

# O Direito Internacional

Emmanuelle Tourme-Jouannet

*Aos meus filhos.*

## Prefácio da edição brasileira

Exatos cinquenta anos separam a publicação da edição original em francês do **Direito internacional** de Emmanuelle TOURME-JOUANNET (**Le droit international**, Paris: PUF – ‘*Que sais-je?*’ 2013) e do anterior **Direito internacional** de René-Jean DUPUY (1963, tradução portuguesa, Coimbra: Almedina, 1993), ambos na tradicional coleção – que procura responder à indagação de DESCARTES – há décadas mantida e constantemente renovada pelas *Presses universitaires de France*, de Paris, a “PUF”. Com esse propósito de renovação e de atualização do conhecimento faz a PUF a renovação no interior da própria coleção, com a publicação de novas obras, sobre os mesmos temas, que já tinham antes sido tratados, para refletir quanto se pode ter inovado desde a anterior publicação.

Com algumas décadas de distância entre as obras, como no caso do ‘direito internacional’, essas duas publicações nos permitem que se faça o cotejo entre ambas. E o conteúdo mostra quanto o direito internacional se transforma, e se renova, mesmo inserto na sua tradição histórica e evolução de muitos séculos. Consciente dessa inserção intelectual e encadeamento histórico, necessários para a compreensão do fenômeno jurídico internacional, TOURME-JOUANNET também publicou obra, já tornada clássica, sobre “Emer de VATTEL e a emergência do direito internacional clássico” (**Emer de Vattel et l’émergence doctrinale du droit international classique**, Paris: Pedone, 1998).

Mesmo se a anterior publicação de DUPUY (1963) continua relevante e oportuna, esta inexoravelmente traz as marcas do tempo em que foi pensada e escrita. Reflete o direito internacional, como este então existia.

Somente à guisa de exemplos, dentre alguns dos grandes avanços desde então ocorridos, já se esboçara a proteção internacional dos direitos fundamentais, mas ainda não tínhamos os Pactos da ONU, sobre direitos civis e políticos, e sobre direitos econômicos, sociais e culturais, ambos de 1966; em matéria de codificação do direito internacional, a Convenção de Viena sobre relações diplomáticas, de 1961, já existia, mas ainda sequer entrara em vigor; a Convenção de Viena sobre relações consulares, de 1963, tinha já há algum tempo era trabalhada, mas ainda não existia o texto final, e veio a ser assinado, naquele mesmo ano; a não menos relevante Convenção de Viena sobre direito dos tratados, de 1969 – que trouxe a positivação do *jus cogens* – ainda era tema objeto de tratamento por sucessivos relatores, no âmbito da Comissão das Nações Unidas para o direito internacional, e levaria ainda alguns anos para se completar; exceto por alguns precedentes e princípios, ainda sequer existia o direito internacional do meio ambiente, que passou por considerável desenvolvimento a partir da Conferência de Estocolmo de 1972, com todas as grandes convenções multilaterais em matéria ambiental, celebradas desde então – com desenvolvimentos conceituais da relevância do *interesse comum da humanidade* e do *desenvolvimento sustentável*; outro enorme desenvolvimento destas décadas, no direito internacional do mar, ainda tínhamos somente as Convenções de Genebra de 1958, e muitos anos transcorreriam, antes de se chegar

à Convenção das Nações Unidas sobre o direito do mar, de 1982, que transformou irreversivelmente a regulação deste campo – e trouxe para o direito vigente o conceito fundamental de *patrimônio comum da humanidade*.

Este tempo decorrido entre a publicação das duas obras sobre o direito internacional, em 1963 e 2013, serve para mostrar a extensão e a profundidade das mutações ocorridas no direito internacional. Estas são enormes e demonstram ser este o ramo do direito que mais evoluiu e se transformou durante o último meio século, tempo que pode ser alcançado por uma mesma geração.

A qualidade e o caráter inovador da obra de Emmanuelle JOUANNET são bastante conhecidos, pela sua atuação docente, como pesquisadora e organizadora de colóquios e de publicações coletivas, na Universidade de Paris Sorbonne, e reconhecidos não somente na França e conjunto da Europa, como também nos Estados Unidos, onde esta há tempos tem sido publicada, e igualmente no Brasil. Para isso, com certeza haverá de contribuir também a edição brasileira deste **Direito internacional**, traduzido por Thiago Rocha da FONSECA. Fico feliz por ter ajudado a que esta edição se viesse a realizar, desde o contato com a autora e amiga, à aceitação do tradutor, com sua competência e profissionalismo, docente, pesquisador e entusiasta do direito internacional, e contando com a editora ... – que viu a oportunidade de fazer editar entre nós esta obra de pouco mais de cem páginas que tanto pode constituir uma primeira aproximação ao direito internacional, por parte de quem enceta o estudo desta disciplina, como permitir a quem já antes tenha iniciado esse percurso, sistematizar conhecimentos e ordenar, de maneira concisa e instigante, as principais áreas abrangidas pelo direito internacional pós-moderno. Ou ainda como puro deleite, pela leitura de uma dessas obras, que exigem como preparação o tempo de uma vida, até que se alcance a maturidade e a abrangência de visão, que demonstra a exposição contida neste livro.

No direito internacional, mais do que em outras áreas jurídicas, é indispensável manter-se a par do que se publica nesse campo, também em outros países e em outros idiomas. Mesmo se o conhecimento da língua francesa, entre muitos professores de direito e alunos, muitas vezes surpreende positivamente colegas franceses, que aqui venham lecionar e fazer palestras, o fato de passar a existir edição em vernáculo desta pequena grande obra de TOURME-JOUANNET certamente contribuirá para dar a esta obra mais divulgação e à sua autora a presença que merece ter, dentre internacionalistas responsáveis por renovação da nossa disciplina. Sua posição é aberta em relação ao que se passa em outras partes do mundo, a respeito do direito internacional, ela é inovadora, em relação ao que ainda escrevem e defendem muitos colegas da França e especificamente das Universidades de Paris, quiçá excessivamente ligados a uma visão estatizante do direito internacional, centrado nos estados como sujeitos centrais do sistema internacional, muito ciosos de defender as prerrogativas destes, como a soberania, a não ingerência nos assuntos internos e outras grandes questões do passado, esquecendo quanto o mundo mudou desde LUÍS XIV e mesmo desde DE GAULLE. Os estados doravante estão insertos em direito internacional pós-moderno, profundamente transtornado, em relação ao que existiu até faz algum tempo.

