

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO E FILOSOFIA DO
DIREITO
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU* “O NOVO DIREITO
INTERNACIONAL: DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO E
PRIVADO E DIREITO DA INTEGRAÇÃO”**

TIAGO PEREIRA LISBÔA

**O FUNDAMENTO DE OBRIGATORIEDADE DO DIREITO
INTERNACIONAL**

Porto Alegre

2015

TIAGO PEREIRA LISBÔA

**O FUNDAMENTO DE OBRIGATORIEDADE DO DIREITO
INTERNACIONAL**

Projeto de pesquisa apresentado à Pós-Graduação Lato Sensu “O novo Direito Internacional: Direito Internacional Público e Privado e Direito da Integração” da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Carlos Eduardo Dieder Reverbel

Porto Alegre
2015

RESUMO

A crise de efetividade por que vem passando o Direito Internacional na atualidade levanta questionamentos sobre a natureza jurídica de seus preceitos e de seu papel como instrumento estabilizador das relações interestatais. Os sistemas jurídicos estatais revelam-se inadequados para investigar a juridicidade da ordem internacional, que possui características próprias e derivam, em essência, da soberania dos Estados, conceito político-jurídico que, em sua dimensão externa, tende a chocar-se com a normatividade do Direito Internacional. Neste cenário, a busca por uma explicação sólida para a força obrigatória da norma internacional adquire notável relevância, sendo alçada, por muitos, à categoria de tema central deste ramo da ciência jurídica.

Palavras-chave: Ordem internacional. Juridicidade. Soberania. Força obrigatória.

ABSTRACT

The crisis of effectiveness that International Law has been facing recently raises questions about the legal nature of its precepts and its role as a stabilizer tool for interstate relations. State legal systems prove to be inadequate when it comes to investigating international juridicity, which has its own characteristics and derives, in essence, from state sovereignty, a political-legal concept which in its external dimension tends to clash against International Law normativity. In this scenario, the search for a solid explanation for a binding force from international norm acquires a notable relevancy, which is raised by many to the category of central theme in this field of Legal Science.

Key-words: International order. Juridicity. Sovereignty. Binding force.

SUMÁRIO

| | | |
|----------|---|-----------|
| 1 | INTRODUÇÃO | 6 |
| 2 | OBJETO DE ESTUDO | 8 |
| 3 | ATUALIDADE E IMPORTÂNCIA DO TEMA | 10 |
| 3.1 | O REDIMENSIONAMENTO DO TEMA EM FACE DO DESENVOLVIMENTO DO <i>JUS COGENS</i> | 12 |
| 4 | AS BASES SOCIOLOGICAS DO DIREITO INTERNACIONAL | 16 |
| 4.1 | PANORAMA GERAL..... | 16 |
| 4.2 | PLURALIDADE DE ESTADOS | 19 |
| 4.3 | SOBERANIA ESTATAL..... | 21 |
| 4.4 | RELAÇÕES INTERESTATAIS | 24 |
| 4.5 | CONVICÇÕES JURÍDICAS COINCIDENTES | 25 |
| 5 | AS ESPECIFICIDADES DO DIREITO INTERNACIONAL | 28 |
| 5.1 | AUSÊNCIA DE PODER LEGISLATIVO CENTRAL..... | 29 |
| 5.2 | AUSÊNCIA DE UM PODER EXECUTIVO CENTRAL E O MÉTODO DE CUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES INTERNACIONAIS | 30 |
| 5.3 | A JURISDIÇÃO FACULTATIVA | 31 |
| 6 | A JURIDICIDADE DO DIREITO INTERNACIONAL | 33 |
| 6.1 | O DIREITO INTERNACIONAL COMO POLÍTICA DE FORÇA | 34 |
| 6.2 | O DIREITO INTERNACIONAL COMO MORAL INTERNACIONAL..... | 35 |
| 6.3 | O DIREITO INTERNACIONAL COMO NORMATIVIDADE <i>SUI GENERIS</i> OU COMO DIREITO IMPERFEITO | 36 |
| 6.4 | A DEFESA DA JURIDICIDADE DO DIREITO INTERNACIONAL | 37 |
| 7 | O FUNDAMENTO DE OBRIGATORIEDADE DO DIREITO INTERNACIONAL | 39 |
| 7.1 | DOCTRINAS VOLUNTARISTAS..... | 39 |
| 7.1.1 | Teoria do direito estadual externo..... | 41 |
| 7.1.2 | Teoria da autolimitação do Estado..... | 42 |
| 7.1.3 | Teoria da vontade coletiva dos Estados | 43 |
| 7.1.4 | Teoria dos direitos fundamentais dos Estados | 44 |
| 7.2 | APRECIAÇÃO CRÍTICA..... | 45 |
| 7.3 | DOCTRINAS OBJETIVISTAS | 46 |
| 7.3.1 | Teoria normativista | 46 |
| 7.3.2 | Teoria sociológica..... | 48 |
| 7.3.3 | Teoria institucional | 49 |

| | |
|--|-----------|
| 7.3.4 Teoria jusnaturalista | 49 |
| 7.3.5 Apreciação crítica | 50 |
| 8 CONCLUSÃO..... | 52 |
| REFERÊNCIAS | 53 |

1 INTRODUÇÃO

A história demonstra que certas questões doutrinárias são postas em evidência ou conduzidas ao esquecimento de acordo com a realidade histórico-social que se apresenta. É natural que isso ocorra, visto que as ciências humanas, campo do conhecimento ao qual o Direito integrado, desenvolvem-se a partir de fatos e acontecimentos concretos, sendo concebidas, conforme Dilthey¹ “na própria práxis da vida”.

A problemática relativa ao fundamento de obrigatoriedade do Direito Internacional segue essa tendência. Conhecida já pelos teóricos do século XVII, esta clássica questão de que ora nos ocupamos vem oscilando no decorrer do tempo entre a relevância e o abandono, sendo retomada com intensidade nas situações de crise de funcionamento do sistema jurídico internacional.

As diversas teorias que se formaram sobre o assunto podem ser classificadas em dois grandes grupos, que refletem tendências doutrinárias opostas e não escondem a matriz jusnaturalista ou positivista que lhes confere substrato. Há, de um lado, a concepção voluntarista, ou consensualista, segundo a qual o consentimento dos Estados é imprescindível para determinar a sua sujeição à ordem jurídica internacional, e, de outro, a corrente objetivista, que situa a questão em um fator externo ao sistema jurídico, à margem da vontade dos Estados.

O debate em torno do caráter vinculante das normas internacionais não obedece apenas a razões de ordem jurídica, sendo permeado por conotações políticas e ideológicas. Nas últimas décadas, observa Weil, determinados grupos de Estados ocidentais, filiados à corrente objetivista por ocasião do término da Segunda Guerra Mundial, converteram-se ao voluntarismo ao tomarem consciência de sua posição mais frágil perante a sociedade internacional². Registram-se, ainda, movimentos em sentido contrário, a denotar que a inclinação pelos Estados por uma ou outra corrente de pensamento varia em função dos interesses apreciados em um dado momento.

Essa realidade, é preciso enfatizar, não desloca o problema para fora dos domínios da ciência jurídica, senão que evidencia a impossibilidade de compreender o Direito Internacional

¹ DILTHEY, Wilhelm. **Introdução às ciências humanas**: tentativa de uma fundamentação para o estudo da sociedade e da história. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010. p. 34.

² *apud* SALCEDO, Juan Antonio Carrillo. El fundamento del derecho internacional: algunas reflexiones sobre un problema clásico. **Revista Española de Derecho Internacional**, v. 50, n. 1, p. 13-31, 1998. p. 23.

a partir dos modelos jurídicos estatais. O sistema internacional possui características estruturais que diferem profundamente das existentes no direito interno, uma vez que não dispõe de um Poder Legislativo, nem de um mecanismo centralizado de aplicação das normas jurídicas, sendo que a jurisdição das Cortes Internacionais em matéria de conflitos interestatais é voluntária. Se essas especificidades em certas épocas lançaram dúvidas sobre a natureza jurídica do Direito Internacional, hoje parece que estamos a presenciar uma fase pós-ontológica³ desta disciplina jurídica, em que a preocupação central reside em sua efetividade.

O estudo da força vinculativa do Direito Internacional, por outro lado, encontra-se estreitamente relacionado com a doutrina da soberania estatal. Atributo essencial do Estado moderno, a soberania transformou-se de um conceito de ordem interna em um princípio de anarquia internacional, consoante observa Brierly⁴. O significado que esta categoria político-jurídica adquire em cada momento histórico é decisivo para a formulação das teorias que buscam explicar o fundamento para a submissão dos Estados ao ordenamento jurídico internacional.

O presente tema, como se percebe, envolve uma multiplicidade de questões de natureza filosófica, jurídica, sociológica e política, característica, aliás, própria de diversos problemas enfrentados pelo Direito Internacional. Talvez por isso Drost tenha afirmado que “nenhum ramo do direito reconduz tão diretamente às questões fundamentais da ciência jurídica como o direito internacional”⁵.

Antes de ingressarmos no assunto propriamente dito, convém discorrer de uma maneira mais detalhada sobre o objeto material do estudo proposto, bem como apresentar o método de trabalho e o plano de sua exposição.

³ SALCEDO, 1998.

⁴ BRIERLY, James L. **Direito internacional**. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkain, 1979. p. 45.

⁵ *apud* SERRA, António Truyol y. **Noções fundamentais de direito internacional público**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1962. p. 51.

2 OBJETO DE ESTUDO

O presente estudo tem por objeto o fundamento de obrigatoriedade do Direito Internacional, tema a que se pode designar, simplesmente, de fundamento do Direito Internacional, expressão tida como sinônima pela doutrina⁶.

Analisar o fundamento de obrigatoriedade do Direito Internacional significa investigar as razões jurídicas que conferem imperatividade e, portanto, força obrigatória à norma jurídica internacional, sujeitando os Estados soberanos e os demais sujeitos de Direito Internacional a seu comando normativo.

Concebido originariamente no campo das ciências exatas, o vocábulo *fundamento* adquiriu contornos próprios no âmbito das ciências humanas, expressando o sentido de causa, razão de ser de algo. No plano jurídico, denota a ideia de valor ou conjunto de valores que legitima a ordem jurídica, verdadeira razão de ser de sua imperatividade⁷.

O tema em análise constitui, em essência, um desdobramento do problema geral da fundamentação do Direito, assunto que procura ser analisado primordialmente sob o ângulo filosófico e sobre o qual costumam desenvolver-se reflexões especulativas sobre o conceito de Direito e seu conteúdo axiológico. No plano do Direito Internacional, entretanto, a questão vem sendo abordada sob perspectiva diversa, em que a ênfase é posta sobre a natureza e o alcance da soberania estatal e, principalmente, sobre a dificuldade de conciliar este conceito com a imposição de deveres e obrigações aos Estados. Optamos, na medida do possível, por imprimir ao estudo um método analítico que contemple ambas as perspectivas mencionadas, sempre tendo como base o ensinamento de Miranda⁸ de que o Direito “é uma realidade cultural, indeligiável das demais experiências humanas”.

Objetiva-se, com o presente trabalho, fazer um levantamento das principais teorias que foram desenvolvidas ao longo da história para explicar o problema da vinculação dos Estados à ordem jurídica internacional, examinando-se as implicações práticas decorrentes de sua adoção. Com esse intuito, adotou-se um plano de exposição que visa a refletir, de maneira

⁶ PEREIRA, André Gonçalves; QUADROS, Fausto de. **Manual de direito internacional público**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2011. p. 57.

⁷ CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de filosofia do direito**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 185; REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 568.

⁸ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional - tomo I: preliminares, o estado e os sistemas constitucionais**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 33.

progressiva, as várias dimensões do problema, considerada a relação de interdependência que o tema mantém com outras questões, todas de iguais grandeza e vivacidade.

O trabalho inicia, assim, com uma análise sobre a importância da matéria para o Direito Internacional e de como o desenvolvimento do *jus cogens* e a eclosão de novos fenômenos sociais conferiram atualidade ao problema da força vinculante da norma internacional. Em seguida, parte-se para uma abordagem sobre as bases sociológicas do Direito Internacional, que vêm a ser os elementos constitutivos desta disciplina jurídica, dentre os quais se dará ênfase à soberania estatal. Após, são apresentadas as especificidades da ordem jurídica internacional em confronto com o Direito Interno. Passa-se, então, ao exame da juridicidade do Direito Internacional, questão com a qual costuma se deparar o jurista ao revisar os traços característicos do sistema internacional.

O núcleo do estudo situa-se no terceiro capítulo, em que são apresentadas as principais correntes de pensamento que se formaram sobre o assunto, seguindo-se de uma avaliação crítica de cada uma das teorias. O estudo termina com a exposição do posicionamento do autor quanto ao tema proposto e com uma síntese conclusiva quanto aos tópicos abordados.

3 ATUALIDADE E IMPORTÂNCIA DO TEMA

A ordem jurídica internacional reveste-se de características próprias. Sua estrutura, como veremos mais detalhadamente, é descentralizada e pouco institucionalizada, e suas normas dirigem-se a Estados soberanos. Essas características têm propiciado o surgimento de doutrinas que reiteradamente negam o caráter jurídico do Direito Internacional, ora o considerando simples expressão de uma política de força, ora o equiparando à moral internacional, ou o concebendo, por vezes, como um Direito imperfeito⁹.

Essa situação conduz o Direito Internacional a constantemente ter de reivindicar o seu caráter jurídico, isto é, a ter de reafirmar sua juridicidade¹⁰. Daí a necessidade e a importância de procurar um fundamento de validade sólido e objetivo, capaz de lhe assegurar estabilidade e eficácia¹¹.

A problemática em torno da natureza do Direito Internacional e da força obrigatória de suas normas constitui dado central para a aferição do conteúdo e determinação dos efeitos do Direito Internacional pós-moderno¹². A posição adotada pelo jurista sobre o assunto representa o ponto de partida para a solução de inúmeras questões travadas na sociedade internacional. É por isso que Mello¹³ afirma que o Direito Internacional “será encarado pelo estudioso através do fundamento que ele tiver dado a este ramo da ciência jurídica”.

