, p. 207.

43 JANIS, M. W.; NOYES, J. E. Op. cit., p. 149.

44 Ibid, p. 150 e ss.

a manutenção da paz e segurança internacionais – deve realizar tal tarefa respeitando as normas imperativas do Direito Internacional.

Apesar de haver disputas doutrinárias, as normas de *jus cogens* parecem poder ser criada por qualquer fonte primária do Direito Internacional (i.e. tratados, costumes ou princípios gerais)⁴⁵, estando não em sua fonte formal mas sim em suas características materiais (a relevância do valor resguardado) a sua principal singularidade.

O grande desafio da aplicação do *jus cogens* atualmente é a definição de seu conteúdo. Contudo, apesar de não haver um rol amplo de normas consideradas unanimemente como imperativas, já existe o que se poderia chamar de um “mínimo denominador comum”, com cinco grandes temas que são consensualmente entendidos como *jus cogens*. São eles: 1) a proibição do genocídio, 2) a proibição da escravidão, 3) a proibição da tortura, 4) a proibição da pirataria, e 5) algumas normas sobre o uso da força no cenário internacional⁴⁶.

Nota-se que as três primeiras relacionam-se à dignidade humana – base dos direitos humanos, um novo valor da sociedade internacional. A proibição à pirataria resgata um tema tradicional do Direito Internacional (o mar) e relaciona-se com o uso da força, que é, por sua vez, tema inerente ao novo sistema regulatório trazido pela ONU e base essencial do Direito Internacional atual⁴⁷.

Quanto ao uso da força vale destacar que seriam normas de *jus cogens* a legítima defesa (consagrada no artigo 51 da Carta da ONU), a não-intervenção (artigo 2, 7 da Carta da ONU) e o não uso da força nas relações internacionais (artigo 2,4 do mesmo documento). Além disso, algumas normas do Direito Internacional Humanitário (como a distinção entre civis e militares e regras sobre prisioneiros de guerra), sobretudo as presentes nas quatro Convenções de Genebra de 1949 também são imperativas (e a decisão do presidente dos Estados Unidos - Barack Obama – de fechar a prisão de Guantánamo – ainda que não em um prazo curto como se esperava – demonstra a re-valorização destas normas).

A existência de *jus cogens* denota, assim, a existência de valores e interesse compartilhados internacionalmente, o que permite que se defenda tanto a existência de uma sociedade internacional em construção quanto um fundamento de Direito Internacional baseado em critérios axiológicos, como feito acima.

3.2. Fragmentação x Constitucionalismo Internacional

Apesar de parecer claro com o exemplo do *jus cogens* que há uma sociedade internacional (ainda que em construção), tem surgido uma nova roupagem de

45 Cf. a opinião contrária de Joe Verhoeven, que afirma que o *jus cogens* só pode advir de costume internacional. VERHOEVEN, J. Sur le “Bons” et les “Mauvais” Emplois du jus cogens. *III Anuário Brasileiro de Direito Internacional*, v. 1, 2008, p. 133 e ss.

46 Jürgen Habermas sintetiza de maneira elucidadora essas normas e a existência de valores compartilhados dizendo que “[t]he negative duties of a universalistic morality of justice – not to commit crimes against humanity and not to engage in wars of aggression – are anchored in all cultures [...]”. HABERMAS, J. The Constitutionalization of International Law and the Legitimation Problems of a Constitution for World Society. *Constellations*, v. 15, n. 4, 2008, p. 451-452.

47 Sobre a regulamentação do uso da força a partir da Carta da ONU, cf. JUBILUT, L. L. Op. cit.

críticas e questionamentos quanto aos fundamentos e a própria existência do Direito Internacional – a fragmentação.

Tradicionalmente houve doutrinadores que questionavam se o Direito Internacional era efetivamente direito (os denominados negadores do Direito Internacional). Tais críticas têm início nos trabalhos de Hobbes e sofrem grande influência da teoria de Austin⁴⁸.

As críticas se baseavam sobretudo nos argumentos de que não havia leis, tribunais ou sanções internacionais. Argumentos estes que são facilmente rebatidos (inclusive pragmaticamente) à luz do Direito Internacional atual⁴⁹.