TOURME-JOUANNET nos mostra o direito internacional em suas transformações e reformulações, nos põe diante do desafio de acolher, no direito internacional, as visões emanadas de outras culturas e civilizações, de inserir o direito ao desenvolvimento ao lado das visões do direito internacional, por países do terceiro mundo. Como mostra a obra de mão comum, por ela coordenada, sobre “direito internacional e novos enfoques do terceiro mundo: entre repetição e renovação”, em 2013, e da qual tive ocasião de participar, com capítulo sobre “direito internacional do desenvolvimento e direito ao desenvolvimento no direito internacional pós-moderno” (sous la direction de E. TOURME-JOUANNET, Mark TOUFAYAN e H. RUIZ-FABRI, **Droit international et nouvelles approches sur le tiers monde: entre répétition et renouveau / International law and new approaches to the third world: between repetition and renewal**, Paris: Société de législation comparée, 2013).

Com a leitura desta como de outras obras de TOURME-JOUANNET percebemos quanto mudou e em quantas de suas facetas se renova o direito internacional, sempre conjugando a análise histórica (E. TOURME-JOUANNET, **Le droit international libéral-providence: Une histoire du droit international**, Bruxelles: Bruylant / Ed. de l’Université de Bruxelles, 2011, ou antes, E. TOURME-JOUANNET, *À quoi sert le droit international? Le droit international providence du XXI<sup>e</sup> siècle*, na Revue belge de droit international, 2007/1, Bruxelles: Bruylant, p. 5-51), com os desenvolvimentos recentes do direito internacional, na busca de um “direito para uma sociedade internacional equitativa” (E. TOURME-JOUANNET, **What is a fair international society?** – International law between development and recognition, Oxford and Portland, Oregon: Hart, 2013).

De maneira concisa e enxuta, TOURME-JOUANNET nos dá retrato do estado atual da matéria, tal como ela o apresenta neste seu ‘direito internacional’. Ela trabalha com notório conhecimento de causa, com precisão, mas sem deixar de mostrar o encanto pela disciplina. Esta frágil e educada senhora, de maneira intelectualmente vigorosa, nos faz ver quanto ainda está por ser feito, neste campo do conhecimento, para o aperfeiçoamento dos mecanismos de aplicação do direito internacional pós-moderno, como elemento vital diante das forças brutas e da barbárie, para a conservação da civilização humana e da vida inteligente no planeta.

Paulo Borba CASELLA

*Professor titular de direito internacional público e  
chefe do Departamento de direito internacional e comparado  
da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*

## SUMÁRIO

|   |    |
|---|----|
| Prefácio da edição brasileira .....   | 3  |
| Introdução.....   | 7  |
| Capítulo I: O direito internacional como produto histórico e cultural.....                        | 8  |
| i. Um direito liberal pluralista .....  | 8  |
| ii. A licitude do recurso individual à força como meio de solução de disputas .....               | 11 |
| iii. O direito das nações civilizadas .....   | 13 |
| Capítulo II: O direito internacional como ordem jurídica.....                                     | 15 |
| i. O debate sobre o fim da ordem estatal clássica .....   | 15 |
| ii. Definições e distinções .....   | 17 |
| 1. Definição do direito internacional .....   | 17 |
| 2. Ordem jurídica internacional e ordens jurídicas internas.....                                  | 18 |
| 3. Direito internacional público e direito internacional privado .....                            | 20 |
| iii. Sujeitos e normas .....  | 20 |
| 1. Os sujeitos.....   | 20 |
| 2. As normas e práticas jurídicas .....   | 23 |
| iv. Unidade ou fragmentação?.....   | 27 |
| Capítulo III: O direito internacional como instrumento de regulação e de intervenção social ..... | 32 |
| Finalidades .....   | 32 |
| A) A finalidade liberal do direito internacional.....   | 32 |
| B) A finalidade providencialista do direito internacional.....                                    | 33 |
| C) Um direito internacional liberal-providência .....   | 37 |
| i. Primeiro pilar: a paz.....   | 38 |
| 1. O dispositivo da Carta das Nações Unidas .....   | 38 |
| 2. A prática contemporânea .....  | 39 |
| ii. Segundo pilar: o desenvolvimento.....   | 40 |
| 1. O direito clássico do desenvolvimento .....  | 40 |
| 2. O direito relativo ao desenvolvimento sustentável.....   | 44 |
| iii. Terceiro pilar: os direitos humanos .....  | 47 |
| 1. Evolução.....  | 47 |
| 2. Direito(s) dos estados e direito(s) da pessoa humana.....                                      | 48 |
| 3. Críticas .....   | 49 |
| Conclusão .....   | 53 |

## Introdução

O direito internacional é um instrumento da política internacional, é um conjunto de regras, de discursos e de técnicas que os sujeitos e os atores internacionais utilizam para regular suas relações e atingir determinadas finalidades sociais. O direito internacional é também um produto cultural e histórico, fruto de uma evolução constituída por contrastes ao longo de vários séculos, que permitiu conferir-lhe os contornos com que se apresenta hoje. Ele é um processo fundamental de regulação e de canalização de violências internacionais, uma linguagem comum indispensável, uma técnica instrumental ao serviço dos Estados e de todos os atores da sociedade internacional, uma promessa de pacificação. Nesse ponto, o seu poder de atração é bastante real. Mas o direito internacional está inserido, desde o seu surgimento na Idade Moderna, no contexto de uma sociedade internacional profundamente desigual, na qual ele alimenta violências na mesma medida em que permite apaziguá-las. Ademais, longe de ser uma simples técnica jurídica neutra, ele é, e sempre foi, a projeção a nível internacional de valores e de interesses dos atores dominantes da sociedade internacional, ao mesmo tempo em que é utilizado pelos movimentos de resistência a essa ordem dominante. Sob esse ponto de vista, ele é intrinsecamente ambivalente, ou seja, ele é ao mesmo tempo um instrumento de dominação e um instrumento de emancipação para os sujeitos e os atores que o utilizam. Ele é simultaneamente uma arma dos poderosos e o bastião dos mais fracos.

O direito internacional sofreu consideráveis transformações a partir de 1945, e a sua evolução multifacetária contrasta fortissimamente com a homogeneidade do direito clássico. Assiste-se atualmente a uma multiplicação das fontes, das normas, dos operadores e dos utilizadores do direito internacional, bem como a uma indubitável relativização do papel do estado soberano, o qual, entretanto, sempre esteve na base desse direito. Ele é hoje em dia o direito de uma sociedade internacional resultante da Segunda Grande Guerra e transformada pelo pós-Guerra Fria e pelo pós-colonialismo. Esses três elementos explicam algumas de suas recomposições mais essenciais. De maneira especial, a representação clássica de um direito internacional que fixa as regras de uma justaposição dos Estados soberanos não é mais sustentável nem corresponde ao direito internacional contemporâneo. As soberanias estão enfraquecidas, as instituições internacionais, os indivíduos e os atores econômicos privados tornam-se mais e mais emancipados, ao passo que o mundo se globaliza fazendo-se cada vez menos internacional (no sentido estrito do termo). Nas suas estruturas subjacentes, nos seus domínios de regulação e de intervenção, nos seus sujeitos, seu conteúdo e alcance, o direito internacional evolui e traduz a emergência de novos tipos jurídicos e a superação de suas compartimentações tradicionais.