A preocupação quanto à força obrigatória do Direito Internacional torna-se mais intensa nos momentos de fragilidade das relações internacionais. De fato, em tempos de crise quanto à sua funcionalidade, é natural que os sistemas jurídicos em geral tenham suas estruturas revistas com o objetivo de atingir as finalidades para as quais foram criados. Com o ordenamento jurídico internacional o mesmo ocorre, e atualmente parece haver um amplo consenso quanto à necessidade de reformulação de seu mecanismo institucional, em ordem a assegurar a função

⁹ CUNHA, Joaquim da Silva; PEREIRA, Maria da Assunção do Vale. **Manual de direito internacional público**. Coimbra: Almedina, 2000. p. 16.

¹⁰ No período imediatamente após a Segunda Guerra Mundial, durante o qual mais do que dobrou o número de estados existentes no planeta, viu-se o direito internacional confrontado com questionamento estrutural de suas bases e sua legitimidade.

CASELLA, Paulo Borba. **Fundamentos do direito internacional pós-moderno**. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 742.

¹¹ SERRA, 1962. p. 51.

¹² CASELLA, op. cit. p. 721.

¹³ MELLO, Celso Albuquerque de. **Curso de direito internacional público**. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 148.

estabilizadora¹⁴ que o Direito Internacional exerce sobre as relações interestatais e, principalmente, a evitar a perpetração de graves violações aos Direitos Humanos.

A análise sobre a importância que o presente tema representa para a ciência jurídica não deve ser dissociada das mudanças recentemente ocorridas na sociedade internacional. É que o Direito Internacional, como produto de seu ambiente, reflete as condições e as tradições culturais da sociedade em que opera¹⁵, de modo que as alterações em seus elementos constitutivos representam fatores desencadeantes de mudanças em sua estrutura orgânica e normativa.

A incorporação ao sistema normativo dos valores que orientam a realidade de cada época reveste-se de particular dinamismo no Direito Internacional. Isso se deve, em parte, ao elevado grau de descentralização deste ramo jurídico, e, sobretudo, ao fato de o sistema jurídico internacional refletir o caráter da política mundial, em que os elementos principais são os Estados. As necessidades e as características do sistema político ainda constituem o fator determinante do desenvolvimento da ordem jurídica internacional, e alterações na estrutura geopolítica de poder, como as verificadas a partir da dissolução da União Soviética e do consequente término da bipolaridade mundial e, mais recentemente, com a ascensão do terrorismo internacional, repercutem de modo bastante incisivo no sistema jurídico internacional e no processo de aplicação de suas normas.

O século XX presenciou uma extraordinária ampliação do conteúdo normativo do Direito Internacional¹⁶. Matérias antes consideradas monopólio exclusivo dos Estados soberanos, como as de índole econômica e social, passaram a ser reguladas por este ramo do Direito, que deixou de ser compreendido como o Direito Internacional da Paz e da Guerra, tal como concebido pela escola clássica espanhola de Direito Internacional Público, para transformar-se no Direito Internacional contemporâneo¹⁷. A evolução do Direito Internacional passaria, ainda, pela vertiginosa ascensão das organizações internacionais¹⁸, de que é exemplo

¹⁴ A função estabilizadora das relações internacionais e a proteção dos Direitos Humanos estão dentre as funções elencadas por Herdegen para o Direito Internacional, ao lado do efeito legitimador do processo político e da prevenção de conflitos.

HERDEGEN, Matthias. **Derecho internacional público**. México: Fundación Konrad Adenauer, 2005. p. 33-47.

¹⁵ SHAW, Malcolm N. **Direito internacional**. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 36.

¹⁶ Sobre a “explosão normativa” do Direito Internacional e o surgimento de novos ramos no interior deste Direito. DINH, Nguyen Quoc; DAILLER, Patrick; PELLET, Alain. **Direito internacional público**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkain, 2003. p. 75.

¹⁷ PEREIRA; QUADROS, 2011. p. 25, 35 e 660.

¹⁸ Não se pode confundir as organizações internacionais e as organizações não-governamentais (ONG's). Enquanto as primeiras são formadas por Estados soberanos, possuindo personalidade jurídica internacional, as segundas são associações de origem privada, que, a despeito de desenvolverem atividades transnacionais, não possuem capacidade de serem titulares de direitos e deveres na ordem internacional.

a Organização das Nações Unidas, e o conseqüente alargamento da noção de personalidade jurídica internacional. A quantidade de instituições intergovernamentais existentes na atualidade e a influência que elas exercem sobre a política mundial têm sido apontadas por alguns estudiosos, inclusive, como o marco distintivo do Direito Internacional moderno¹⁹.

O desenvolvimento dos direitos humanos e de seus sistemas de proteção²⁰ situa-se, também, dentre os fenômenos que contribuíram para o reaparecimento do tema objeto do presente estudo no cenário jurídico internacional. Mas o fator decisivo para elevar o fundamento de obrigatoriedade do Direito Internacional à categoria de questão central²¹ deste ramo da ciência jurídica foi, sem dúvida, o progressivo reconhecimento pela sociedade internacional da existência do *jus cogens*. Em face de sua importância, dele nos ocuparemos no tópico seguinte.

3.1 O REDIMENSIONAMENTO DO TEMA EM FACE DO DESENVOLVIMENTO DO *JUS COGENS*

O estudo da força obrigatória do Direito Internacional mantém relação necessária e direta com a questão do *jus cogens*. Necessária porque a abordagem isolada de um desses institutos não permitiria uma visão completa do objeto do presente trabalho; direta, porque a posição tomada quanto a um dos assuntos condiciona a compreensão do outro.

O ordenamento jurídico internacional é composto, primordialmente, por normas de caráter dispositivo. Resultam elas de relações horizontais de coordenação desencadeadas pelos Estados, que se posicionam, no processo de elaboração do Direito Internacional, simultaneamente como agentes criadores e destinatários da norma jurídica²².

No curso do desenvolvimento do Direito Internacional, entretanto, reconheceu-se gradativamente a existência de um conjunto de normas de observância obrigatória para a generalidade dos Estados, independentemente da participação dessas organizações políticas no seu processo de criação. As normas imperativas, ou *jus cogens*, exprimem valores éticos

¹⁹ SHAW, 2010. p. 39.

²⁰ No plano internacional, a proteção dos direitos humanos efetiva-se por meio do sistema global e pelos sistemas regionais de proteção, compostos pelos sistemas africano, europeu e interamericano.

²¹ A questão do fundamento pode “ser considerada o tópico central e o problema mais complexo de todo o direito internacional”, in Fundamentos do Direito Internacional pós-moderno (CASELLA, 2008, p. 721).

²² Veremos adiante que as relações de simples coordenação decorrem das especificidades da ordem jurídica internacional, especialmente da ausência de uma organização jurídica superior aos Estados, com poder de estabelecer regras de conduta a entidades soberanas.

universais e encerram obrigações do Estado para com a sociedade internacional no seu conjunto, não sendo passíveis de derrogação, exceto por normas de igual categoria.

A construção do *jus cogens* baseia-se na ideia de que existem valores fundamentais e superiores na ordem jurídica internacional, e guarda certa relação com a noção de ordem pública ou interesse público dos ordenamentos jurídicos nacionais²³. De conteúdo variado, seu conceito evolui em função das transformações sócio-políticas da sociedade internacional e sofre os influxos das concepções filosóficas, ideológicas e políticas de cada época. Essa permeabilidade a elementos externos, contudo, não impossibilita a identificação de suas características formais e materiais. Assim, para Casella:

O termo *jus cogens* se usa para designar o núcleo de normas consuetudinárias de direito internacional geral, que se reveste de características materiais e formais precisas: do ponto de vista formal, o fato de acarretarem a nulidade absoluta de quaisquer atos que tencionem derrogá-las e, de ponto de vista material, o fato de protegerem interesses da comunidade internacional como um todo, consequentemente a sua violação acarreta ilícito erga omnes contra todos os estados obrigados pela norma violada²⁴.

A existência de limites imperativos à autonomia dos Estados já se encontrava estabelecida no Direito Internacional consuetudinário desde o século XVI²⁵. É que os primeiros internacionalistas desenvolveram seus sistemas a partir da concepção do direito natural²⁶, que, como veremos adiante, incorpora ao fenômeno jurídico valores morais de aplicabilidade supostamente universal, característica que se contrapõe ao relativismo próprio do direito positivo. Grócio, precursor da Escola do direito natural e das gentes²⁷, proclamava a existência de princípios derivados da natureza racional e social do homem, cujos preceitos seriam “obrigatórios ou lícitos por si mesmos”²⁸. O *jus cogens* internacional, para Grócio, correspondia ao *jus strictum* do Direito Romano, que se contrapunha ao *jus dispositivum*, que vem a ser o Direito que nascia da vontade das partes²⁹.

A ascensão do positivismo jurídico e o movimento de codificação do Direito, entretanto, viriam a pôr em causa a admissibilidade do *jus cogens*, muito embora não se possa afirmar que o instituto houvesse sido afastado do Direito Internacional. E a demonstrar que as teorias

²³ SHAW, 2010. p. 98.

²⁴ CASELLA, 2008. p. 724.

²⁵ Ibidem. p. 732.

²⁶ BRIERLY, 1979. p. 15; DINH; DAILLER; PELLET, 2003, p. 56.

²⁷ DINH; DAILLER; PELLET, op. cit. p. 57. Deve-se a Grócio a exposição mais completa do direito natural, que conduz a seu apogeu.

²⁸ *apud* BOBBIO, Norberto. **Positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995. p. 20-21.

²⁹ PEREIRA; QUADROS, 2011. p. 277.

surtem na esteira dos fatos, o término da Segunda Guerra Mundial e o declínio do enfoque positivista do modo de conceber o Direito acabaram por generalizar a consciência de que existem, na ordem jurídica internacional, determinados valores fundamentais que não se encontravam na esfera de disponibilidade dos Estados.

A consagração definitiva do *jus cogens* ocorreu com sua inserção na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. Essa convenção, celebrada em 1969 e em vigor internacionalmente desde 1980³⁰, assim dispõe em seu art. 53:

É nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza.

A positivação do *jus cogens* no corpo de uma convenção de tal magnitude, todavia, parece não ter sido suficiente para garantir a concretização dos valores que o instituto visa a preservar³¹. É que o conteúdo das normas imperativas permanece indeterminado, de modo que sua aplicação está a depender, invariavelmente, da interpretação que os sujeitos de Direito Internacional conferem ao instituto³². Atento a essa questão, Accioly, Casella e Silva³³ observa que, “a noção de norma cogente de direito internacional é conceito crucial, mas este ao mesmo tempo permanece problemático, na medida em que seu conteúdo poderá depender de quem afirme o caráter cogente da norma internacional”.

É fácil perceber que o *jus cogens*, por representar verdadeiro limite à autonomia jurídica dos Estados, constitui exceção no Direito Internacional³⁴. Integra, exclusivamente, o corpo de

³⁰ No Brasil, a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados foi incorporada ao ordenamento jurídico nacional mediante o Decreto nº 7.030, publicado em 14 de dezembro de 2009, passando, então, a vincular e a obrigar no plano do Direito interno.

³¹ As intervenções militares no Iraque, em 1998, e no Kosovo, em 1999, representaram verdadeira violação ao art. 2(4) da Carta das Nações Unidas, que proíbe o uso indiscriminado da força nas relações internacionais, princípio esse que estaria alçado à categoria de *jus cogens*.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Post scriptum: el primado del derecho sobre la fuerza como imperativo del *jus cogens*. In: CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto; VIDAL RAMIREZ, Fernando. **Doctrina latinoamericana del derecho internacional, tomo II**. Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2003. p. 49-66.

³² A Comissão de Direito Internacional, órgão que possui a atribuição de iniciar estudos e emitir recomendações destinados ao desenvolvimento e à codificação do Direito Internacional (art. 13.1 da Carta das Nações Unidas), elencou, exemplificativamente, algumas normas imperativas: proibição do uso da força, prática de genocídio, pirataria e tráfico de escravos e regras protetoras dos direitos do indivíduo.

³³ ACCIOLY, Hildebrando; CASELLA, Paulo Borba; SILVA, G. E. do N. **Manual de direito internacional público**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 116.

³⁴ “Ao trazer uma indelével limitação à soberania dos Estados e à sua liberdade de estipulação na cena internacional o *ius cogens* só é explicável à face das modernas concepções do Direito Internacional [...]” (PEREIRA; QUADROS, 2011, p. 285).

normas pertencentes ao direito internacional geral, o que evidencia o caráter universal do interesse que visa a proteger³⁵.

O reconhecimento generalizado da existência do *jus cogens* representa, sem dúvida, um dos traços mais marcantes da evolução do Direito Internacional contemporâneo. A eficácia *erga omnes* oriunda das normas imperativas não se coaduna com a concepção clássica de um Direito Internacional estabelecido sob as bases de um vínculo de simples coordenação entre os Estados. Indica, ao contrário, que determinadas obrigações internacionais originam-se de relações verticais de subordinação, cuja admissibilidade somente se revela possível se abandonada ideia de soberania absoluta³⁶.

Esse cenário tem significativa importância para a questão do fundamento de obrigatoriedade do Direito Internacional. O reconhecimento generalizado do *jus cogens* representa verdadeiro fator de crise no voluntarismo, indicando, ao mesmo tempo, que a força obrigatória da ordem internacional somente pode ser explicada por modernas concepções do Direito Internacional, como veremos adiante.

³⁵ RODAS, João Grandino. Jus Cogens em direito internacional. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 69, n. 2, p. 125-136, 1974. p. 128.

³⁶ Três espécies de relacionamento entre os Estados: relações de coordenação ou de cooperação, relações de subordinação e relações de reciprocidade (PEREIRA; QUADROS, 2011, p. 37).

4 AS BASES SOCIOLOGICAS DO DIREITO INTERNACIONAL

Objetivando atender aos pressupostos metodológicos expostos no item 2, analisaremos, neste capítulo, as bases sociológicas e as especificidades do Direito Internacional, passando, em seguida, ao exame da juridicidade deste ramo do Direito.

4.1 PANORAMA GERAL

Por bases sociológicas do Direito Internacional compreende-se o conjunto de fenômenos necessário à construção do Direito Internacional. Trata-se de elementos de que depende a própria formação da ordem jurídica internacional, tal como a compreendemos atualmente.