Mais do que argumentos que não se sustentam, os negadores do Direito Internacional parecem cometer dois erros conceituais preliminares. Em primeiro lugar buscam analisar o Direito Internacional a partir da ótica do Direito interno, ignorando que aquele atua em uma ordem descentralizada e sem hierarquia, e, portanto, em um cenário totalmente distinto deste, o que impede a comparação.

Tal erro pode ser explicado pelo fato de que

[w]e all live within the framework of national legal orders. We therefore tend to assume that each legal system should be modelled on State law, or at least strongly resemble it. [...] However, the picture offered by the international community is completely different. [...] The features of the world community are unique⁵⁰.

Ou seja, apesar de parecer haver uma explicação para o erro, tal fato não justifica a manutenção do mesmo.

Em segundo lugar, os críticos do Direito Internacional parecem confundir eficácia e existência que são planos distintos. Ademais, verifica-se que mesmo os questionamentos quanto à eficácia do Direito Internacional não merecem prosperar pois, ainda que ele tenha uma eficácia diferente da dos direitos internos, condicionado pelo cenário que pretende regulamentar, a maior parte dos Estados, na maior parte do tempo, respeita a maior parte do Direito Internacional⁵¹, ou seja é o mesmo dotado de efetividade e eficácia.

Apesar das evidentes falhas destas doutrinas, recentemente surgiu uma nova série de questionamentos sobre a existência do Direito Internacional. Tais questionamentos se fundam na idéia da fragmentação, ou seja no fato de que o Direito Internacional não formaria um todo sistêmico mas sim seria um emaranhado de sistemas independentes.

48 MALANCZUK, P. *Akehurst's Modern Introduction to International Law*. 7th revised ed. Londo/New York: Routledge, 2006. p. 5.

49 Cf. ACCIOLY, H.; NASCIMENTO E SILVA, G. E.; CASELLA, P. B. Op. cit., p. 12 e ss.

50 CASSESE, A. Op. cit., p. 3 - "Todos nós vivemos dentro dos limiares de uma ordem legal nacional. Assim todos tendemos a presumir que cada sistema legal deve ser talhado a partir do modelo de lei estatal, ou, ao menos, se parecer fortemente com ele. [...] Contudo, o cenário oferecido pela comunidade internacional é completamente diferente. [...] As características da comunidade internacional são únicas". (Tradução livre)

51 Cf. HENKIN, L. *How nations behave*. 2nd ed. Council of Foreign Relations, 1979.

A base da ideia da fragmentação encontra-se no fato de que com a “aceleração da interdependência engendrada pelo advento da mundialização alargou o campo regulador do direito internacional”⁵² o que geraria um “aumento de soluções de controvérsias e normas”⁵³ e o “aumento da probabilidade de conflitos normativos”⁵⁴.

A existência de ramos do Direito Internacional (como o Direito do Comércio Internacional, o Direito de Integração, o Direito Internacional de Proteção da Pessoa Humana e o Direito Internacional do Meio Ambiente) poderia levar a esta percepção de pulverização ou fragmentação, mas uma análise mais detalhada corrigira tal equívoco.

Isto porque, por um lado, verifica-se que, na prática, os sub-ramos do Direito Internacional têm tendido a buscar uma maior harmonia entre si e têm feito referências a princípios do Direito Internacional geral. Exemplos disso são as decisões da OMC nos casos dos pneus reutilizados e dos camarões e tartarugas, em que a questão ambiental aparece como preocupação relevante.

Além disso, verifica-se que não há decisões de tribunais internacionais conflitantes em função dos temas específicos do Direito Internacional.

Por outro lado, a própria base teórica da fragmentação tem sofrido abalos uma vez que Marti Koskeniemi – autor utilizado como base teórica atual da teoria – já deixou claro que acredita no caráter sistêmico do Direito Internacional; fato que se depreende da leitura do relatório do Grupo de Estudos da Comissão de Direito Internacional da ONU sobre *Fragmentation of International Law – Difficulties arising from the diversification and expansion of International Law*, relatado por Koskeniemi e que destaca que:

*International Law is a legal system. Its rules and principles (i.e. its norms) act in relation to and should be interpreted against the background of other rules and principles. As a legal system, international law is not a random collection of such norms. There are meaningful relationships between them. Norms may involve greater or lesser generality and specificity and their validity may date back to earlier or later moments in time*⁵⁵.