Trata-se, portanto, de um direito em plena evolução, que por todos os lados deixa ver os limites de sua apresentação dogmática clássica. Contudo, sua evolução não está livre de problemas, cujas dimensões é preciso aferir. Com efeito, não é pequeno o paradoxo de se observar que as atuais reapreciação e expansão desse direito, a necessidade sem precedentes de juridicização que sua evolução representa, fazem-se acompanhar de uma perda em iguais proporções de sua identidade e de sua capacidade de corresponder de forma adequada às aspirações daqueles que o fabricam ou utilizam. Um paradoxo que se confirma quando se busca determinar com maior precisão seus traços mais significativos e que nos conduziu a antes a multiplicar os ângulos de aproximação desse direito, que abordá-lo sob uma única linha de análise, o que lhe poderia estreitar o estudo e enviesar a compreensão. Assim, propõe-se considerá-lo de três maneiras diferentes, as quais permitem, ao mesmo tempo, identificar e problematizar suas dimensões mais essenciais: o direito internacional como produto histórico e cultural (capítulo I), o direito internacional como ordem jurídica (capítulo II) e, por fim, o direito internacional como instrumento de regulação e de intervenção social (capítulo III). Essas três dimensões nos permitirão igualmente trazer a lume alguns dos desafios mais importantes que ele apresenta através do espaço e do tempo e questionar de maneira crítica as figuras antigas e renovadas de sua juridicidade.

## Capítulo I: O direito internacional como produto histórico e cultural

O direito internacional é uma prática humana, marcada por uma série de mutações que afetaram as suas formas e as suas significações, seguindo os passos de uma evolução que não é nem linear nem unívoca, e na qual ele não cessou de suscitar controvérsias – que se tornaram seculares ou obsoletas – a respeito de sua existência e de sua natureza. Trata-se, além disso, de um ramo bastante recente do direito, pois ele não surge, na verdade, com os tratados de Westfalen ou Vestefália de 1648 (muito embora o historiador queira com frequência aferrar-se a essa data), mas mais tarde, no século XVIII, no momento culminante da modernidade europeia. Logo, ele nada mais é que um produto cultural do pensamento europeu (e, de maneira mais ampla, ocidental), pensamento esse no qual o direito ocupa posição proeminente, no coração dos edifícios políticos por ele erigidos. E, desde o século XVIII, ele visa reger uma sociedade internacional plural, não homogênea, onde os recursos se repartem de forma desigual entre os estados e populações e onde os indivíduos se veem desigualmente dotados de riquezas, liberdades e bem-estar.

Inicialmente, o direito internacional recebeu o nome de *direito das gentes*, antes de passar a ser mais frequentemente chamado direito internacional, nos séculos XIX e XX. Ele nasceu ao mesmo tempo em que se consolidava o estado moderno na Europa e teve por objeto, num primeiro momento, reger os direitos e deveres jurídicos dos estados, considerados os únicos sujeitos do direito internacional. Contudo, ele não será aplicado senão a um pequeno grupo de estados euroamericanos que se consideravam os únicos capazes de usufruir dele, com a conseqüente exclusão, durante mais de dois séculos, de três quartos do planeta, estabelecendo assim uma discriminação de estatuto jurídico entre estados que é indissociável de sua história. Nós nos deteremos aqui sobre três elementos que caracterizam a sua evolução histórica: trata-se de um direito liberal-pluralista constituído por um núcleo duro de direitos e deveres fundamentais dos estados (I); ele autoriza o recurso individual à guerra como meio de solução de controvérsias (II); e, ao afirmar a licitude da colonização europeia do resto do mundo, ele reserva-se aos estados que se consideram civilizados (III).

### i. Um direito liberal pluralista

A finalidade liberal-pluralista do direito internacional clássico está inteiramente articulada em torno do princípio do estado soberano, sujeito único e pessoa moral do direito internacional. Ela se caracteriza por quatro traços distintivos compartilhados de forma quase unânime através dos discursos e práticas jurídicas que vão desde a metade do século XVIII até meados do século XX.

Em primeiro lugar, o direito internacional clássico está edificado sobre o fundamento da noção de soberania-liberdade do estado. Johann Ludwig Klüber escreveu em 1819:

*“O Estado é uma sociedade, livre e independente, uma vez que ela se compõe de indivíduos e de famílias que, sem essa associação, viveriam em liberdade natural, e que se propuseram a si mesmos o fim que constitui o objeto de sua união.”<sup>1</sup>*

No discurso internacionalista corrente, a soberania do estado, sujeito do direito internacional, caracteriza-se precipuamente como uma liberdade e não como um poder. Ela traduz a independência do estado e, por conseguinte, um princípio anti-hegemônico em nível internacional. Ela continua a ser, com efeito, a construção jurídica que impede originariamente, em direito, a pretensão de um estado, do papa ou do imperador de dominar os outros, e nisso o direito internacional é liberal, pois ele visa ao mesmo tempo limitar o poder dos estados e garantir a sua liberdade.

Em segundo lugar, a expressão da vontade do estado adquire um status fundacional através do direito internacional clássico: ela se torna fonte primária do direito internacional, justifica a responsabilidade do estado, a importância conferida à palavra dada, à prática do reconhecimento e, sobretudo, o poder de concluir tratados. Assim como o homem, soberano de si mesmo, pode celebrar contratos livremente, o

---

<sup>1</sup> Termos destacados pelo próprio autor. V. KLÜBER, Johann Ludwig. *Droit des gens moderne de l'Europe*. Vol. 1. Stuttgart: J. G. Cotta, 1819, p. 66-67.



estado soberano, livre e independente, tem o poder de se vincular por um acordo de vontades. A partir do século XIX, os tratados internacionais passam a ser considerados como uma fonte essencial do direito internacional clássico, ali onde, no século XVIII, os princípios do direito natural ainda eram tão importantes quanto o direito convencional. É o período das grandes codificações doutrinárias e de um crescimento em importância do positivismo jurídico. À semelhança de Francis Lieber em 1863, de Jean Gaspard Bluntschli em 1868 ou de Pasquale Fiore em 1890, os autores elaboram códigos que fixam por escrito o direito internacional de seu tempo. É também o período em que se multiplicam os tratados e manuais que uniformizam a percepção que se poderia ter desse direito internacional.

Em terceiro lugar, o direito internacional clássico liberal caracteriza-se pelo princípio da neutralidade – a que alguns chamam também princípio de tolerância. Com efeito, considera-se o direito internacional como neutro em relação às escolhas políticas e religiosas feitas pelos estados dentro de sua ordem interna. Ele autoriza e garante o pluralismo dos regimes políticos internos, que podem ser igualmente conservadores, liberais, democráticos ou monárquicos. Da mesma forma, ele é indiferente ao respeito ou não das liberdades individuais no interior de cada estado, bem como à religião do estado, caso haja uma – um ponto muito importante à época. A técnica jurídica que permite dar consistência ao princípio liberal de neutralidade é, no início, muito simples: ela consiste em dissociar a soberania dos estados em soberania interna e soberania externa. Essa distinção essencial já era conhecida anteriormente, mas agora ela é retomada de tal maneira que conduz à diferenciação entre direito internacional, como direito estritamente externo das relações entre estados, e direito público como direito interno a cada estado. Ela leva, portanto, a que o direito internacional seja reduzido, no século XIX, a somente um direito *entre* estados, entre soberanias externas, e assim a deixar rédeas soltas à irrestrita liberdade da soberania interna do estado sobre o seu próprio território relativamente aos seus nacionais.