Observa-se que não existe, entre os internacionalistas e teóricos do Estado, unanimidade quanto à identificação dos elementos necessários formação do Direito Internacional. Para Verdross³⁷, constituem elementos de tal ordem a pluralidade de Estados, a soberania estatal, o comércio jurídico e a existência de convicções jurídicas uniformes, entendimento que é seguido em sua essência, embora com pequenas diferenças conceituais, por Mello³⁸. Já para Moncada³⁹, o Direito Internacional não se estabelece como ordem jurídica sem que se verifique uma pluralidade de comunidades políticas independentes, o reconhecimento recíproco, o relacionamento entre as diversas comunidades, a ordem ou a abstenção do método do recurso à força e a existência de critérios comuns para a solução de divergências.

A divergência principal entre os autores quanto ao tema parece decorrer da controvérsia em torno do momento histórico do surgimento do Direito Internacional, bem como da discussão quanto à possibilidade de sua existência no período que antecede à formação do moderno conceito de Estado.

Embora uma significativa parcela de autores estabeleça uma estreita conexão entre a formação da ordem jurídica internacional e a celebração dos Tratados Westfália⁴⁰, que deu

³⁷ VERDROSS, Alfred. **Derecho internacional publico**. Madrid: Biblioteca Juridica Aguilar, 1969. p. 8-14.

³⁸ MELLO, 2004. p. 78.

³⁹ MONCADA, António Cabral de. **Curso de direito internacional público – I volume**. Coimbra: Almedina, 1998. p. 31-35.

⁴⁰ Os Tratados de Westfália, compostos pelos Tratados de Münster e de Osnabrück, ambos assinados em outubro de 1648, deram fim à Guerra dos Trinta Anos e assinalaram uma nova era do Direito Internacional, por reconhecerem a igualdade e a soberania dos Estados.

origem ao nascimento dos Estados modernos, evidências demonstram que o Direito Internacional já encontrava na antiguidade e na Idade Média condições mínimas necessárias à sua formação⁴¹. A descoberta de tratados celebrados por volta de 2.100 a.C.⁴² vai ao encontro dessa afirmação, denotando que o Direito Internacional é, de fato, tão antigo quanto à civilização, não se tratando de um produto exclusivo da era moderna⁴³.

Nas civilizações antigas, entretanto, por suas limitações geográficas e culturais, não havia uma noção clara da existência de uma comunidade universal. A noção de universalidade, elemento essencial para a compreensão do moderno Direito Internacional, parece ter sido desenvolvida no Império Romano, com o surgimento do *jus gentium*.

Consistindo num conjunto de normas aplicadas às relações entre os cidadãos romanos e os estrangeiros ou entre os estrangeiros entre si, o *jus gentium* contrapunha-se ao direito romano primitivo, o *jus civile*, de perfil essencialmente formalista. A maleabilidade do *jus gentium*, resultado, sobretudo, da necessidade de adaptá-lo às exigências do comércio exterior, propiciou a rápida evolução deste sistema jurídico, que acabou por suplantando o estreito *jus civile*. O *jus gentium* tornou-se, assim, o direito comum do Império Romano, consagrando-se como um sistema jurídico de aplicabilidade universal. Esta evolução foi reforçada pela introdução, no sistema jurídico romano, do direito natural, concebido na Grécia pelos estóicos, e prosseguiu até o ponto de ambos, o direito natural e o *jus gentium*, serem considerados sinônimos⁴⁴.

A importância do *jus gentium* para o desenvolvimento do Direito Internacional reside, em essência, na inserção à sociedade da época da concepção de universalidade da ordem jurídica e da tomada de consciência quanto à necessidade de haver um direito comum da humanidade, a ser aplicável a todos os povos e baseado em princípios extraídos da razão universal⁴⁵. Apesar de seu caráter universal, entretanto, não é possível equiparar o *jus gentium* ao Direito Internacional. Tratava-se, em realidade, de um direito interno de Roma, que regulava essencialmente relações privadas.

Foi durante a Idade Média que começaram a ser plantadas as primeiras sementes do Direito Internacional. Neste período, caracterizado pela autoridade suprema da Igreja e pelos

⁴¹ DINH; DAILLER; PELLET, 2003. p. 44.

⁴² Versando sobre delimitação de fronteiras, firmado entre os soberanos de Lagash e Umma, cidades-estado situadas na região em que os historiadores chamam de Mesopotâmia. Outro tratado significativo da era antiga foi celebrado mil anos após entre Ramsés II do Egito e o rei dos hititas, versando sobre a paz e a irmandade eternas (SHAW, 2010, p. 12).

⁴³ VERDROSS, Alfred. O fundamento do direito internacional. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 10, n 2, p. 1-33, 2013.

⁴⁴ Sobre a relação entre direito natural e *jus gentium*: BRIERLY, 1979. p. 17; SERRA, 1962. p. 27.

⁴⁵ DINH; DAILLIER; PELLET, 2003. p. 48.

conflitos entre as autoridades religiosas e os chefes do Sacro Império Romano, o *jus gentium* sofreu profunda alteração em seu conceito, passando a ser compreendido não mais como um conjunto de normas reguladoras de relações entre indivíduos, mas como um Direito aplicável às relações entre os povos. Esse sentido próprio atribuído ao Direito das Gentes, fruto da contribuição de Francisco de Vitória (1480-1546) e da escola espanhola de direito natural, desencadeou o surgimento das primeiras noções de uma ordem jurídica aplicada a todos os povos.

Até este momento, todavia, o Direito Internacional encontrava-se ligado tanto a aspectos religiosos quanto ao direito natural. Assuntos pertencentes a domínios diversos, como obrigações jurídicas e deveres morais e religiosos, eram extraídos da mesma fonte mediata, a lei divina. Alberto Gentili (1522-1608) foi, talvez, o primeiro teórico a separar a teologia e o Direito Internacional, passando a tratar este último como um ramo da ciência jurídica. A separação do Direito Internacional da teologia e do direito natural veio a consolidar-se com Hugo Grócio (1585-1645). Em sua principal obra, *De jure belli ac pacis*, publicada em 1625, em que proclamada a liberdade dos mares, o holandês Grócio, delimitou os campos do direito natural e do Direito Internacional com profundidade não vista até então. Deslocou, outrossim, a fonte do direito natural da vontade de Deus para a natureza racional e social do homem, concebendo, com isso, um sistema abrangente do Direito Internacional.

O reconhecimento do Direito Internacional como campo de estudo autônomo e sistematizado, todavia, somente ocorreu com o surgimento dos Estados nacionais. Este tipo de organização política caracteriza-se pela existência de instituições governamentais que lhe permitem, em circunstâncias normais, impor a sua autoridade em qualquer parte do território. O surgimento do moderno conceito de Estado é resultado de um longo e acidentado processo de organização política, sendo decisivo, para esse efeito, o desaparecimento do feudalismo e da dispersão de poderes que o caracterizava⁴⁶.

De acordo com Verdross, a comunidade europeia de Estados não esperou, como muitas vezes se afirma, a Paz de Westfália para se constituir⁴⁷. De qualquer modo, ao estabelecerem formalmente a igualdade soberana e a independência recíproca dos Estados, os Tratados de

⁴⁶ A característica que mais distingue o Estado moderno posterior à Reforma em confronto com o Estado medieval é a sua enorme força e concentração de poderes (BRIERLY, 1979, p. 1).

⁴⁷ VERDROSS, 1969. p. 33. Em sentido contrário, afirmando que antes dos Tratados de Westfália não existia um direito internacional propriamente dito: MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 54.

Westfália representam, sem dúvida, seguro ponto de referência para o desenvolvimento do Direito Internacional Público.

Após essa breve perspectiva histórica, veremos, em linhas gerais, em que consistem as bases sociológicas do Direito Internacional, destacando que a abordagem será centralizada nos aspectos que se mostram pertinentes ao objeto do presente estudo.

4.2 PLURALIDADE DE ESTADOS

Embora a definição de Direito Internacional Público não seja uniforme, constata-se que quaisquer dos critérios utilizados para sua conceituação pressupõe, como elemento determinante de sua caracterização, a existência de uma pluralidade de Estados. De fato, o Direito Internacional destina-se, essencialmente, a regular as relações que se estabelecem entre os Estados e as organizações intergovernamentais⁴⁸. Sua formação pressupõe, assim, a coexistência de Estados ou de comunidades políticas independentes.

É por isso que eventual evolução da sociedade internacional para um Estado mundial implicaria o desaparecimento do Direito Internacional Público. O estabelecimento de uma *civitas maxima*⁴⁹, fenômeno cuja ocorrência se mostra improvável na atualidade, conduziria ao aparecimento de um Direito Constitucional universal, que constituiria, em realidade, um direito interno, estruturado nos mesmos moldes dos sistemas jurídicos estatais. A esse respeito, adverte Verdross que:

No podría darse D.I. alguno, si existiese un único Estado mundial. Ni em el seno del Imperio romano, ni em el del carolingio, hubo em D.I. Este solo pudo aparecer donde coexistieran vários Estados independientes. Por eso, el D.I.P. no es la ordenación jurídica del mundo, sin más; és, simplemente, uma de las posibles ordenaciones jurídicas del mundo. El D.I.P., es um fenómeno histórico, surgido en el tempo, y que podría desaparecer para dar lugar a outra distinta ordenación jurídica del mundo⁵⁰.

⁴⁸ As organizações intergovernamentais, ou internacionais, são constituídas por tratados entre Estados, de modo que sua criação provém da vontade estatal.

⁴⁹ Para Kant (1724-1804), o Estado universal corresponderia a um princípio regulatório, isto é, um critério racional que serve de ponto de orientação para a configuração da realidade.

⁵⁰ VERDROSS, 1969. p. 8.

Alguns autores, todavia, preconizam que o Direito Internacional evoluirá, mais cedo ou mais tarde, para o estabelecimento de uma ordem jurídica uniforme, comum a todos os Estados soberanos. Este fenômeno é de todo diverso do mencionado anteriormente, pois não pressupõe o desaparecimento dos Estados, mas a submissão deles a uma mesma Constituição. A atual fragmentação do Direito Internacional daria lugar, assim, à globalização da ordem jurídica.

Pensamos ser improvável que evolução nesse sentido ocorra, em escala global, em tempos próximos. O atual estágio de desenvolvimento da sociedade internacional parece apresentar condições mais propícias para o aprofundamento do processo de integração política e econômica entre blocos de países, fenômeno conhecido como regionalismo.

Poder-se-ia questionar se as organizações internacionais de caráter supranacional não constituem, de certo modo, exemplo da evolução conceitual acima mencionada. A característica mais saliente das organizações supranacionais reside na circunstância de os respectivos órgãos poderem tomar decisões obrigatórias para os Estados membros, independentemente de sua aceitação⁵¹. Distinguem-se elas das organizações internacionais tradicionais em razão do elevado grau de subordinação dos Estados membros. Tendo presentes essas características, é possível afirmar que a única organização de caráter supranacional existente na atualidade é a União Europeia⁵².

Resultado da integração entre a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço, instituída em 1951, a Comunidade Econômica Europeia, instituída em 1957, e a Comunidade Europeia da Energia Atômica, criada também em 1957, a União Europeia possui características que não permitem incluí-la em nenhuma das categorias jurídicas tradicionais. Enquanto alguns autores, como Teitgen, atribuem-lhe a natureza jurídica de um estado federal ou quase federal, outros doutrinadores, como Pescatore, a qualificam como organização de integração. Parece, todavia, prevalecer a designação de organização supranacional, considerada a extensão dos poderes atribuídos a seus órgãos centrais. Estas qualificações e denominações, salienta Campos⁵³, estão ligadas à concepção ideológica a que se adira sobre os objetivos dessas organizações internacionais e sobre as intenções que presidiram sua criação.

A criação de organizações supranacionais não implica, para os Estados membros, renúncia à soberania nacional, mas apenas a transferência do exercício de certas competências

⁵¹ CUNHA; PEREIRA, 2000. p. 370.

⁵² MAZZUOLI, 2011. p. 645.

⁵³ CAMPOS, João Mota de. **Direito comunitário – I volume**: o direito institucional. 8. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 557-559.

estatais⁵⁴. Preservam os Estados membros suas próprias constituições e seus ordenamentos jurídicos internos, independentemente de eventual promulgação de uma Constituição pela organização supranacional. Essas peculiaridades conduzem ao entendimento de que a noção de supranacionalidade ainda está longe de representar o estabelecimento de uma ordem jurídica plenamente uniforme aos Estados membros.

De qualquer modo, deve-se ter presente a observação de Dupuy⁵⁵, no sentido de que a organização internacional, seja qual for o seu grau de integração, tende a fazer surgir estruturas de poder senão frequentemente acima dos Estados, pelo menos ao nível deles.

Passamos, agora, a analisar a soberania como pressuposto para a formação do Direito Internacional.

4.3 SOBERANIA ESTATAL

De todos os pressupostos de formação do Direito Internacional, a soberania é o que mais tem atraído a atenção dos cientistas políticos, dos internacionalistas e dos teóricos do Estado. Isso porque a soberania constitui a base do nascimento do Estado moderno, e em torno de seu conceito gravita um conjunto abrangente de institutos de natureza política, filosófica e jurídica.

As primeiras formulações do conceito de soberania são de matriz jusnaturalista e remontam aos teólogos espanhóis do século XVI. Francisco de Vitória a teorizou sob o ponto de vista de sua dimensão externa, com um objetivo eminentemente prático, o de apresentar um fundamento jurídico para as conquistas do Novo Mundo⁵⁶. Ao contestar os títulos de legitimação inicialmente aduzidos pelos espanhóis em sustento da conquista, Francisco de Vitoria lançou os alicerces do moderno conceito de Estado como sujeito soberano e independente dos demais. A ideia da igualdade entre os Estados soberanos, todavia, parecia contrastar com a submissão dessas entidades políticas ao Direito e pelo papel dominante das grandes potências da época. Essas ambivalências, somadas ao processo de consolidação dos Estados nacionais e a plena separação entre os aspectos políticos e religiosos que haviam cimentado contribuíram para o enfraquecimento da construção teórica de Vitoria.

⁵⁴ Ibidem.

⁵⁵ DUPUY, René-Jean. **O direito internacional**. Coimbra: Almedina, 1993. p. 24.

⁵⁶ FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**: nascimento e crise do estado nacional. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 5-6.