Verifica-se, assim, que a fragmentação é uma tese inadequada. Contudo, não foi a mesma inútil ao Direito Internacional. Isto porque a resposta a ela ensejou o fortalecimento do movimento do constitucionalismo internacional.

52 AMARAL JUNIOR, A. Introdução ao Direito Internacional Público. Op. cit., p. 129 e ss.

53 Ibid.

54 Ibid.

55 INTERNATIONAL LAW COMMISSION Study Group on the Fragmentation of International Law. Conclusions of the work of the Study Group on the Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law, 2006. p. 2. Disponível em http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/1_9_2006.pdf. Acesso em 15 de fevereiro de 2010.

Longe de propugnar a criação de um super-Estado⁵⁶, o constitucionalismo internacional enxerga na existência de valores, objetivos e interesses compartilhados o embrião de uma constituição da sociedade internacional que estaria concretizada na Carta da ONU.

Entre os constitucionalistas internacionais destacam-se Bruno Simma, Christian Tomuschat, Thomas Franck e, falando sobre a relevância dos direitos humanos, J. J. Gomes Canotilho.

A defesa do constitucionalismo é feita sobre dois pilares: a própria Carta da ONU e os valores internacionais.

Analisando a Carta da ONU, Thomas Franck apontou quatro características que a fazem uma boa candidata a ser uma constituição: 1) sua tendência à perpetuidade (uma vez que não há previsão de um direito de saída uma vez que os Estados tenham ingressado na Organização); 2) sua indelibilidade (já que emendas são difíceis); 3) a sua primazia em relação a outras normas (em função do artigo 103 da Carta da ONU); e 4) sua tendência à autoctonia institucional⁵⁷.

Em face de tais características Bruno Simma afirma que *“As far as I am concerned, I have no problems at all with viewing the basic norms of the Charter as the constitutional law of the universal international community [...]”*⁵⁸ enquanto Christian Tomuschat declara que com a Carta da ONU *“the idea of a legal framework determining certain common values as the guiding principles States are bound to observe and respect has gained ground and has been progressively strengthened”*⁵⁹.

A própria Carta da ONU permite avançarmos sobre a existência de valores compartilhados ao destacar as limitações ao uso da força, a fim de ensejar a efetividade do sistema de segurança coletiva por ela criado.

A importância de tal valor é tanta que, em seu artigo 2, 6, a Carta da ONU diz que os princípios subjacentes ao tema são obrigatórios inclusive aos Estados que não sejam parte da Organização.

Ao lado da preocupação com a paz e segurança internacionais, a evolução da ONU (e a *opinio juris* que se desprende da mesma) denotam o destaque ao tema da proteção do ser humano, seja do ponto de vista individual, ambiental ou coletivo.

Nota-se que, apesar das menções aos direitos humanos na Carta da ONU serem pouco numerosas, a atuação prática e o sistema convencional por ela criados (com destaque para a Declaração Universal dos Direitos Humanos e os tratados do núcleo duro do mesmo) demonstram a consagração do tema como um valor da sociedade internacional.

56 Apesar disso, alguns doutrinadores propugnam, com base no constitucionalismo internacional, a criação de uma Organização Internacional mundial hierarquicamente superior aos Estados, como por exemplo, Habermas. Cf. HABERMAS, J. Op. cit.

57 FRANCK, T. Is the UN Charter a constitution ? In Frowen, J. A.; SCHARIOTH, K.; WINKELMAN, J.; WOLFRUM, R. *Negotiating for peace*. Max-Planck-Institut, 2003. p. 95-106.

58 SIMMA, B. From bilateralism to community interest in international law. *Recueil des Cours*, 250, VI, 1994. p. 262.

59 TOMUSCHAT, C. Op. cit., p. 236.

Tem-se, assim, que paz e segurança internacionais e a proteção do ser humano são valores internacionalmente compartilhados, que refletem, não somente a existência de uma sociedade internacional, mas também podem dar início ao surgimento de uma efetiva ordem pública internacional⁶⁰.