A lógica estritamente interestatal que assim se impõe é decisiva, pois transformará a soberania numa carapaça inquebrantável do estado em cujo interior ninguém tem o direito de olhar, regular ou intervir. Resultado disso é a reiterada constatação do princípio de não intervenção nos assuntos internos do estado e o fato de que o princípio de legitimidade, monárquico, firmado no Congresso de Viena em 1815, será rapidamente desmentido pela maior parte dos internacionalistas e homens de estado.

Com efeito, todos os regimes liberais europeus vão construir-se *contra* o princípio de legitimidade de 1815. Como é sabido, pouco depois da vitória sobre Napoleão, os soberanos europeus reuniram-se em congresso, em Viena, para reconstituir a Europa sobre a dupla base do princípio de legitimidade e das fórmulas políticas do Antigo Regime. Com a constituição da famosa Santa Aliança, os soberanos absolutistas tencionavam sufocar todo movimento revolucionário. Mas a história europeia dos anos que se seguiram será a da destruição dessa ordem de 1815 sob o golpe das aspirações ao liberalismo e à nacionalidade. Abalada pelas ondas revolucionárias de 1830 e 1848, a ordem de 1815 desmorona definitivamente na segunda metade do século XIX. Tanto é assim que, a partir desse momento, nenhum manual básico de direito internacional continua a defender esse princípio de legitimidade e o direito de intervenção que o acompanha. Em conformidade àquilo que veio a se tornar a praxe, o princípio de legitimidade monárquico passa a ser apresentado pelos autores como um princípio obsoleto em relação à evolução interna das monarquias europeias para regimes liberais. O direito internacional deixa, pois, de se ocupar da soberania interna dos estados e disso que se começa a chamar “domínio interior” ou “reservado”. A intervenção nos “assuntos internos” de um estado é condenada de modo unânime como violação do direito das gentes. Somente a intervenção humanitária mantém-se e, como se sabe, tem um futuro promissor. Mas ela se dirige apenas a não europeus e justifica, por exemplo, as expedições de potências europeias contra o Império Otomano em 1827, contra a China em 1900, contra o Marrocos em 1909 ou da França contra a Síria em 1860. A ingerência e a intervenção continuam a ser condenadas formalmente entre estados europeus e civilizados.

Em quarto lugar, o direito internacional clássico é um direito liberal na medida em que ele é também um direito formal de coexistência negativa das liberdades soberanas. A importância decisiva conferida à liberdade soberana dos estados, à sua vontade, à neutralidade do direito e ao fato do pluralismo interestatal torna o respeito aos direitos individuais dos estados mais imperativo que qualquer outra

consideração ou exigência. Trata-se de direitos-liberdades, que o estado pode opor a qualquer outro estado como verdadeiros limites ao seu poder de intervenção ou de ação e que repousam, em última instância, sobre a regra do respeito à igual liberdade-soberania dos demais. A liberdade do estado termina onde começa a dos outros. Da mesma forma, o conjunto do direito internacional clássico vai articular-se em torno da célebre doutrina dos direitos e deveres fundamentais dos estados. Essa doutrina, que codifica completamente a prática, encontrará uma incrível acolhida durante todo o século XIX e o XX, até à Segunda Guerra Mundial. Ela dá prioridade aos direitos dos estados, em detrimento de seus deveres para com os outros estados, e distingue os seus direitos absolutos de seus direitos secundários e relativos. Os direitos absolutos impõem-se em qualquer circunstância pelo simples fato de que uma entidade política está bem constituída como estado. Eles são permanentes e intangíveis. Os direitos relativos são contingentes e dependem das circunstâncias e dos tratados celebrados entre estados. Os direitos absolutos, que constituem o núcleo duro da teoria, são também chamados direitos fundamentais dos estados. Eles variam conforme os diversos autores e discursos dos estados, mas o que se encontra mais frequentemente são o famoso direito de conservação do estado, o direito ao respeito da soberania, à integridade territorial, ao comércio e à igualdade. Em troca, por um simples mecanismo de simetria, os estados têm o dever absoluto de respeitar esses direitos relativamente a cada estado.

Na base dessa doutrina paradigmática dos direitos fundamentais encontra-se a noção de personalidade jurídica do estado. Ela ainda se faz presente, retomada por todos os autores clássicos, e é, ao que tudo indica, central, a tal ponto que alguns internacionalistas teorizam sobre um direito ao “respeito à personalidade dos estados”<sup>2</sup>. Ela rege a situação de independência jurídica do estado e o necessário respeito de seus direitos consubstanciais pelos outros estados. A personalidade do estado significa, mais precisamente, a sua identificação com um ser individual (a despeito de sua natureza corporativa) que continua a ser sujeito exclusivo do direito internacional clássico. O internacionalista italiano Pasquale Fiore expõe-no de maneira muito clara, indicando que o estado dispõe ao mesmo tempo da “individualidade e da personalidade internacionais”<sup>3</sup>.

Em síntese, um tal sistema liberal pluralista de direito relativo a esses estados, pessoas morais soberanas, independentes e iguais entre si, resume perfeitamente um sistema de liberdades individuais: ele é concebido como um direito dos *limites* formais visando enquadrar e garantir o jogo das liberdades-soberanias. O exercício dos direitos e deveres vinculados à soberania de cada estado tem por limites principais aqueles que asseguram aos demais estados o gozo desses mesmos direitos e deveres soberanos. Dessa forma, reitera-se, o direito internacional é instituído originariamente para opor-se a toda prática hegemônica voltada contra esses estados. Ele visa a que as relações entre os estados se organizem não para proveito da soberania de um só (papa, império, o estado mais forte), mas no interesse de todos e no respeito à pluralidade das escolhas de cada um. Assim, ele vem satisfazer sobretudo as aspirações dos pequenos e médios estados europeus da época (que representam a esmagadora maioria), pois a soberania do estado e os direitos e deveres a ela ligados são, sob esse aspecto, libertadores e emancipadores.