O conceito de soberania encontrou em Jean Bodin sua mais sólida formulação. Em seu célebre *Les Six Livres de la République*, publicado em 1580, Bodin procura fazer a construção jurídica do Estado, concebendo a soberania como um elemento essencial do Estado, um poder supremo - *summa potestas* - sobre seu território e seus habitantes.

A obra de Bodin foi profundamente influenciada pelas circunstâncias de seu tempo. Num cenário em que a França encontrava-se dividida por facções e pela guerra civil, Bodin estava convencido de que a causa desses males era a falta de um poder suficientemente forte para conter as influências subsersivas das rivalidades feudais e da intolerância religiosa e de que a maneira mais adequada de combater esses males seria o fortalecimento da monarquia. Concluiu, assim, que a essência do Estado é a unidade do poder, a *summa potestas*⁵⁷. Para Bodin, a soberania é o poder absoluto e perpétuo de uma República, palavra que se usa tanto em relação aos particulares quanto em relação aos que manipulam todos os negócios de estado de uma República⁵⁸.

Ao contrário do que possa parecer, a soberania não era, para Bodin, um poder ilimitado. Subordinava-se ela ao direito divino, à lei da natureza ou da razão e ao direito das gentes⁵⁹, sendo conveniente ressaltar que, na Idade Média, o Direito não era concebido como uma construção inteiramente humana⁶⁰.

A doutrina da soberania, tal como formulada por Bodin, não representava óbice ao desenvolvimento do Direito Internacional. Consistia ela em um princípio essencial de ordem política interna. Como adverte Brierly, Bodin ficaria certamente surpreendido se pudesse prever que, mais tarde, a soberania viria a ser falsamente transformada em um princípio de desordem internacional e invocada para demonstrar que os Estados estavam, por natureza, acima da lei⁶¹.

Já no século XVI, o conceito de soberania formulado por Bodin seria profundamente alterado. Fatos políticos novos viriam a compreender o soberano não mais como uma autoridade estabelecida em harmonia com a lei, mas uma autoridade detentora de um poder supremo, qualquer que fosse sua origem. Em o *Leviathan*, obra publicada em 1651, Thomas Hobbes identifica a soberania com a força, não mais como um poder legal. A partir de então, a soberania

⁵⁷ BRIERLY, 1979. p. 8.

⁵⁸ *apud* DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 84.

⁵⁹ VERDROSS, 1969. p. 9. Também nesse sentido: CUNHA; PEREIRA, 2000. p. 60.

⁶⁰ BRIERLY, *op. cit.* p. 9.

⁶¹ BRIERLY, 1979. p. 10.

passou a ostentar um caráter absoluto, concepção essa que veio a consagrar-se no século XX por influência de Hegel, que ligava o conceito de soberania à onipotência do Estado⁶².

O processo de absolutização da soberania trouxe dificuldades enormes para o Direito Internacional, seja no que diz respeito a sua estruturação teórica, seja no que toca às consequências práticas daí advindas. É que a doutrina da soberania absoluta acarreta, como consequência lógica, a impossibilidade de sujeição dos Estados ao Direito, negando, assim, a imperatividade do Direito Internacional. Esta objeção quase intransponível foi objeto de inúmeras teorias, cujas principais serão estudadas no capítulo III.

Se a soberania, enquanto poder absoluto e ilimitado, revela-se incompatível com o Direito Internacional, esta categoria político-jurídica, em sua noção relativa e limitada, apresenta-se como verdadeiro pressuposto de formação da ordem jurídica internacional. É que uma comunidade política somente é considerada Estado se for capaz de governar-se por si mesma, sem relação de subordinação a outros Estados. A existência de um governo próprio e a independência apresentam-se, assim, como aspectos interno e externo da soberania⁶³, e sugerem uma noção de imediatismo normativo: o Estado só é soberano se estiver submetido direta e imediatamente ao Direito Internacional⁶⁴.

A vinculação entre a soberania e a capacidade normativa na ordem jurídica internacional foi posta em evidência pelo então Tribunal Permanente de Justiça Internacional no caso vapor Wimbledon. Conforme o Tribunal, “a faculdade de contrair compromissos internacionais é precisamente um atributo da soberania do Estado”⁶⁵. A soberania, assim compreendida, apresenta-se não apenas como um atributo do Estado, mas como uma condição para a própria construção do Direito Internacional.

Para os tribunais internacionais a soberania equivale à independência. O critério da independência vem sendo reiteradamente invocado na jurisprudência internacional para analisar a qualidade de Estado de uma dada comunidade política⁶⁶.

O princípio da soberania constitui a base do relacionamento entre os Estados, estando previsto expressamente no art. 2º, parágrafo 1º, da Carta das Nações Unidas. Seu principal corolário é a noção de igualdade jurídica entre os Estados, da qual a doutrina extrai uma série

⁶² CUNHA; PEREIRA, 2000. p. 61.

⁶³ VERDROSS, 1969. p. 9.

⁶⁴ DINH; DAILLER; PELLET, 2003. p. 435.

⁶⁵ Ibidem.

⁶⁶ DINH; DAILLER; PELLET, 2003. p. 434.

de desdobramentos, entre os quais merecem ser mencionados a integridade territorial, a inviolabilidade da independência política dos Estados, o dever de respeito à personalidade jurídica dos Estados e o dever de cumprimento das obrigações internacionais⁶⁷.

4.4 RELAÇÕES INTERESTATAIS

O Direito Internacional regula as relações que se estabelecem entre os Estados e os outros sujeitos de Direito Internacional sob uma perspectiva jurídica. As relações entre os sujeitos componentes da sociedade internacional, todavia, podem ser analisadas sob a ótica dos interesses políticos, econômicos, sociais, humanitários que propiciam o seu nascimento. Este segundo enfoque é objeto das relações internacionais, cujo campo de estudo envolve, ainda, o relacionamento entre empresas transnacionais e outras entidades que não possuem personalidade jurídica internacional.

Uma comunidade humana, qualquer que seja sua abrangência, somente se estabelece se houver relacionamento entre seus membros. Com o Estados o mesmo se sucede. A sociedade internacional, conceito que passou a adquirir forma somente em tempos recentes⁶⁸, é resultado de um lento e tumultuado processo de aproximação entre os povos, que, movidos por interesses das mais variadas ordens, passaram a estabelecer relações entre si, dando origem a um ordenamento jurídico próprio, o Direito Internacional.

Verdross elenca, dentre os pressupostos de formação do Direito Internacional, o comércio internacional, cuja regulamentação despertou o surgimento de normas internacionais sobre diversas matérias. Conforme o Professor de Viena,

A esta classe de comercio internacional deben su origen muchas normas del D.I.P., sobre todo las relativas al estatuto de los extranjeros, u asimismo las que atañen a la neutralidade em la guerra marítima, puesto que su objeto es em gran parte la situación jurídica de la propiedad privada neutral en el mar⁶⁹.

Os interesses econômicos encontram-se, ao certo, no cerne de grande parte do processo de aproximação entre os Estados. As relações interestatais começaram a adquirir consistência e continuidade a partir do desenvolvimento da atividade mercantil, o que remonta aos mais

⁶⁷ HERDEGEN, 2005. p. 245.

⁶⁸ O conceito de sociedade internacional desenvolve-se a partir de uma perspectiva nova do Direito Internacional, qual seja a da existência de certos princípios materiais comuns a envolver o relacionamento entre os Estados (HERDEGEN, 2005. p. 48-49).

⁶⁹ VERDROSS, 1969. p. 12.

antigos tempos, sendo impulsionada pela navegação marítima⁷⁰. Não se pode negar, porém, que as relações interestatais originam-se também da tutela de interesses políticos, sociais, humanitários e religiosos, ainda que se reconheça que a defesa de tais valores configure muitas vezes mera retórica para a consecução de objetivos comerciais.

Nessa ordem de ideias, pensamos que alçar o comércio internacional à categoria de pressuposto de formação da ordem internacional representaria um verdadeiro filtro valorativo no tocante à análise do tema, acarretando uma visão restritiva das bases sociológicas do Direito Internacional. Mais adequado, segundo nossa visão, consiste em inscrever as relações interestatais, amplamente consideradas, na classe dos fenômenos que constituem as bases sociológicas do Direito Internacional. Afasta-se, com isso, qualquer critério axiológico no que respeita à matéria, que passa a ser examinada sob uma perspectiva meramente descritiva.

4.5 CONVICÇÕES JURÍDICAS COINCIDENTES

O surgimento do Direito Internacional pressupõe, por fim, a convicção em torno da unidade do gênero humano⁷¹.

A despeito das especificidades étnicas, religiosas, culturais e econômicas dos povos, constata-se a existência de um núcleo de valores comuns entre os homens, uma verdadeira raiz unitária que decorre da própria natureza humana. O Direito, como regulação normativa de uma realidade social, não pode desprezar as necessidades fundamentais do ser humano, as quais são ditadas pela natureza e não se condicionam por fronteiras nem obedecem a critérios de ordem política.

O condicionamento cultural do modo de vida humano é, assim, uma das relevantes funções desempenhadas pelo Direito. Zippelius⁷², ao abordar o assunto, destaca que:

Há boas razões a favor da tese segundo a qual têm bases genéticas muitos padrões de comportamento humano, sobretudo os que são recorrentes em muitas culturas separadas entre si e os que voltam sempre a impor-se face a todas as tentativas de reforma.

⁷⁰ MONCADA, 1998. p. 33.

⁷¹ VERDROSS, 2013. p. 1-33.

⁷² ZIPPELIUS, Reinhold. **Filosofia do direito**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 101.

A ideia de que as necessidades comuns dos homens e, por consequência, as relações interestatais, decorrem, em grande medida, da consciência quanto à unidade do gênero humano vem defendida, também, por Serra. Conforme o insigne jurista:

[...] a própria natureza estabelece uma urdidura de necessidades e interesses comuns entre os Estados, que formam uma comunidade mais ou menos firme, cujo desenvolvimento requer, em última instância, o reconhecimento do princípio da unidade essencial do gênero humano e dum direito natural de pacífica comunicação⁷³.

No nosso entender, a convicção sobre a unidade do gênero humano aproxima-se do que Reale⁷⁴ denominou de constante estimativa do Direito. Conforme o renomado jusfilósofo, a existência de uma constante estimativa do Direito é o que possibilita a compreensão do fenômeno jurídico como fenômeno universal. Para Reale⁷⁵, o fenômeno jurídico “traduz o que há de universal em nosso espírito, o que há de comum entre um homem e outro, o ego e o alter”.

A ideia de uma comunidade universal de Estados e do estabelecimento de uma ordem normativa a reger as relações que se originam desse meio não faria sentido sem a clara noção da unidade do gênero humano e da compreensão de que as necessidades humanas não respeitam fronteiras. O Direito Internacional desenvolveu-se, assim, sob esta concepção universalista, que foi fortemente influenciada pelo Cristianismo, baseado no conhecido dogma de que todos os homens são irmãos⁷⁶. Originária da religião, esta concepção deslocou-se para os quadrantes da vida política, influenciando suas estruturas e inspirando a doutrina do direito natural, que, como vimos, serviu de base para o nascimento do Direito Internacional⁷⁷.

Dinh, Dailler e Pellet⁷⁸, referindo-se ao período de desenvolvimento do Direito Internacional, de 1789 até a atualidade, elencam alguns motivos que conduziram à tomada de consciência da unidade do gênero humano:

Dois factos constantes dominam estes dois séculos de vida internacional e permitem reuni-los num mesmo período jurídico. O primeiro é a persistência do Estado soberano. Tal persistência leva à do sistema interestatal. O segundo resulta das profundas e sucessivas transformações provocadas no mundo por causas que quase não é preciso recordar: revoluções políticas, técnicas e industriais, guerras – e, sobretudo, as duas grandes guerras mundiais no espaço de menos de uma geração –, descolonização e advento da arma nuclear. Na sociedade internacional alargada, mas restringida também pelos progressos técnicos, essas transformações afectaram a vida

⁷³ SERRA, 1962. p. 65.

⁷⁴ REALE, 2002. p. 565.

⁷⁵ Ibidem.

⁷⁶ VERDROSS, 2013. p. 2.

⁷⁷ O “direito natural desempenhou a mais importante das suas funções ao dar origem ao moderno direito internacional” (MAINE *apud* BRIERLY, 1979, p. 23).

⁷⁸ DINH; DAILLIER; PELLET, 2003. p. 61.

de todos os povos e despertaram neles o sentimento de sua unidade e da sua interdependência.

É precisamente a convicção sobre a existência de valores comuns a todos os seres humanos que tornou possível a aproximação entre os povos e, por consequência, a formação de uma sociedade internacional, meio em que se desenvolve a ordem jurídica internacional.

Analisadas as bases sociológicas do Direito Internacional, veremos, a seguir, os traços característicos deste ramo da ciência jurídica.

5 AS ESPECIFICIDADES DO DIREITO INTERNACIONAL

O Direito Internacional possui características muito peculiares, que o distinguem claramente dos ordenamentos jurídicos estatais. Tais características decorrem da própria natureza de seus principais destinatários, os Estados soberanos, e refletem as especificidades do meio social em que a ordem jurídica internacional vigora, a sociedade internacional⁷⁹.

Como destaca Brierly⁸⁰, a natureza do direito internacional é forçosamente determinada pela natureza da sociedade em que atua. Por isso a compreensão das especificidades do Direito Internacional não se faz possível sem uma prévia análise dos aspectos que tipificam a sociedade internacional⁸¹.

A sociedade internacional é uma expressão que designa o conjunto de atores que operam no cenário internacional. O conceito envolve, assim, não somente os sujeitos de Direito Internacional, ou seja, as pessoas às quais a ordem internacional atribui personalidade jurídica internacional (Estados, organizações internacionais e, para determinados fins, o indivíduo⁸²), mas também as entidades coletivas que, de algum modo, intervém nas relações internacionais, como as empresas transnacionais e as organizações não-governamentais⁸³.

A noção de sociedade internacional é, de certa forma, ambígua e está em constante mutação⁸⁴. A par disso, o seu significado assume importância tanto para a análise das especificidades da ordem jurídica internacional quanto para a compreensão da própria definição deste ramo do Direito Público⁸⁵.