Pelo exposto, observa-se que a Carta da ONU, ao limitar o poder no cenário internacional (ao restringir o uso da força) e ao consagrar valores compartilhados, estabelece um pacto político e um pacto social⁶¹ e pode ser tida como um embrião de constituição internacional.

Em face disso, nota-se que a teoria do constitucionalismo internacional colabora com o tema dos fundamentos do Direito Internacional contemporâneo ao destacar os elos que vinculam os sujeitos de Direito Internacional de uma forma mais forte, ensejando a percepção da existência de uma sociedade internacional.

Conclusão

A crise paradigmática pela qual passa o Direito Internacional desde o aparecimento das normas de cooperação, da flexibilização da soberania estatal e de novos atores das relações internacionais, após a Segunda Guerra Mundial, exige a retomada do tema dos fundamentos do Direito Internacional; que, embora tradicional, havia perdido espaço com o advento do positivismo jurídico.

O desafio dos fundamentos do Direito Internacional é, hoje, combinar o real e o ideal para que o Direito Internacional possa agir solucionando as polêmicas atuais e evitando problemas futuros.

Tal desafio somente será vencido com a retomada da unidade ética presente no início da disciplina, quando os jusinternacionalistas buscavam, por meio de escalas axiológicas, encontrar um equilíbrio entre a vontade estatal e os valores a serem realizados.

Hoje, com a existência de valores, objetivos e interesses compartilhados por uma sociedade internacional que parece caminhar (ainda que vagarosamente) para uma integração, a busca de tal equilíbrio é fundamental.

Entender que os fundamentos do Direito Internacional devem apresentar uma dupla face, valorizando os Estados, mas enxergando a existência de valores acima destes, parece ser o único caminho possível para que o Direito Internacional realize suas funções básicas e siga em seu “infinito devir [...] no sentido da justiça”⁶².

60 Sobre o tema da ordem pública internacional cf. JUBILUT, L. L. Op. cit., p. 75 e ss.

61 O pacto social almeja a proteção dos direitos e garantias fundamentais enquanto o pacto político se ocupa da limitação do poder por meio de regras de estruturação do mesmo. Cf. JUBILUT, L. L. *O Direito Internacional dos Refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro*. São Paulo: Método, 2007. p. 54 e ss.

62 FALCHI, A. Apud MOURA RAMOS, R. M. *Direito Internacional Privado e Constituição – Introdução a uma análise de suas relações*. Coimbra Editora, 1994. p. 34.

- Hopkins University, 1995. p. 59 e ss
- JANIS, M. W.; NOYES, J. E. *International Law cases and commentary*. 3rd. ed. Thomson West, 2006. p. 148.
- JUBILUT, L. L. *A Legitimidade da Não-Intervenção em face das Resoluções do Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas*. Tese de Doutorado apresentada à Faculdade de Direito da USP, 2007. ----- *O Direito Internacional dos Refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro*. São Paulo: Método, 2007. p. 54 e ss.
- KOH, H. Why Do Nations Obey International Law? *Yale Law Journal*, 106, 1997. p. 2599 e ss.
- LAGE, D. A. O movimento de expansão não uniforme e a tensão entre unidade e fragmentação do Direito Internacional. *II Anuário Brasileiro de Direito Internacional*, v. 1, 2007. p. 88 e ss.
- MALANCZUK, P. *Akehurst's Modern Introduction to International Law*. 7th revised ed. Londo/New York: Routledge, 2006
- MOURA RAMOS, R. M. *Direito Internacional Privado e Constituição – Introdução a uma análise de suas relações*. Coimbra Editora, 1994. p. 34.
- NYE JUNIOR, J.S. *Soft Power – the means to success in world politics*. New York: PublicAffairs, 2004
- SIMMA, B. From bilateralism to community interest in international law. *Recueil des Cours*, 250, VI, 1994.
- TOMUSCHAT, C. Obligations arising for States without or against their will. *Recueil des Cours. Académie de Droit International*, 1993, IV, Tome 241.
- VERHOEVEN, J. Sur le “Bons” et les “Mauvais” Emplois du jus cogens. *III Anuário Brasileiro de Direito Internacional*, v. 1, 2008. p. 133 e ss.