Todavia, como escrevia Montesquieu no século XVIII<sup>4</sup>, a liberdade está igualmente ligada à certeza e ao sentimento de segurança. E o mesmo pode ser dito da soberania-liberdade dos estados europeus. O problema é que a sociedade que os estados soberanos formam entre si é frágil, pois, afora uma *Civitas Maxima* ou um tribunal das noções, que não existem, ela aproxima-se mais de um estado de natureza anárquico, no qual os direitos de cada estado soberano são frequentemente violados pela continuação das políticas de poder e de guerra entre os estados. A finalidade liberal do direito internacional desdobra-se, assim, desde o início, como em qualquer sistema liberal: o direito das gentes terá também por objeto preservar a segurança de todos os estados a fim de garantir a liberdade-soberania de cada um. Realizar

---

<sup>2</sup> HEFFTER, August Wilhelm. *Le droit international public de l'Europe*. Berlin: Schroeder; Paris: Cotillon, 1866, p. 4.

<sup>3</sup> FIORE, Pasquale. *Nouveau Droit international public suivant les besoins de la civilisation moderne*. Trad. et annoté par Charles Antoine. 2. ed. Paris: A. Durand et Pedone-Lauriel, 1885, p. 323.

<sup>4</sup> MONTESQUIEU. *De l'esprit des lois*. Paris: Flammarion, 2008, XI, 3, p. 54.

essa finalidade é, entretanto, algo particularmente delicado, pois o direito internacional clássico autorizará, até 1945, o recurso à guerra como modo possível de solução de uma controvérsia. É o paradoxo de uma sociedade internacional (euroamericana) que deseja garantir a segurança dos estados soberanos pela via do direito, mas que continuará conferindo à guerra uma função essencial.

ii. A licitude do recurso individual à força como meio de solução de disputas  
O fato é que a dimensão liberal do direito das gentes está intrinsecamente ligada ao sentimento de insegurança e à violência intraeuropeia que o direito das gentes vai contribuir tanto para julgar quanto para legitimar. A famosa Guerra dos Trinta Anos, que assolou a Europa de 1618 a 1648, deixou-a exangue. Ela permanece assim em todas as memórias europeias do século XVIII como tendo sido de uma selvageria sem precedentes. E é sabido que foi precisamente esse clima de guerra que levou o jurista holandês Hugo Grócio a escrever o seu célebre *Tratado do direito da guerra e da paz*, considerado o primeiro grande tratado de direito das gentes mas que, na verdade, está completamente voltado para o problema da guerra e dos meios jurídicos de a limitar. Grócio em 1625:

*Quanto a mim, convencido pelas considerações que acabo de expor, sobre a existência de um direito comum a todos os povos, que serve tanto para a guerra quanto na guerra, tive numerosas e graves razões para me decidir por esse assunto. Via eu pelo orbe cristão um uso tão desenfreado da guerra, que causaria vergonha mesmo perante as nações bárbaras; por causas levianas ou mesmo sem motivo pegava-se em armas, e, uma vez deflagrada a guerra, já não se respeitava mais nem o direito divino nem o humano, como se por força de uma lei geral se houvesse desatado a fúria para a prática de toda a sorte de crimes.<sup>5</sup>*

O direito internacional clássico continuará intimamente ligado ao direito da guerra, que será ao mesmo tempo codificado e limitado e que constituirá um de seus ramos jurídicos mais importantes. Com efeito, até o Período Entreguerras, o que se busca é bem menos a paz internacional que a segurança individual de cada país, a qual autoriza o emprego da força por cada estado para se defender a si mesmo e também a seus direitos. Mais precisamente, ela assume uma forma dupla. Uma primeira forma é o princípio da neutralidade. A tolerância do direito internacional clássico relativamente aos regimes políticos internos e às crenças religiosas de cada um é já um procedimento liberal de neutralização da violência e de estabilização da sociedade, pois ela veda todo princípio de intervenção nesse sentido. Ela se faz acompanhar, naturalmente, dos princípios de não intervenção e não ingerência nos negócios internos do estado.

O enquadramento do direito de fazer guerra é a segunda forma, mais ambivalente, no entanto, porque também possível fonte de violência. Antes de mais nada, é preciso sublinhar que a partir do século XVIII, quando se dá realmente o surgimento do direito internacional, o direito da guerra está radicalmente transformado. Trata-se do momento em que a velha ideia de guerra justa é definitivamente abandonada pelos juristas e pelas potências europeias. O recurso à guerra continua lícito, mas somente para os estados soberanos e com três modificações: 1) em primeiro lugar, porque se abandona definitivamente a ideia da necessidade de uma justa causa para que a guerra seja lícita à luz do direito das gentes. A partir do momento em que dois estados fazem guerra um contra o outro dentro das formas estabelecidas pelo direito das gentes moderno, presume-se que cada um deles tenha uma justa causa, pois não há na terra nenhum tribunal capaz de arbitrar-lhes a questão. Reputa-se justa a guerra de ambos os lados. E, ademais, muito rápido se vai preferir deixar de lado o qualificativo de “guerra justa” para passar a falar em “guerra formal” ou “guerra regular”, aquela feita somente entre estados e por esse simples motivo lícito; 2) dessa forma, em segundo lugar, deixa-se de aplicar o regime da guerra justa, que tinha consequências devastadoras para a segurança europeia. Com efeito, por ser justa, a guerra obrigava terceiros a intervirem em favor daquele que tinha a justa causa, o que acabava multiplicando os conflitos ao infinito. De agora em diante, a partir de meados do século XVIII, os terceiros devem permanecer neutros, seguindo-se os primeiros desenvolvimentos consagrados ao direito da neutralidade; 3) por outro lado, a

---

<sup>5</sup> GROTIUS, Hugo. *Le Droit de la guerre et de la paix*. Paris: Guillaumin, 1867, vol. I, p. 30-31.

guerra justa era assimétrica em seus efeitos: ela conferia os *temperamenta* – o tratamento humano do *jus in bello* – somente àqueles cujo estado se dizia amparado por justa causa, ao passo que tudo era permitido, ou quase tudo, contra aquele cuja causa era injusta. Este último não gozava sequer da aplicação do direito humanitário. Agora, com o novo direito da guerra, os efeitos do *jus in bello* serão bilateralizados e aplicar-se-ão do mesmo modo às duas partes em conflito.

A velha doutrina da guerra justa é, pois, deixada de lado quando emerge o direito internacional moderno pós-clássico. Contudo, o direito à guerra não é excluído e vem inserir-se no contexto liberal da teoria dos direitos fundamentais do estado como meio de legítima defesa e de solução de controvérsias: trata-se de um direito fundamental e subjetivo do estado soberano, um atributo essencial da sua soberania. Com efeito, até mesmo em função do respeito à sua liberdade soberana consagrada pelo direito internacional clássico, os estados têm a faculdade jurídica de decidir pessoalmente, e, portanto, subjetivamente, se devem ou não recorrer à guerra (*jus ad bellum*), para recobrar o seu direito lesado ou, ao menos, obter reparação dos prejuízos causados por terceiro. Sem dúvida é preciso destacar que esse *jus ad bellum* não é de forma alguma absoluto, porquanto continua estritamente regido pelo direito internacional clássico, amplamente codificado no que tange a esse assunto, até o Período Entreguerras, quando seu exercício será delimitado pela Sociedade das Nações. Sem dúvida deve-se destacar também que o direito na guerra (*jus in bello*) humanizar-se-á consideravelmente a partir do século XVIII, especialmente com as grandes convenções de direito humanitário da Haia, no final do século XIX e início do XX. Elas vêm introduzir limites jurídicos ao que é lícito enquanto comportamento num conflito armado e proibir particularmente os maus supérfluos e as condutas desumanas. Não obstante, da perspectiva do direito internacional clássico a decisão de recorrer à guerra continua perfeitamente lícita, uma vez que não há no plano internacional um sistema centralizado de recurso à força capaz de substituir-se ao direito individual dos estados. Infelizmente, será preciso esperar o trauma criado pela Segunda Guerra Mundial para que se ponha fim a essa característica essencial do modelo clássico.