⁷⁹ Comunidade e sociedade são formas de convivência social que se diferenciam pelo vínculo, ou elemento subjetivo, que une seus integrantes. Enquanto a comunidade assenta-se numa base espiritual, em que os interesses de seus membros são convergentes, a sociedade baseia-se num vínculo material, em que os interesses de seus componentes são antagônicos. O ambiente internacional parece estar longe de refletir um vínculo de confiança entre seus membros, razão pela qual optamos por empregar o termo sociedade internacional (MELLO, 2004, p. 55).

⁸⁰ BRIERLY, 1979. p. 41.

⁸¹ CUNHA; PEREIRA, 2000. p. 9.

⁸² É polêmica a inserção do indivíduo no elenco dos sujeitos de Direito Internacional. A doutrina contemporânea parece caminhar no sentido de reconhecer-lhe a possibilidade de serem titulares de direitos e deveres na órbita internacional, ao menos no que diz respeito à proteção internacional dos direitos humanos (CUNHA; PEREIRA, 2000, MAZZUOLI, 2011; p. 449; PEREIRA; QUADROS, 2011, p. 405-408).

⁸³ CUNHA; PEREIRA, op. cit. p. 9; MAZZUOLI, op. cit. p. 44-45.

⁸⁴ O conceito de sociedade internacional é “um conceito em mutação, que poderá ser modificado no futuro com a presença de novos atores das relações internacionais” (MAZZUOLI, 2011, p. 44-45).

⁸⁵ Há três critérios possíveis de definir o Direito Internacional: o critério dos sujeitos, o critério do objeto da norma jurídica e o critério da forma de sua produção. A doutrina contemporânea, apontando a insuficiência dos dois primeiros critérios, parece inclinar-se a definir o Direito Internacional a partir da forma de produção da norma jurídica. Deste modo, o Direito Internacional seria o conjunto de normas jurídicas criadas pelos processos de produção da sociedade internacional e que transcendem o âmbito dos Estados. Nesse sentido (PEREIRA; QUADROS, 2011, p. 31).

Ao contrário do que sucede nos Estados, em que a vida social organiza-se num princípio da autoridade, na sociedade internacional a vida de relação é orientada pela coordenação das esferas de ação de seus componentes. Trata-se de um ambiente desorganizado, destituído de um poder central de direção que assegure eficazmente a tutela dos interesses comuns e de cada um de seus membros. Dupuy⁸⁶ contextualiza bem a desordem própria da sociedade internacional ao dizer que o poder, na sociedade relacional clássica, apresenta três características: é disperso, incondicionado e violento.

A estrutura do Direito Internacional, portanto, tem como características a intensa descentralização e escassa institucionalização, predominando, de acordo com Scelle, o princípio do desdobramento funcional, segundo o qual os próprios Estados interessados na produção de normas jurídicas utilizam seus órgãos para que o Direito Internacional se realize. Tornou-se célebre, a esse respeito, a afirmação de que na ordem jurídica internacional não existe legislador, nem juiz, nem polícia. Veremos, a seguir, as principais características do sistema jurídico internacional em contraposição aos ordenamentos jurídicos estatais.

5.1 AUSÊNCIA DE PODER LEGISLATIVO CENTRAL

Talvez o traço mais característico do sistema jurídico internacional em contraposição aos ordenamentos internos seja o relativo ao modo como o Direito é produzido.

O Direito Internacional não dispõe de um órgão legislativo central, responsável pela produção de normas jurídicas. Suas regras não são criadas por um único Estado, mas por uma pluralidade de Estados soberanos. No processo de formação das normas internacionais, os Estados são, simultaneamente, agentes de elaboração e destinatários do Direito. Como sujeitos plenos do Direito Internacional, os Estados promulgam em comum, por meio de acordo, a regulamentação que exprime o interesse dos participantes, cabendo a cada qual avaliar a dimensão do dever que lhe incumbe e as condições de sua execução⁸⁷.

O ordenamento jurídico internacional é composto, primordialmente, por normas de origem convencional e consuetudinária. Enquanto as primeiras são criadas mediante acordo entre os Estados ou organizações internacionais, as regras da segunda espécie originam-se de

⁸⁶ DUPUY, 1993. p. 31.

⁸⁷ Ibidem. p. 6.

um lento processo de repetição de comportamentos, de onde emana a convicção quanto à sua obrigatoriedade.

Como observa Brierly, a ideia de que o Direito Internacional necessita de modificações normativas é relativamente recente na história. A comunidade internacional bastara-se até certa altura com o desenvolvimento do seu direito pelo costume. Isso se explica, a nosso ver, pelo reduzido campo de abrangência do Direito Internacional clássico, que se limitava, primordialmente, a regular assuntos relativos à paz e à guerra. À medida que o Direito Internacional ampliou sua competência, passando a normatizar relações de índole econômica e social, que tradicionalmente constituíam monopólio dos Estados soberanos, compreendeu-se a necessidade de conferir maior celeridade à regulação de certos assuntos, que passaram, então, a ser disciplinados por meio de tratados.

A afirmação de que a ordem internacional não dispõe de um poder legislativo central não se mostra contrariada pelo estabelecimento da Organização das Nações Unidas⁸⁸. As resoluções da Assembleia Nacional das Nações Unidas não se revestem de força vinculativa para os Estados, exceto para certos órgãos das Nações Unidas, e somente para determinados fins.

5.2 AUSÊNCIA DE UM PODER EXECUTIVO CENTRAL E O MÉTODO DE CUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES INTERNACIONAIS

O sistema jurídico internacional não dispõe de um órgão central para dar cumprimento a suas normas jurídicas. Controverte-se até mesmo sobre a existência de sanções no Direito Internacional.

A inexistência de um mecanismo centralizado de aplicação das normas jurídicas implica a liberdade dos Estados de procederem como lhes convém para fazer valer os seus direitos subjetivos. Este modo de estruturação do sistema jurídico internacional propicia o desencadeamento de relações de força entre os Estados, as quais, em momentos de crise institucional, relevam-se, de fato, dominantes na vida internacional. Conforme Pereira e Quadros⁸⁹: “a execução das sanções depende da distribuição das forças na Comunidade

⁸⁸ SHAW, 2010. p. 3; VERDROSS, 1969. p. 74.

⁸⁹ PEREIRA; QUADROS, 2011. p. 54.

Internacional, e a História demonstra que a aplicação de sanções pode ser levada a cabo contra Estados pequenos ou fracos, mas não contra as grandes potências”.

O primado da força nas relações internacionais, todavia, não afasta a existência de uma ordem jurídica. Todo Direito, de fato, é reflexo de relações de força presentes no meio em que se desenvolve, e essa característica não é exclusiva do Direito Internacional.

Mais embaraçosa para os internacionalistas é a questão relativa à inexistência de sanção na ordem jurídica internacional. De fato, sendo a coercibilidade o traço que diferencia a norma jurídica das demais normas de conduta, a inexistência de sanção acabaria, ao menos no plano teórico, por afastar a juridicidade do Direito Internacional.

Neste cenário, a reciprocidade e a represália apresentam-se como mecanismos institucionalizados de tutela dos interesses estatais, desempenhando funções equivalentes à sanção.

5.3 A JURISDIÇÃO FACULTATIVA

O sistema judiciário internacional apresenta características que diferem sensivelmente das existentes nas jurisdições estatais. Estas especificidades decorrem do fato de os serem os Estados soberanos os principais sujeitos nas controvérsias submetidas à jurisdição internacional.

Ao contrário do que sucede nos sistemas jurídicos estatais, o Direito Internacional não dispõe de jurisdição obrigatória em matéria de conflitos interestatais. Na ordem internacional, a submissão de uma controvérsia a um órgão jurisdicional ou arbitral condiciona-se ao consentimento das partes em litígio. Isso significa que os Estados partes numa controvérsia internacional devem reconhecer como obrigatória a jurisdição da Corte em relação a si, aceitando expressamente a sua competência para julgamento⁹⁰.

Conforme Dinh, Dailler e Pellet⁹¹: “enquanto sobreviver a soberania estatal, será impossível estabelecer uma justiça internacional obrigatória que autorize cada Estado a citar unilateralmente um outro Estado perante uma jurisdição internacional a propósito de qualquer conflito”.

⁹⁰ MAZZUOLI, 2011. p. 1067.

⁹¹ DINH; DAILLER; PELLET, 2003. p. 880.

Constata-se, atualmente, a existência de diversas convenções dispostas sobre a obrigatoriedade de submissão das partes à jurisdição da Corte Internacional de Justiça. Resultam elas, entretanto, de acordos celebrados entre os Estados, assentando-se, assim, em um fundamento convencional. Não dizem respeito, portanto, ao Direito Internacional geral, que repousa sobre um fundamento consuetudinário⁹². Nesse sentido é a lição de Kelsen⁹³: “sob o Direito Internacional geral, nenhum Estado é obrigado a submeter seu litígio com outro Estado a um tribunal internacional. Tal submissão requer acordo entre as partes envolvidas no conflito em questão”.

O caráter facultativo da jurisdição internacional encontra-se, de certo modo, contrabalanceado com a institucionalização de meios alternativos de solução de controvérsia. Os meios diplomáticos, políticos e a arbitragem revelam-se, nesse contexto, essenciais à solução de disputas envolvendo Estados e organizações internacionais.

A análise das especificidades do Direito Internacional tende a suscitar dúvidas sobre a natureza jurídica da ordem internacional, problemática que será enfrentada no capítulo seguinte.

⁹² A dicotomia Direito Internacional comum ou geral e Direito Internacional particular ou convencional encontra-se na base da compreensão quanto ao âmbito de validade das normas internacionais. Enquanto o Direito Internacional comum obriga todos os Estados, correspondendo aos princípios gerais de Direito Internacional, ao costume internacional e ao jus cogens, o Direito Internacional particular vincula apenas as entidades que participaram de seu processo de formação.

MIRANDA, Jorge. **Curso de direito internacional público**. 5. ed. Portugal: Princípia, 2012. p. 25.

⁹³ KELSEN, Hans. **Princípios do direito internacional**. Ijuí: Unijuí, 2010. p. 466.

6 A JURIDICIDADE DO DIREITO INTERNACIONAL

O problema relativo ao fundamento de obrigatoriedade do Direito Internacional mantém estreita conexão com a questão da natureza jurídica das normas que compõem o ordenamento jurídico internacional. A proximidade entre as questões é tão intensa que aparecem, por vezes, confundidas na doutrina⁹⁴.

A investigação sobre a natureza jurídica de uma determinada regra de conduta deve anteceder, por coerência de raciocínio, o estudo de sua força obrigatória. Trata-se, assim, de uma questão prévia ao estudo do objeto central deste trabalho, razão pela qual dela passamos a nos ocupar.

O Direito não constitui o único instrumento de regulamentação e organização da vida em sociedade. Ao lado dele, convivem outras espécies de normas que também disciplinam o comportamento humano, como as regras de conteúdo moral, religioso e as de trato social, as quais, juntamente com o Direito, compõem um plexo de comandos que orientam e direcionam a conduta do homem no seu relacionamento intersocial.

Inúmeros estudos têm sido desenvolvidos com o objetivo de identificar os traços característicos do fenômeno jurídico e de definir o conceito de Direito, apartando-o das demais regras de conduta. Para Reale⁹⁵, a nota essencial do Direito, o que o caracteriza e o diferencia das demais espécies de normas, é a sua bilateralidade atributiva, que consiste numa “relação objetiva que, ligando entre si dois ou mais seres, lhes confere e garante, de maneira recíproca ou não, pretensões ou competências”. Da ideia de bilateralidade atributiva decorrem, segundo o renomado jurista, alguns corolários lógicos, entre os quais se encontra a coercibilidade, ou seja, a garantia de cumprimento do Direito mediante execução coercitiva.

Para Kelsen, o elemento que particulariza o Direito é a sanção. O Direito, afirma Kelsen⁹⁶, “é uma ordem normativa, e, uma vez que normas jurídicas estabelecem sanções como atos coercitivos, é possível afirmar que o Direito é uma ordem coercitiva”.

Como vimos no capítulo anterior, a sociedade internacional não dispõe, em sua estrutura orgânica, de uma autoridade suprema capaz de produzir regras jurídicas vinculantes aos Estados soberanos. A organização internacional não conta, ainda, com a existência de um órgão dotado

⁹⁴ PEREIRA; QUADROS, 2011. p. 57.

⁹⁵ REALE, 2002. p. 658-659.

⁹⁶ KELSEN, 2010. p. 32.

de competência para exigir o cumprimento de suas normas, sendo controversa a questão referente à existência de sanções na ordem internacional. Diante dessas especificidades, é possível caracterizar o Direito Internacional como verdadeiro Direito?

Esta problemática vem acompanhando os juristas há muito tempo. A impugnação ao caráter jurídico do Direito Internacional originou-se nas ideias de Hobbes⁹⁷, fundador da primeira teoria do Estado moderno. Hobbes concebe o Direito à luz de uma concepção absolutista de Estado, compreendendo-o como o conjunto de normas com as quais o soberano ordena ou proíbe dados comportamentos a seus súditos⁹⁸. A persistência das guerras e a incapacidade de o Direito Internacional repelir o uso da força pelos Estados alimentaram as dúvidas sobre a juridicidade deste ramo do Direito Público. Atualmente, percebe-se que são cada vez em menor número os adeptos das correntes de pensamento que negam o caráter jurídico do Direito Internacional, subsistindo, entretanto, uma certa flutuação doutrinária a respeito do tema.

As doutrinas que negam a juridicidade do Direito Internacional podem ser reconduzidas a três grupos, de acordo com a orientação fundamental que adotam: as que vêem o Direito Internacional como política de força, as que equiparam o Direito Internacional à moral internacional e, por fim, a doutrina que considera o Direito Internacional um direito *sui generis* ou como um Direito imperfeito. Veremos as grandes linhas dessas doutrinas e, em seguida, teceremos algumas críticas sobre seus pontos essenciais.

6.1 O DIREITO INTERNACIONAL COMO POLÍTICA DE FORÇA

A normatividade do Direito Internacional é negada com mais veemência pelos que reduzem a ordem internacional à política de força. A doutrina do Direito Internacional como expressão de uma política de força encontra inspiração na filosofia de Hegel, para quem o Estado é a organização humana suprema, a mais alta manifestação do espírito objetivo⁹⁹.

Representante desta doutrina, Adolfo Lasson (1832-1917) não admitia a possibilidade de os Estados estabelecerem vínculos que limitassem o exercício de sua soberania. Para ele, “os Estados não podem estabelecer entre si uma relação de comunidade jurídica; entre eles só a

⁹⁷ DINH; DAILLER; PELLET, 2003. p. 87.

⁹⁸ BOBBIO, 1995. p. 37.

⁹⁹ SERRA, 1962. p. 53; CUNHA; PEREIRA, 2000. p. 17.

força decide”¹⁰⁰. Os acordos celebrados entre os Estados, segundo Lasson, representariam simples compromissos fáticos sem valor normativo, criando unicamente regras de prudência política. É fácil perceber que para Lasson a guerra constitui prerrogativa inalienável da soberania e o único meio possível de resolver conflitos interestatais.

A identificação entre Direito Internacional e política de força ganhou adeptos, mais recentemente, com o chamado neorrealismo norte-americano. Hans Morgenthau (1904-1980), expoente desta corrente de pensamento, considerava o poder do Estado não poderia ser limitado pelo Direito Internacional, ao qual atribuída um alcance insignificante¹⁰¹.

6.2 O DIREITO INTERNACIONAL COMO MORAL INTERNACIONAL

A equiparação do Direito Internacional à moral internacional foi defendida por John Austin (1790-1859). Para Austin, o elemento essencial do Direito seria a sua imperatividade. A norma jurídica corresponderia a um mandado, uma ordem, que somente poderia provir de uma autoridade política superior. As normas internacionais, por não derivarem de uma instituição superior aos Estados, não teriam natureza jurídica, estando amparadas somente pela opinião pública. O Direito Internacional, por consequência, corresponderia à moral internacional. Conforme Serra¹⁰², a concepção de Austin sobre o Direito Internacional exerceu notável influxo doutrinal por meio da *Analytical School of Jurisprudence*, da qual foi fundador.

A redução do Direito Internacional à moral também foi também efetivada por Julius Binder (1870-1939). Inspirado na filosofia de Hegel, Binder compreendia que o Direito está sempre vinculado a uma comunidade. Em razão disso, e por não haver uma comunidade superior aos Estados, as normas internacionais corresponderiam a simples regras morais ou a usos internacionais aplicáveis em virtude de uma prática constante¹⁰³.

¹⁰⁰ *apud* SERRA, op. cit. p. 53.

¹⁰¹ SERRA, op. cit. p. 54.

¹⁰² *Ibidem*. p. 56.

¹⁰³ MELLO, 2004. p. 116.

6.3 O DIREITO INTERNACIONAL COMO NORMATIVIDADE *SUI GENERIS* OU COMO DIREITO IMPERFEITO

As objeções à natureza jurídica do Direito Internacional partiram, também, dos pensadores que atribuíam à ordem internacional o caráter de uma normatividade *sui generis*, ou o consideravam um direito imperfeito.

Integra o primeiro desses grupos Felix Somlo (1873-1920), para quem as normas internacionais não ostentam natureza jurídica por serem escassas, insuficientemente observadas e por constituírem expressão de um poder instável, constituído mediante concerto das grandes potências. Para este jurista, as normas internacionais não poderiam ser equiparadas à moral, porque a moral é autônoma e abstrata, enquanto as regras internacionais são heterônomas e confortam-se com uma justiça relativa. O Direito Internacional ostentaria, então, uma normatividade *sui generis*.

Friedrich Carl von Savigny (1779-1861) integra o grupo de juristas que consideravam o Direito Internacional um direito imperfeito. Representante da Escola Histórica do Direito¹⁰⁴, que exerceu grande influência sobre a filosofia do Direito, Savigny reconhecia a existência de uma comunidade internacional, porém afirmava tratar-se de uma comunidade em lenta gestação, cuja consciência jurídica desenvolvia-se gradualmente. Para o grande romanista, que defendia a tese de que o Direito era criado “pelas forças silenciosas do espírito do povo”¹⁰⁵, as normas internacionais seriam imperfeitas, acarretando insegurança.

Para Ernst Zitelmann (1852-1923), o Direito Internacional seria um direito imperfeito em razão das deficiências da norma internacional, as quais elenca: a) pequena extensão de seu conteúdo; b) insegurança de seus preceitos; c) grande quantidade de cláusulas restritivas; d) admissão do direito de represália; e) admissão da guerra¹⁰⁶.

Burckhardt considerava que o direito positivo somente poderia ser estabelecido por uma autoridade competente, razão pela qual refutava a positividade do Direito Internacional, que não provém de um legislador. Para Burckhardt, a ordem internacional careceria, ainda, de coatividade e de unidade sistemática, consistindo, portanto, de num direito imperfeito.

¹⁰⁴ KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do direito**. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014. p. 39.

¹⁰⁵ *apud* KAUFMANN, op. cit. p. 39.

¹⁰⁶ CUNHA; PEREIRA, 2000, p. 17; SERRA, 1962. p. 59.

6.4 A DEFESA DA JURIDICIDADE DO DIREITO INTERNACIONAL

A cada uma das concepções negativistas do Direito Internacional podem ser formuladas teses opostas, que afirmam a juridicidade da norma internacional.

Nesse contexto, pode-se afirmar que a equiparação do Direito Internacional à política de força acaba por desconsiderar a distinção, já consagrada no mundo das ciências humanas, entre os planos do ser e do dever-ser, entre a realidade e a normatividade. A regra jurídica não é apenas a narração de um acontecimento, ou a advertência de um efeito cientificamente presumível¹⁰⁷. Ela possui conteúdo jurídico e, como tal, obriga. De resto, a essência do Direito, como observa Serra¹⁰⁸, não pode ser explicada mediante recurso a categorias do mundo da natureza física, a que pertence a força, mas somente pode sê-lo com recurso às suas próprias categorias.

Não se pode perder de perspectiva, quanto a esse ponto, que as dimensões políticas são inerentes a todo o fenômeno jurídico, não se restringindo ao campo do Direito Internacional. Essa percepção tende a ficar mais nítida quando se tem a necessária compreensão de que o Direito não representa apenas um conjunto estático de normas abstratas, devendo ser compreendido, também, em sua perspectiva dinâmica, como um processo em que os sujeitos interferem em sua aplicação.

As demais objeções tradicionalmente dirigidas à natureza jurídica da norma internacional, embora amparadas em distintas orientações filosóficas, derivam de uma concepção geral do Direito tal como estruturada nos ordenamentos jurídicos Estatais.

O Direito constitui um sistema de regras obrigatórias. Mas para que isso se verifique, sustentam os negadores do Direito Internacional, é necessário que emane de uma organização superior, dotada de autoridade sobre seus destinatários. A inexistência de uma organização supraestatal na sociedade internacional, segundo essa linha de raciocínio, acabaria por afastar o caráter jurídico do Direito Internacional.

Resta claro que essa linha de raciocínio toma como base a definição de Direito construída no moderno conceito de Estado. Deve-se ter presente, todavia, que o Estado moderno

¹⁰⁷ A advertência é de:

BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria geral do direito tributário**. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2007. p. 61.

¹⁰⁸ SERRA, 1962. p. 61.

constitui uma modalidade história de organização política, que pode vir a estruturar-se sob outra forma, deixando eventualmente de apresentar as características que hoje o identificam. Ao analisar as qualidades de independência e de igualdade como inerentes à própria natureza do Estado, Brierly¹⁰⁹ observa, com muita propriedade, que a atribuição dessas características é apenas uma fase num processo histórico, não havendo razões para supor que o processo de desenvolvimento tenha terminado.

O Direito interno, salienta Salcedo¹¹⁰, não é a única manifestação possível do fenômeno jurídico. De fato, erigir o Direito, tal como manifestado no Estado moderno, ao padrão necessário e único do fenômeno jurídico constitui erro de método no tocante à investigação da natureza do Direito Internacional¹¹¹. Em realidade, como bem destacam Dinh, Daillier e Pellet¹¹², a prova mais evidente e provavelmente mais convincente da existência do Direito Internacional é fornecida pela observação da vida e das relações internacionais. O Direito Internacional existe porque os Estados e, de resto, os demais atores do cenário internacional, o reconhecem e o invocam constantemente.

A realidade tem demonstrado que as normas internacionais em regra são respeitadas e observadas pelos Estados e organismos internacionais. Conforme Salcedo, o Direito Internacional oferece um índice elevado de observância espontânea, maior inclusive do que se verifica nos ordenamentos jurídicos estatais, sendo oportuno destacar que, em casos de violações ao Direito Internacional, os Estados tendem a justificar suas condutas com base em argumentos jurídicos.

Cabe ter presente a advertência de Hart¹¹³ de que o conceito de norma é tão desconcertante quanto o próprio direito, e as definições do direito que começam por identificar as leis como uma espécie de norma geralmente não fazem avançar muito no tocante à nossa compreensão do próprio direito.

¹⁰⁹ BRIERLY, 1979. p. 50-51.

¹¹⁰ SALCEDO, 1998. p. 21.

¹¹¹ CUNHA; PEREIRA, 2000. p. 18.

¹¹² DINH; DAILLER; PELLET, 2003. p. 90.

¹¹³ HART, H. L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 19.

7 O FUNDAMENTO DE OBRIGATORIEDADE DO DIREITO INTERNACIONAL

Analisadas as especificidades do Direito Internacional e assentada a natureza jurídica da ordem internacional, cumpre-nos dirigir a atenção às teorias que foram desenvolvidas para explicar o fundamento de obrigatoriedade deste ramo da ciência jurídica, problema que constitui, em essência, o núcleo do presente estudo.

Durante a longa e acidentada trajetória de construção do Direito Internacional, diversas teorias foram desenvolvidas para explicar o problema relativo à força obrigatória de suas normas jurídicas. A questão há muito vem ocupando cientistas políticos, internacionalistas e teóricos do Estado, que, dentro de suas perspectivas peculiares, procuraram justificativas para a sujeição dos Estados soberanos à ordem internacional.

As diversas teorias que buscam explicar o fundamento de obrigatoriedade do Direito Internacional podem ser divididas em dois grandes grupos, conforme se busque ou não no consentimento dos Estados o caráter vinculante das normas internacionais. Assim, de um lado existem as teorias voluntaristas e, de outro, as teorias objetivistas. A seguir, abordaremos os traços característicos de cada um desses dois grandes grupos para, em seguida, ingressar nas teorias que os compõem.

7.1 DOCTRINAS VOLUNTARISTAS

As doutrinas voluntaristas caracterizam-se por buscar a explicação para o fundamento de obrigatoriedade do Direito Internacional na vontade ou consentimento dos Estados.

O voluntarismo constitui uma projeção, no campo do Direito Internacional, da concepção hegeliana de Estado. Encontra-se, na doutrina de Hegel (1770-1831), a máxima afirmação da potência estatal. Para Hegel¹¹⁴, o Estado “é a realidade em ato da Ideia moral objetiva, o espírito como vontade substancial revelada”. Conforme o eminente filósofo:

O Estado, como realidade em ato da vontade substancial, realidade que esta adquire na consciência particular de si universalizada, é o racional em si e para si: esta unidade substancial é um fim próprio absoluto, imóvel, nele a liberdade obtém o seu valor supremo, e assim este último fim possui um direito soberano perante os indivíduos que em serem membros do Estado têm o seu mais elevado dever¹¹⁵.

¹¹⁴ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios de filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 216.

¹¹⁵ *Ibidem*. p. 217.

É certo que esta concepção de Estado não deve ser interpretada de maneira estática, porém compreendida mediante uma progressiva alternância entre tese, antítese e síntese, processo dialético a partir do qual se revelam as construções teóricas baseadas no idealismo histórico de Hegel. Ainda assim, resulta claro que Hegel concebia o Estado como uma entidade dotada de um valor jurídico supremo¹¹⁶ e intangível.

A concepção hegeliana de Estado representa, de certo modo, o lado oposto do contratualismo¹¹⁷, que encontrou em Rousseau a sua máxima expressão. Deste modo, para Hegel não é o homem que cria o Estado, mas o Estado que forma o cidadão¹¹⁸.

Não é difícil perceber que esta concepção de Estado conduz a uma visão absoluta da soberania, tanto no que diz respeito à sua dimensão interna quanto externa. Esta maneira de conceber o Estado adquire particular importância para o Direito Internacional. Dela resulta, de um lado, a impossibilidade de se conceber uma ordem jurídica superior à organização estatal, e, de outro, a ideia de que o consentimento dos Estados é imprescindível para a validade das normas jurídicas internacionais.

A corrente voluntarista recolhe de Hegel subsídios para seu desenvolvimento, e suas diversas vertentes espelham, de um modo ou outro, a concepção de Estado como entidade política suprema, dotada de soberania absoluta. Preconiza, assim, que uma obrigação somente pode produzir efeitos na esfera jurídica de um Estado se este houver participado de seu processo de criação ou, ao menos, reconhecido sua validade. Baseia, portanto, o fundamento de obrigatoriedade do Direito Internacional na vontade dos Estados. A vontade estatal, nesse contexto, não deve ser compreendida em seu sentido psicológico estrito, “mas no sentido autárquico (Wollen), imaginado por sugestão da vontade individual, a partir dos pródomos da identidade do Estado com o príncipe”¹¹⁹.

Constituem expressões desta corrente de pensamento a teoria do direito estadual externo, a teoria da autolimitação dos Estados e a teoria da vontade comum. Vejamos, a seguir, cada uma delas.

¹¹⁶ KAUFMANN, 2014. p. 41.

¹¹⁷ REALE, Miguel. **Teoria do direito e do estado**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 230.

¹¹⁸ Ibidem.

¹¹⁹ BOSON, Gerson de Britto Mello. **Direito internacional público: o estado em direito das gentes**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 84.

7.1.1 Teoria do direito estadual externo

A manifestação mais rígida da doutrina voluntarista é encontrada na teoria do direito estadual externo¹²⁰.

Formulada inicialmente por Hegel, a teoria do direito estadual externo foi desenvolvida sobretudo na Alemanha por Alberto Zorn e, mais recentemente, por Wenzel¹²¹.