É verdade que, pelo seu alcance inédito, a Primeira Guerra Mundial começa já a mudar a forma como a questão da segurança é encarada, e críticas muito vivas ao direito internacional clássico surgem a esse respeito. A aspiração à paz mundial torna-se a disposição fundamental do discurso internacionalista, que a celebrada de forma unânime pelos internacionalistas desde o fim da guerra, época em que floresceram na Academia de Direito Internacional da Haia os cursos sobre as “Regras gerais do direito da paz”, do qual o direito da guerra é simplesmente excluído. Os manuais do século XIX tratavam evidentemente da paz, mas certamente não dessa forma, pois era a segurança pessoal de cada estado que se buscava e queria garantir por todos os meios. Ora, durante o Período Entreguerras, a questão da paz era considerada de uma escala mundial e coletiva, e nele se assiste a uma verdadeira avalanche de estudos e sobre o direito da paz, como se a repetição ou o encanto doutrinários pudessem desde logo constituir uma barreira contra a guerra. A bem dizer, a crítica dessa época é com frequência descomedida, desqualificando rápido demais o direito internacional clássico. Como consequência de um amálgama demasiadamente ligeiro, deduzem os autores que os estados têm juridicamente o direito de deflagrar qualquer guerra a qualquer momento. Ora, equívoco maior não seria possível. Do ponto de vista do direito internacional clássico, o direito de recorrer à guerra não é mais o direito de tudo fazer, porquanto a própria soberania já não é mais absoluta. Às vésperas da Primeira Guerra Mundial, ele já era até muito restrito. O problema que se punha à época não era, pois, a ausência de limites jurídicos ao direito de recorrer à guerra, pois esses limites existiam, mas a ausência de *controle* do exercício, pelos estados, de sua faculdade de interpretar subjetivamente a situação e, logo, de recorrer à guerra. Daí a instauração, em 1919, da Sociedade das Nações (SdN) e o princípio de um controle exercido, com esse intuito, pelo Conselho da SdN (arts. 12 a 16), podendo chegar até mesmo a uma ação comum a fim de prevenir ou frustrar uma agressão armada. A noção de “segurança coletiva” torna-se, assim, um dos princípios centrais do novo sistema, o qual corrige a trajetória excessivamente liberal do direito clássico: a segurança das nações não pode mais ser garantida num contexto subjetivo e individualista, mas deverá sê-lo num contexto institucional, solidário e coletivo, permitindo limitar a faculdade de autoavaliação dos estados para recorrer à guerra.

Enquanto isso, o novo sistema institucionalizado permanece limitado, pois a guerra continua sendo um meio lícito não apenas para se defender, mas também para buscar a reparação de uma lesão. O seu emprego será proibido apenas com o Pacto Briand-Kellogg, de 1928, o qual, porém, não terá efetividade. Tanto é assim que, a despeito de notáveis avanços, o sistema jurídico de segurança instituído pelos euroamericanos nos séculos XVIII e XIX não desaparece com a criação da SdN. O direito internacional clássico continua a impor-se e a garantir a finalidade da segurança, protegendo e assegurando os direitos individuais dos estados e a sua existência como estados soberanos e prevendo a guerra como último meio de sanção ou reparação.

A preocupação pela segurança e o direito de ir à guerra juntam-se à vontade e à liberdade soberanas do estado, à sacralização dos direitos individuais e à neutralidade do direito para definir os traços distintivos que, vinculados uns aos outros, dão plena consistência ao direito internacional clássico, permitindo-lhe reger em pé de igualdade a conduta dos estados soberanos e gerir os seus conflitos. Contudo, esse direito internacional é, ao mesmo tempo, profundamente discriminatório, porque não se aplica senão a um pequeno grupo de estados que se consideram a si mesmos civilizados, excluindo de si todos os demais. É a face mais sombria do direito internacional, a de ser, assim, um instrumento jurídico ao serviço da exploração, do imperialismo e da colonização. Ele opera às avessas, portanto: se na Europa ele é um direito liberal-pluralista, fora dela ele se transforma num instrumento antiliberal e hegemônico.

### iii. O direito das nações civilizadas

O direito internacional clássico que se acaba de apresentar é um direito que continua a ser puramente um produto da cultura liberal euroamericana dos séculos XVIII e XIX. À mesma época, todas as regiões do mundo conhecem modos diferentes de reger as relações exteriores entre povos, mas é o sistema jurídico euroamericano que se vai impor ao resto do planeta, em benefício das colonizações sucessivas que ocorrerão entre os séculos XIX e XX. Em dois séculos, a Europa estende o seu poderio ao planeta inteiro, com consequências irreversíveis e trágicas para o mundo. Essa empreitada de dominação colonial teve múltiplas causas, hoje bem conhecidas, que são ao mesmo tempo internas e externas à Europa e que vão desde o progresso industrial, tecnológico e mercantil europeu até o desejo de poder e irradiação dos estados-nação, ao seu desejo de domínio do espaço, passando pelo capitalismo, pelo nacionalismo e pelas múltiplas rivalidades intraeuropeias. O fato é que, ao cabo do século XIX, a Europa domina a quase totalidade do mundo, seja por meio de colônias de povoamento, com vastos territórios na Austrália, na América do Norte e na do Sul sob o controle de populações de origem europeia, seja pela via de colônias de exploração na África e em grande parte da Ásia, caso em que um sistema de administração colonial ou de protetorado é imposto sem envio massivo de colonos. O direito internacional, de cultura europeia, tornará lícita uma tal situação ao introduzir a distinção entre estados civilizados, sujeitos de direito internacional, e povos não civilizados ou semicivilizados, não sujeitos de direitos internacional e devendo sofrer a dominação dos estados civilizados para aceder aos benefícios da civilização. Essa é também a época em que certos internacionalistas consideram-se a si mesmos o “órgão da consciência jurídica civilizada” do mundo.