Partindo de uma concepção absoluta da soberania e da impossibilidade de submissão do Estado a uma autoridade superior nos planos jurídico e político, esta teoria considera o Direito Internacional um mero prolongamento do ordenamento jurídico estatal. A ordem jurídica internacional seria compreendida, assim, como uma projeção da ordem jurídica interna, voltada para regular as relações externas do Estado.

Por esta concepção, o Direito Internacional seria uma parte integrante do Direito Interno, do qual retira sua força obrigatória por meio do fenômeno da recepção da norma internacional. As normas internacionais teriam, para esta teoria, “tantos fundamentos de validade quantos os Estados, isto é, quantos os sistemas legais que contribuíram para estabelecê-las”¹²².

Ao conceber o Direito Internacional como um ramo do Direito doméstico, a teoria do direito estadual externo acaba por negar a existência do Direito Internacional como um ordenamento jurídico autônomo. Por esta teoria, os Estados poderiam, a qualquer momento, desvincular-se unilateralmente de seus compromissos internacionais mediante alterações legislativas internas, sem que isso pudesse configurar infração à ordem internacional.

A teoria do direito estadual externo não explica, ainda, por que razão as obrigações internacionais assumidas pelos Estados sobrevivem a mudanças constitucionais, inclusive às de caráter revolucionário. Deixa sem explicação, outrossim, a vinculação de novos Estados ao Direito Internacional comum por ocasião de seu ingresso na sociedade internacional¹²³.

¹²⁰ Teoria da delegação do direito interno (MELLO, 2004, p. 150).

¹²¹ SERRA, 1962. p. 75; PEREIRA; QUADROS, 2011. p. 59.

¹²² SERRA, op. cit. p. 75.

¹²³ Ibidem.

7.1.2 Teoria da autolimitação do Estado

Alguns autores pretenderam conferir uma base mais sólida ao fundamento de obrigatoriedade do Direito Internacional, sem, contudo, abandonar o princípio da soberania absoluta. Desse esforço, tomou forma a teoria da autolimitação do Estado, que, esboçada por Ihering (1818-1892), encontra em Georg Jellinek (1851-1911) o seu maior representante.

A teoria da autolimitação sustenta que o fundamento do Direito Internacional reside na vontade do Estado isolado, que, embora soberano, pode obrigar-se a si mesmo¹²⁴. A soberania estatal, de acordo com esta teoria, impede que o Estado submeta-se a uma vontade alheia, mas não o impede de, ele mesmo, limitar sua vontade, seja em face de seus súditos, seja em face de outros Estados. Conforme Jellinek:

O Estado, que vive na comunidade jurídica internacional, não se reconhece vinculado só internamente; reconhece-se também vinculado externamente pelo direito internacional, sem que por isso se submeta a uma autoridade externa [...]. Também no que toca ao direito internacional o Estado só fica juridicamente submetido à sua própria vontade¹²⁵.

A influência de Hegel faz-se presente também nesta teoria, que nega a hetero-limitação do Estado¹²⁶, admitindo, tão-somente, auto-limitação. É o Estado que estabelece a limitação a sua própria soberania.

Ao reconhecer a possibilidade de o Estado vincular-se Direito Internacional, a teoria da autolimitação do Estado representa, sem dúvida, uma evolução comparativamente à teoria do direito estadual externo. Deixa, entretanto, de solucionar o problema da força obrigatória da norma internacional, pois, segundo sua concepção, o Estado poderia desvincular-se de obrigações já assumidas mediante simples alteração de sua vontade. A norma internacional, assim, deixaria de ser obrigatória por ato do próprio sujeito obrigado. Essas contradições foram bem sintetizadas por Verdross:

A explicação apresentada pela teoria da autolimitação do Estado não é, portanto, muito satisfatória. Se a regra jurídica é apenas o produto de uma vontade livre, no fundo, não é obrigatória: permanece à disposição dos Estados que a criaram, visto

¹²⁴ VERDROSS, 2013. p. 8.

¹²⁵ *apud* SERRA, 1962. p. 76.

¹²⁶ PEREIRA; QUADROS, 2011. p. 60.

que, cessando de querê-la obrigatória, podem não a levar em consideração. O que a vontade faz, uma vontade contrária pode desfazer¹²⁷.

A teoria da autolimitação do Estado exerceu grande influência na Alemanha¹²⁸, influenciando, também, a doutrina soviética do Direito Internacional, que compreendia o Direito como uma expressão de luta de classes¹²⁹.

7.1.3 Teoria da vontade coletiva dos Estados

Superando o individualismo das teorias anteriormente analisadas, Heinrich Triepel (1868-1946) sustenta que a força vinculativa do Direito Internacional reside na vontade comum ou coletiva dos Estados.

Inspirado em obra de Binding, Triepel concebe o acordo de vontades como gênero, do qual o contrato (*Vertrag*) e acordo coletivo (*Vereinbarung*) constituem espécies. Enquanto no contrato os sujeitos representam interesses divergentes, no acordo coletivo os participantes do negócio jurídico perseguem interesses iguais e comuns. Da reunião de várias vontades com conteúdos idênticos surgiria uma vontade superior, na qual repousa, para Triepel, o fundamento de obrigatoriedade do Direito Internacional. A característica essencial desta teoria, segundo o seu fundador, é que, ao contrário do que sucede no contrato, a *Vereinbarung* não depende, de sua existência de um ordenamento jurídico, sendo por si só capaz de produzir uma ordem normativa¹³⁰.

A teoria da vontade comum dos Estados exerceu alguma influência na doutrina soviética do Direito Internacional, ainda no período anterior à *Perestroika*, servindo de base teórica para assegurar a coexistência pacífica entre os países socialistas e capitalistas¹³¹, cujas vontades, embora apresentando conteúdos antagônicos, diferentes, poderiam, então, ser dirigidas a um fim comum.

A teoria da vontade comum não oferece uma autêntica solução ao problema do fundamento do Direito Internacional. A teoria deixa sem explicação a razão pela qual um Estado novo encontra-se submetido às normas de origem consuetudinária surgidas em momento

¹²⁷ VERDROSS, op. cit. p. 8.

¹²⁸ VERDROSS, 2013. p. 10.

¹²⁹ PEREIRA; QUADROS, 2011. p. 62.

¹³⁰ SERRA, 1962. p. 79.

¹³¹ PEREIRA; QUADROS, op. cit. p. 65; MELLO, 2004. p. 149.

anterior a seu ingresso na sociedade internacional. Não explica, outrossim, o motivo pelo qual a norma internacional permanece vigente após mudança de direção da vontade de um dos Estados signatários do acordo. De resto, esta teoria não escapa às objeções que são dirigidas ao voluntarismo em geral, que se revela incapaz de justificar a força obrigatória dos princípios gerais de Direito Internacional e do *jus cogens*.

7.1.4 Teoria dos direitos fundamentais dos Estados

A teoria dos direitos fundamentais dos Estados parte da concepção de que os Estados vivem ainda em estado de natureza, considerada a inexistência, na organização internacional, de uma estrutura com características de um superestado. Por conseguinte, pelo simples fato de existirem, os Estados, à semelhança dos homens, seriam dotados de certos direitos fundamentais, inerentes ou naturais. Conforme Douguit:

Os juristas franceses haviam tentado fundamentar o direito internacional em uma concepção consideravelmente semelhante à concepção individualista sobre a qual se persistia em fundamentar o direito interno. Todos os Estados, diziam, são pessoas iguais e soberanas, como todos os homens são indivíduos iguais e autônomos. Todos os Estados podem exercer livremente sua atividade soberana interna e externamente...Entretanto, ainda que o indivíduo, no exercício de sua atividade autônoma, deva respeitar a autonomia dos outros, da mesma forma o Estado, no exercício de sua soberania independente, deve respeitar a independência soberana dos outros Estados...Cada Estado tem direitos fundamentais que pode exercer, mas com a condição de respeitar os direitos fundamentais dos outros Estados¹³².

Dessa natureza essencial, decorreriam, segundo a teoria de que ora nos ocupamos, certas normas primárias, sobre as quais se assentam as demais normas internacionais. As normas primárias ou essenciais, inerentes à personalidade dos Estados, corresponderiam, basicamente, ao direito de conservação, ao direito à independência, ao direito de igualdade, ao direito ao respeito mútuo e ao direito ao comércio internacional¹³³.

De acordo com Brierly, a doutrina dos direitos fundamentais dos Estados serviu de base para a deflagração da Revolução Inglesa, vindo a inspirar, igualmente, os dirigentes da Revolução Americana. Apesar do importante papel que desempenhou na história, esta teoria recebeu críticas severas dos teóricos do Estado e da ciência política, a ponto de a quase unanimidade dos estudiosos não a considerarem, hoje, uma verdadeira filosofia das relações políticas.

¹³² *apud* VERDROSS, 2013. p. 8-9.

¹³³ BRIERLY, 1979. p. 49.

A par da incapacidade de dotar o Direito Internacional de uma base firme, a teoria dos direitos fundamentais dos Estados repousa sobre um ciclo vicioso, como bem advertiu Douguit:

A fim de que uma personalidade qualquer possa ter direitos subjetivos, é preciso que esteja em relação com outras personalidades; é preciso que haja uma sociedade submetida a um direito objetivo. Se uma personalidade está isolada, não pode ter direitos. Não se pode, portanto, explicar o direito objetivo internacional senão pela existência de direitos subjetivos fundamentais dos Estados, uma vez que esses direitos somente podem existir se houver uma sociedade dos Estados submissa a um direito objetivo¹³⁴.

Cabe pontuar, como bem observou Mello¹³⁵, que a crítica quanto a esta teoria não repousa na afirmação de que os Estados possam ser titulares de direitos fundamentais. A objeção dirige-se ao fato de ela erigir os direitos fundamentais como fundamento estável para a obrigatoriedade do Direito Internacional.

7.2 APRECIACÃO CRÍTICA

Às objeções dirigidas a cada uma das teorias expostas deve somar-se um exame crítico das ideias centrais da doutrina voluntarista.

A tendência contínua de aproximação dos povos, derivada da natureza social do homem, projeta-se sobre as estruturas sociais e políticas, acarretando transformações nos sistemas jurídicos. A ideia de estabelecimento de uma sociedade internacional, em que os Estados acham-se vinculados uns aos outros mediante normas de origem consuetudinária e de caráter imperativo, somente pode ser encarada com seriedade se abandonada a noção de soberania absoluta e ilimitada dos Estados.

Por mais engenhosas e criativas que sejam as construções teóricas desenvolvidas pela doutrina voluntarista, eles partem de um pressuposto comum, o de que a vontade dos Estados constitui o fundamento de obrigatoriedade do Direito Internacional. Essa concepção nada mais representa do que desdobramento do princípio da soberania, encarado sob uma perspectiva absoluta e indivisível, cuja adoção conduz inevitavelmente à negação da normatividade da ordem internacional. Como bem observa Mazzuoli¹³⁶, ao analisar as bases da doutrina

¹³⁴ *apud* VERDROSS, 2013. p. 9.

¹³⁵ MELLO, 2004. p. 151.

¹³⁶ MAZZUOLI, 2011. p. 103.

voluntarista, “admitir a validade desse entendimento seria admitir o desaparecimento do Direito Internacional pela vontade dos Estados”.

A sociedade internacional caminha na direção de atribuir ao Direito Internacional um fundamento de validade que seja firme o bastante para assegurar a estabilidade de seus preceitos, e essa evolução revela-se incompatível com a concepção filosófica adotada pela doutrina voluntarista.

7.3 DOCTRINAS OBJETIVISTAS

A insegurança jurídica resultante do voluntarismo propiciou o surgimento, já no final do século XIX, de teorias que atribuem a obrigatoriedade da norma internacional a elementos externos à vontade dos Estados.

O desenvolvimento das teorias objetivistas é resultado da reação de filósofos, sociólogos e internacionalistas contra a concepção da soberania absoluta do Estado. Para esta corrente de pensamento, a força obrigatória da norma internacional deriva de normas superiores aos do ordenamento jurídico estatal. Vejamos, a seguir, as principais teorias desta maneira de compreender o Direito Internacional.

7.3.1 Teoria normativista

A superação do voluntarismo deu-se inicialmente dentro do quadro do positivismo jurídico, com a Escola de Viena de Direito Público, que encontra em Hans Kelsen (1881-1973) seu maior expoente, e com a Escola Italiana de Direito Internacional, cujo representante mais destacado foi Dionisio Anzilotti (1867-1950)¹³⁷.

Para o positivismo lógico de Kelsen, a obrigatoriedade de uma norma jurídica não depende da vontade ou do fato que a criou, mas de sua conformidade com uma norma superior. A ordem normativa, como sistema de normas que regula a conduta dos homens, tem um caráter dinâmico e encontra-se escalonada em degraus, de modo que a validade de uma norma jurídica é determinada pela norma que lhe é imediatamente superior. A norma mais elevada do

¹³⁷ PEREIRA; QUADROS, 2011. p. 67.

ordenamento, a norma fundamental (*Grundnorm*), não seria posta por uma autoridade, mas pressuposta¹³⁸, tendo a função de conferir unidade ao sistema jurídico. Para Kelsen:

Uma norma jurídica não vale porque tem um determinado conteúdo, quer dizer, porque o seu conteúdo pode ser deduzido pela vida de um raciocínio lógico do de uma norma fundamental pressuposta, mas porque é criado por uma forma determinada – em última análise, por uma forma fixada por uma norma fundamental pressuposta. Por isso, e somente por isso, pertence ela à ordem jurídica cujas normas são criadas de conformidade com esta norma fundamental. Por isso todo e qualquer conteúdo pode ser Direito. Não há qualquer conduta humana que, como tal, por força do seu conteúdo, esteja excluída de ser conteúdo de uma norma jurídica¹³⁹.

A linha de raciocínio desenvolvida por Kelsen colocou-o diante do delicado problema relativo à hierarquia entre o ordenamento jurídico internacional e os ordenamentos jurídicos estatais. Ao constatar que as alterações ocorridas no direito interno, por mais profundas que sejam, não afetam as obrigações internacionais assumidas pelo Estado, o professor de austríaco passou a reconhecer a primazia do Direito Internacional. Conforme o renomado jurista: “o fundamento de vigência da ordem jurídica estadual pode ser encontrado no Direito Internacional positivo”¹⁴⁰. O passo seguinte seria determinar qual norma de Direito Internacional constituiria, de fato, a norma fundamental. Kelsen propôs, para esse efeito, que o princípio do *pacta sunt servanda* ocupasse o lugar a mais elevado no sistema jurídico:

Uma das normas jurídicas de Direito Internacional geral produzidas por via consuetudinária reconhece aos Estados poder para regular as suas relações mútuas através de tratados. Nesta norma consuetudinária criada têm o seu fundamento de vigência as normas jurídicas do Direito Internacional criadas por tratados. Esta norma é usualmente formulada no princípio: *pacta sunt servanda*¹⁴¹.

Conforme Serra¹⁴², a partir da obra *Direito e paz nas relações internacionais*, Kelsen passou a considerar a norma *pacta sunt servanda* como um princípio fundamental do Direito Internacional comum, tomando-o como um preceito jurídico positivo. Posteriormente, reconhecendo que essa construção era incapaz de fornecer uma explicação coerente para o fundamento dos costumes, Kelsen substituiu a norma *pacta sunt servanda* pela *consuetudo est servanda*. Os Estados, assim, seriam juridicamente obrigados a se comportarem como consuetudinariamente vêm se comportando¹⁴³, construção que encerra verdadeiro círculo

¹³⁸ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 217.

¹³⁹ *Ibidem*. p. 221.

¹⁴⁰ *Ibidem*. p. 239.

¹⁴¹ *Ibidem*. p. 241.

¹⁴² SERRA, 1962. p. 82.

¹⁴³ CUNHA; PEREIRA, 2000. p. 69.

vicioso, na medida em que o costuma também é fruto de uma vontade, cuja força obrigatória ficaria, então, sem demonstração.

O normativismo de Kelsen exerceu grande influência em todos os domínios da ciência jurídica. No que se refere especificamente ao Direito Internacional, esta teoria teve o mérito de deslocar a força obrigatória da norma internacional a um fato externo à vontade dos Estados e de demonstrar que o problema do fundamento de obrigatoriedade da norma jurídica é comum a todo o Direito, não se restringindo ao ordenamento internacional. A construção de Kelsen, todavia, não é capaz de explicar de onde resulta a força obrigatória da norma fundamental, seja ela o *pacta sunt servanda* seja o *consuetudo est servanda*.

7.3.2 Teoria sociológica

A teoria sociológica foi desenvolvida por Leon Duguit e transportada para o campo do Direito Internacional por Scelle.

Analisando a transformação da norma social para a norma jurídica, Duguit sustentava que o Direito baseia-se nas necessidades sociais, das quais derivam o seu conteúdo e a sua obrigatoriedade¹⁴⁴. A base do Direito seria a solidariedade social entre os homens, que pode ser mecânica, representando uma similitude de interesses, ou orgânica, reflexo de uma divisão de trabalho.

A esta concepção Scelle acrescentou um componente biológico. Para Scelle, a solidariedade social, fundamento do Direito, deriva de uma necessidade biológica, pois ninguém pode comprometer-se sem prejudicar a vida em sociedade e a sua própria vida¹⁴⁵. A ordem jurídica, sob esse ponto de vista, seja interna ou internacional, representaria um imperativo social, traduzindo uma solidariedade natural. Ao investigar a origem das regras jurídicas, Scelle afirma que elas derivam “do próprio fato social e da conjugação da ética e do poder, produtos da solidariedade social”¹⁴⁶.

A abordagem sociológica teve o mérito de conceber o Direito como um sistema aberto, situando-o no contexto social. A construção, todavia, carece de solidez, parecendo incapaz de atribuir ao Direito Internacional a segurança jurídica que tanto se faz necessária.

¹⁴⁴ DINH; DAILLER; PELLET, 2003. p. 107.

¹⁴⁵ Ibidem. p. 108.

¹⁴⁶ *apud* DINH; DAILLER; PELLET, op. cit. p. 108.

7.3.3 Teoria institucional

A crise do positivismo filosófico, manifestada no final do século XIX, repercutiu-se na teoria do Direito Internacional, vindo a propiciar o surgimento de doutrinas inspiradas no direito natural. A retomada do pensamento jusnaturalista fez-se sentir, inicialmente, na teoria institucional, desenvolvida por Maurice Hauriou e aplicada ao Direito das Gentes principalmente por Romano.

A teoria da instituição encontra-se ancorada na ideia de comunidade internacional, que, para Romano, é uma instituição complexa, uma instituição de instituições, cuja base é constituída por princípios implícitos, que dão lugar a um direito internacional comum sem o qual não seria possível o direito internacional particular¹⁴⁷. A fonte primária e originária do Direito Internacional é constituída por esses princípios fundamentais, que surgem com a própria existência da comunidade internacional. A construção do Direito Internacional não se mostra possível, conforme Romano,

Se não se admite uma comunidade correspondente, que seja uma entidade ou corpo social distinto dos Estados que dela fazem parte, de tal forma que o seu ordenamento não seja simples reunião conceitua dos ordenamentos particulares daquele pelo que possam ter materialmente de comum¹⁴⁸.

A vontade dos Estados, segundo esta concepção, estaria submetida ao princípio *pacta sunt servanda*, que seria derivado da própria estrutura da comunidade internacional.

7.3.4 Teoria jusnaturalista

O movimento de retomada do jusnaturalismo intensificou-se no período imediatamente posterior à Segunda Guerra Mundial, influenciando de maneira decisiva o modo de compreender o Direito Internacional.

¹⁴⁷ SERRA, 1962. p. 94.

¹⁴⁸ *apud* CUNHA; PEREIRA, 2000. p. 78.

O renascimento do Direito Natural representou uma reação às concepções voluntaristas e puramente formalistas do modo de compreender o fenômeno jurídico¹⁴⁹. As variantes modernas do jusnaturalismo foram desenvolvidas por Le Fur e Verdross.

Le Fur insere na noção de Direito o critério material da racionalidade. O Direito seria, então, a razão aplicada à regulamentação das relações sociais. Para Le Fur, o direito natural acha-se composto de duas normas de conteúdo material: a obrigação de respeitar os compromissos livremente assumidos e a obrigação de reparar o prejuízo injustamente causado. A estes princípios deveria ser acrescentado uma norma de cunho formal, o dever de respeitar a autoridade. A construção teórica de Le Fur conduz a considerar o direito natural um critério subsidiário do direito positivo, tendo por função preencher lacunas e de interpretar o direito vigente.

Enquanto Le Fur situava o problema do jusnaturalismo no plano ontológico, Verdross o colocou no plano axiológico. Inicialmente adepto do positivismo Kelseniano, Verdross passou a compreender que a norma fundamental não apenas como uma fonte positiva, mas também de como uma regra ética, um valor absoluto e evidente. O direito positivo, assim, estaria fundado no valor absoluto da justiça, não obstante a relatividade de sua apreensão pelo homem.

Para Verdross, o direito natural não representaria outra coisa senão o conjunto de princípios que resultam da natureza dos grupos humanos. Tais princípios, segundo esta construção, refletem-se na consciência e no sentimento jurídico dos membros do grupo e teriam seu conteúdo determinado a partir da sociabilidade natural do homem¹⁵⁰.

7.3.5 Apreciação crítica

A doutrina objetivista ofereceu uma grande contribuição à ciência jurídica ao situar o fundamento de obrigatoriedade da norma internacional num elemento externo à vontade dos Estados. O surgimento das teorias voluntaristas decorreu de uma necessidade de conferir ao Direito Internacional uma efetividade superior à verificada no início do século XX, período em

¹⁴⁹ Cabe ter presente a advertência de que nem todas as doutrinas que se erguem contra o positivismo jurídico se encaixam sob o rótulo do direito natural. O que caracteriza as doutrinas jusnaturalistas é a inserção, no conceito de direito, de elemento material, geralmente associado à ideia de justiça (SERRA, 1962, p. 92).

¹⁵⁰ SERRA, 1962. p. 99.

que eclodiram as guerras mundiais e no qual a estruturação do Direito das Gentes revelou toda sua fragilidade.

Os fundamentos das teorias objetivistas, entretanto, revelam-se pouco firmes e vagos, o que acaba por comprometer a finalidade pela qual foram criadas. Assim, enquanto a teoria normativa opera em um círculo vicioso, sendo incapaz de explicar o fundamento das normas consuetudinárias, as teorias sociológica e institucionalista, autoproclamadas representações da realidade social, apresentam deficiências no tocante a seus pressupostos, que se mostram claramente incapazes de propiciar segurança jurídica e estabilidade às relações interestatais. A doutrina jusnaturalista apresenta-se, dentre as teorias objetivistas, como a corrente de pensamento mais convincente para explicar o fundamento de obrigatoriedade do Direito Internacional. A inserção de um elemento valorativo no conceito de Direito e a sua interligação com o conceito de sociedade internacional parecem propiciar ao jusnaturalismo uma certa maleabilidade na interpretação e aplicação do Direito Internacional, sem que para isso seja afastada a normatividade ínsita a seus preceitos. Na conclusão deste trabalho, todavia, apresentaremos uma solução intermediária que parece ser mais adequada para justificar a força obrigatória da norma internacional.

8 CONCLUSÃO

Sempre é difícil ponderar interesses antagônicos. Como ordem normativa que regula relações que se estabelecem entre Estados, o Direito Internacional desempenha a delicada função de regular soberanias, conceito que tende a assumir proporções absolutas e indivisíveis, especialmente nos momentos em que os interesses que propiciam a aproximação entre os povos deixam de ser alcançados. A soberania, por mais paradoxal que pareça, não se mostra incompatível com a ordem jurídica internacional, mas atua como verdadeiro pressuposto de formação deste ramo da ciência jurídica, desde que se lhe ofereça um sentido relativo, em ordem a permitir a vinculação dos Estados ao Direito Internacional.

Os questionamentos que frequentemente se levantam sobre a natureza jurídica da norma internacional resultam, em grande medida, da falta de solidez em que está fundamentada a ordem internacional. Enquanto os sistemas jurídicos estatais estruturam-se sobre uma base firme, não suscitando dúvidas sobre o caráter jurídico de seus preceitos, o Direito Internacional vê-se compelido a constantemente afirmar a juridicidade de suas normas, sendo constrangido, em etapa posterior, a depender do consentimento dos Estados para a execução de seus preceitos.

A procura por uma explicação para a força obrigatória da norma internacional constitui, presente esse contexto, uma exigência de ordem prática, derivada da necessidade de tornar o Direito Internacional mais eficaz e de assegurar estabilidade e segurança jurídica a suas normas. As diversas correntes de pensamento que se formaram sobre o tema apresentam diferenças quanto a aspectos ideológicos, estruturais e funcionais, e a adesão dos Estados a tal ou qual doutrina pode revelar-se significativa para os rumos da política internacional, mormente num ambiente em que se intensificam os processos de integração regionais.

Considerada a variedade de formas com que pode manifestar-se o Direito Internacional, nenhuma das teorias apresentadas neste estudo mostra-se inteiramente apropriada para justificar a força obrigatória da norma internacional. À separação absoluta entre o voluntarismo e o objetivismo impõe-se oferecer a alternativa de compreender o Direito Internacional simultaneamente como uma realidade concreta, resultante da vontade dos Estados, e como uma realidade normativa, capaz de obrigar os Estados à margem de seu consentimento. Essas duas dimensões são necessárias para a compreensão do Direito Internacional, pois nenhuma delas, sozinha, é suficiente para justificá-lo de modo coerente.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando; CASELLA, Paulo Borba; SILVA, G. E. do N. **Manual de direito internacional público**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria geral do direito tributário**. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2007.

BOBBIO, Norberto. **Positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995.

BOSON, Gerson de Britto Mello. **Direito internacional público**: o estado em direito das gentes. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

BRIERLY, James L. **Direito internacional**. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkain, 1979.

CAMPOS, João Mota de. **Direito comunitário – I volume**: o direito institucional. 8. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Post scriptum: el primado del derecho sobre la fuerza como imperativo del jus cogens. In: CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto; VIDAL RAMIREZ, Fernando. **Doctrina latinoamericana del derecho internacional, tomo II**. Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2003. p. 49-66.

CASELLA, Paulo Borba. **Fundamentos do direito internacional pós-moderno**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de filosofia do direito**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

CUNHA, Joaquim da Silva; PEREIRA, Maria da Assunção do Vale. **Manual de direito internacional público**. Coimbra: Almedina, 2000.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DILTHEY, Wilhelm. **Introdução às ciências humanas**: tentativa de uma fundamentação para o estudo da sociedade e da história. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

DINH, Nguyen Quoc; DAILLER, Patrick; PELLET, Alain. **Direito internacional público**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkain, 2003.

DUPUY, René-Jean. **O direito internacional**. Coimbra: Almedina, 1993.

FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do Estado nacional**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HART, H. L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios de filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

HERDEGEN, Matthias. **Derecho internacional público**. México: Fundación Konrad Adenauer, 2005.

KANT, Immanuel. **La paz perpetua**. Madrid: Mestas, 2007.

KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do direito**. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014.

KELSEN, Hans. **Princípios do direito internacional**. Ijuí: Unijuí, 2010.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

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

MIRANDA, Jorge. **Curso de direito internacional público**. 5. ed. Portugal: Princípia, 2012.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional - tomo I: preliminares, o estado e os sistemas constitucionais**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

MONCADA, António Cabral de. **Curso de direito internacional público – I volume**. Coimbra: Almedina, 1998.

PEREIRA, André Gonçalves; QUADROS, Fausto de. **Manual de direito internacional público**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2011.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

REALE, Miguel. **Teoria do direito e do estado**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

RODAS, João Grandino. Jus cogens em direito internacional. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 69, n. 2, p. 125-136, 1974.

SALCEDO, Juan Antonio Carrillo. El fundamento del derecho internacional: algunas reflexiones sobre un problema clásico. **Revista Española de Derecho Internacional**, v. 50, n.1, p. 13-31, 1998.

SERRA, António Truyol y. **Noções fundamentais de direito internacional público**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1962.

SHAW, Malcolm N. **Direito internacional**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

VERDROSS, Alfred. **Derecho internacional público**. Madrid: Biblioteca Juridica Aguilar, 1969.

VERDROSS, Alfred. O fundamento do direito internacional. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 10, n. 2, p. 1-33, 2013.

ZIPPELIUS, Reinhold. **Filosofia do direito**. São Paulo: Saraiva, 2012.