Ao revés do modelo liberal-pluralista, que rege sobre um plano de igualdade as relações dos estados euroamericanos e as dos estados admitidos no círculo dos estados civilizados, todas as relações jurídicas que a Europa vai estabelecer com o resto do mundo são fundadas sobre a dependência e a desigualdade. Em 1894, o internacionalista Antoine Pillet afirmou – e seria impossível fazê-lo de modo mais claro – que “não existe nenhuma igualdade de direitos entre os estados civilizados e os estados não civilizados ou menos civilizados. [...] *Entre a condição de uns e a condição de outros há uma desigualdade flagrante, e essa desigualdade é, na matéria, a verdadeira base de suas relações.*”<sup>6</sup>

O desarranjo jurídico que se segue é completo, porque o direito que a Europa traz consigo instaura, conforta e justifica uma superioridade de direito e de poder em favor dos europeus que vai diretamente de encontro aos princípios liberais da neutralidade, da igualdade e da liberdade. A liberdade de comerciar,

---

<sup>6</sup> Grifo nosso. PILLET, Antoine. Le droit international public: ses éléments constitutifs, son domaine, son objet. In: *Revue Générale de Droit International Public*, Paris, 1894, p. 24-25.

que havia sido consagrada como direito fundamental do estado, torna-se a ponta de lança da exploração econômica dos não europeus; a técnica do tratado como instrumento privilegiado da expressão da vontade de estados iguais e soberanos dá ensejo à prática profundamente discriminatória dos tratados desiguais em que uma das partes aceita voluntariamente obrigações desiguais em seu prejuízo; a soberania-liberdade de uns torna-se uma soberania protegida por outros, como ilustram os famosos tratados de protetorado francês na Tunísia e em Marrocos, enquanto que a sociedade internacional em seu conjunto hierarquiza-se em civilizados, semicivilizados e não civilizados em lugar de formar uma sociedade policêntrica fundada na igualdade. Dito de outra forma, as regras não mais se baseiam numa igualdade formal entre os estados, mas, pelo contrário, levam em conta diferenças etnoculturais e a desigualdade concreta da situação material, econômica e social de certos povos para justificar uma intervenção de certos estados junto a tal povo particular ou a tal tipo inferior de estado. São regras intervencionistas que incluem a existência de direitos especiais: o regime de capitulações, os protetorados internacionais e coloniais, a apropriação de terras, o exercício da soberania externa e até mesmo da soberania interna, se há administração direta dos povos não civilizados por um estado colonizador. Neste último caso, elas autorizam juridicamente os estados civilizados a representar os povos não civilizados, a vinculá-los também a uma determinada forma de justiça, de administração, de polícia, de saúde, de educação, de cultura e de comércio. Tratando apenas dos aspectos mais gerais dessas questões, essas regras de direito internacional são completadas pelas legislações coloniais dos estados europeus e, de fato, eles apoiam-se em toda uma tecnologia de poder posta ao serviço da obra de colonização/civilização.

Esse direito internacional clássico, como produto histórico e cultural euroamericano, começa a ser severamente questionado durante o Entreguerras, mas somente depois de 1945 e da adoção da Carta das Nações Unidas é que ele sofrerá modificações reais. O direito internacional contemporâneo apresenta diversos caracteres que traem de modo complexo ao mesmo tempo a sua herança do passado e a sua ancoragem atual no mundo pós Segunda Guerra, pós-colonial e pós Guerra Fria. Esse triplo contexto traz novas exigências que se encontram inscritas no direito internacional contemporâneo e que explicam o espaço cada vez maior por este ocupado na própria vida das sociedades internas e internacionais. Mas resta ainda compreender bem o que representam realmente essas exigências e essas evoluções relativamente ao direito internacional, pois por mais evidentes que possam parecer a alguns, elas não foram menos contestadas por outros. Isso nos exige estabelecer melhor os contornos daquilo que constitui o essencial do direito internacional contemporâneo e especificar com maior precisão o seu teor atual, estudando sucessivamente e de modo crítico, ou seja, problematizando-os, os seus caracteres gerais enquanto ordem jurídica e as suas finalidades e domínios materiais de aplicação enquanto instrumento de regulação e de intervenção social.

## Capítulo II: O direito internacional como ordem jurídica

Uma vez que o direito internacional é um produto cultural europeu, não surpreende o fato de ele apresentar os caracteres de juridicidade ocidental. Mais especificamente, desde o seu surgimento no século XVIII ele é concebido pela doutrina um modo sistematizado típico dessa forma de pensamento do Ocidente. Ele traduz a vontade de impor uma ordem racionalizada entre os estados, no âmago daquilo que poderia parecer uma desordem social da sociedade internacional e das sociedades internas. Ver o direito internacional como formador de uma ordem jurídica leva a considerá-lo também como um conjunto autônomo e coordenado de sujeitos, instituições, práticas e regras. Essa forma de compreendê-lo assume importância ainda maior no seio da disciplina internacionalista quando a própria noção de ordem jurídica se torna, no início do século XX, um conceito corriqueiro da teoria do direito. Com efeito, a doutrina-se deu-se conta naquele momento de que, para compreender o direito internacional, era conveniente contemplá-lo como um todo em vez de enxergá-lo apenas nas suas diferentes partes. Dessa forma, todo um conjunto de questões ligadas à sua definição, à sua existência, à sua validade (bem como aquelas relativas aos seus elementos) passavam a encontrar respostas *a priori* mais fecundas.

Nós propomos conservar essa visão do direito internacional como ordem jurídica, pois o interesse que oferece ainda é suficiente para justificar que ela seja apresentada aqui de modo sintético – de um ponto de vista jurídico-sociológico, não lógico-formal –, sem deixar de mostrar, ao mesmo tempo, como ela é frágil e sujeita a questionamentos. Nossa atenção voltou-se de modo especial para três questões. A primeira delas é o problema de definir o direito internacional e distingui-lo dos demais direitos e ordens jurídicos existentes (II); a segunda questão é a de delimitar alguns de seus elementos principais, nomeadamente seus sujeitos e suas normas, pois a sua crescente heterogeneidade é, ao mesmo tempo, causa e efeito das evoluções que o afetam (III); por fim, a terceira questão consiste em interrogar-se sobre a eventual unidade e coerência do direito internacional enquanto ordem jurídica, mesmo num momento em que ele parece evoluir irresistivelmente em direção a uma desordem normativa e institucional cada vez maior (IV). Inicialmente será recordado um debate particularmente vivo que atravessa todas as disciplinas internacionalistas, a saber, se as evoluções em curso desde 1945 assinalam o fim ou o declínio da antiga ordem jurídica clássica em favor de uma nova ordem que se demarcará fortemente nesse período (I).

### i. O debate sobre o fim da ordem estatal clássica

O direito internacional contemporâneo é aquele que existe hoje em dia. Ele corresponde ao direito em vigor na Idade Contemporânea, que inicia com o pós Segunda Guerra Mundial e particularmente com a adoção, no dia 26 de junho de 1945, da Carta das Nações Unidas, ao final da Conferência de São Francisco. O direito internacional sofreu uma considerável transformação desde essa época. A partir de 1945, vários fenômenos novos, particularmente fortes, desenvolveram-se, os quais afetaram de maneira incontestável o direito internacional: a expansão e subsequente desmoronamento dos regimes comunistas, o desenvolvimento das organizações internacionais, especialmente a família das Nações Unidas, a abolição do direito de fazer guerra, a descolonização e a consagração do direito dos povos de dispor de si mesmos (a autodeterminação dos povos), o reconhecimento internacional dos direitos humanos, o fim da Guerra Fria e o advento da última globalização<sup>7</sup> neoliberal. Tudo isso acentuou a abertura das categorias clássicas sobre as quais o direito internacional estava edificado: a distinção entre público e privado, interno e internacional, entre ordem hierárquica interna e ordem internacional policêntrica, entre estado como sujeito e indivíduo ou povo como objeto, o princípio da equivalência das normas, a distinção entre necessidades internas e interesses internacionais.

Ademais, os internacionalistas contemporâneos tiveram de habituar-se a percorrer terrenos que até aquele momento lhes eram menos familiares e de repensar o seu objeto de estudo. A opinião dos autores dividiu-se, sobretudo, quanto a se esse direito internacional se opunha, ou não, à ordem jurídica interestatal clássica que acabamos de descrever brevemente (também chamada modelo de Westfalen

---

<sup>7</sup> No original, *mundialisation*. N.T.

ou Vestefália por causa dos tratados ali celebrados em 1648), e se isso, por conseguinte, representava o surgimento de uma ordem jurídica nova.

Por exemplo, de acordo com Antonio Cassese ou Georges Abi-Saab, hoje é preciso diferenciar o modelo clássico (westfaliano), fundado sobre o pluralismo liberal dos estados soberanos, do modelo jurídico-político derivado da Carta de 1945, o qual corresponderia aos novos objetivos da comunidade internacional, especialmente com a emersão, em nível internacional, dos direitos humanos e dos direitos dos povos<sup>8</sup>. É, pois, a partir de 1945 que se constatará a real introdução de uma nova ordem internacional. Publicada em 1990, a tese de James N. Rosenau foi o ponto de partida para um outro tipo de análise, que situa o abandono do sistema interestatal clássico junto ao advento da última globalização<sup>9</sup>. Ele entende que não foi em 1945, mas sim com globalização pós Guerra Fria que o modelo interestatal desapareceu. O antigo sistema internacional ter-se-ia desagregado a partir dos anos 1990 em razão das profundas “turbulências” do mundo pós Guerra Fria, que, em particular, teriam feito surgir uma multidão de atores e de redes operando fora do âmbito da soberania. Ora, para um terceiro grupo de autores, essas diferentes teses relativas ao abandono do modelo interestatal clássico são ambas igualmente falsas e ilusórias, pois, de acordo com elas, em direito internacional “change is no novelty”<sup>10 11</sup>, e as evoluções em curso desde 1945 ou 1989 não teriam colocado em questão o sistema internacional existente, ainda visto como algo organizado estruturalmente ao redor da existência e cooperação de estados soberanos.

Na verdade, é evidente que não há resposta simples para a questão da mudança da ordem jurídica relativamente ao modelo interestatal clássico, pois tudo depende da forma como se encara a história do direito internacional e o direito internacional em si, o que, em última análise, remete mais uma vez às representações culturais de cada indivíduo e também às correntes acadêmicas e políticas às quais os diferentes observadores pertencem. Dessa forma, encontramos clivagens bastante comuns entre realistas e liberais, continentais e anglo-saxões, conservadores e progressistas, entre Norte e Sul. De nossa parte, e de acordo com a nossa própria interpretação, salientaremos o caráter incontestável do fato de que o direito internacional contemporâneo é o produto de numerosas “turbulências” do mundo pós 1945, pós-colonial e pós Guerra Fria, três contextos internacionais que modificaram profundamente a percepção simples que até então era possível ter a respeito da ordem interestatal clássica. Mas o alcance dessas transformações deve ser apreciado sem radicalismos, porque hoje em dia – ao menos no momento presente – se assiste a um mero processo de *reconfiguração* do direito internacional, ou seja, a uma combinação transformada (reconfigurada) de princípios e práticas jurídicas clássicas com princípios e práticas jurídicas novas. Não se trata nem de uma ruptura radical nem da repetição de uma mesma estrutura, mas de um entrecruzamento do antigo e do novo modelos jurídicos, de tal maneira que os antigos sujeitos e as antigas práticas sobrevivem igualmente, permeados pelos novos sujeitos e pelos princípios jurídicos novos. Não se está, pois, assistindo a uma substituição definitiva de um direito por outro, mas o que se vê são, antes, deslizamentos, deslocamentos em favor de um novo modelo de direito internacional que mais e mais se vai tornando dominante, porém sem deixar de se entrecruzar com o antigo. E uma grande parte das tensões, das contradições e das incertezas que afetam o direito internacional contemporâneo vêm desse inevitável emaranhamento entre o novo e o antigo, entre a ordem interestatal clássica e a ordem jurídica nova.

---

<sup>8</sup> CASSESE, A. *Le Droit international dans un monde divisé*. Paris: Berger-Levrault, 1986, p. 185ss. ABI-SAAB, G. *Cours général de droit international public*. Recueil des cours de l'Académie de Droit international de la Haye, 1987-VII, vol. 207, p. 319ss.

<sup>9</sup> ROSENAU, J. N. *Turbulence in World Politics: a theory of change and continuity*. Princeton: University Press, 1990.

<sup>10</sup> FITZMAURICE, G. The future of international law and of international legal system in the circumstances of today. In: *Institut de droit international – Livre du centenaire*. Basileia: Karger, 1973, p. 207. WEIL, P. *Écrits de droit international*. Paris: Puf, 2000, p. 8ss.

<sup>11</sup> “A mudança não é novidade”. N.T.



## ii. Definições e distinções

Que o direito internacional não é radicalmente novo não significa que ele não esteja perpassado por uma verdadeira crise de identidade em razão dos importantes desdobramentos ocorridos a partir de 1945. Essa crise de identidade é imediatamente perceptível quando se procura isolar os critérios que permitem defini-lo como tal – distinguindo-o dos outros direitos, portanto – e que por vezes levam até mesmo a duvidar da sua existência como ordem jurídica.

### 1. Definição do direito internacional

Delimitar o conceito de direito internacional tornou-se, dessa forma, uma tarefa muito mais difícil do que se poderia imaginar. Durante muito tempo, o direito internacional era definido como o direito que rege as relações entre estados ou como sendo o direito da sociedade internacional. Porém essas definições clássicas tornaram-se obsoletas, já que expressam apenas parcialmente o que é o direito internacional contemporâneo, tão grande foi a evolução por que este passou em seu objeto, seu alcance e seu conteúdo. Dizer que o direito internacional é um direito interestatal, que rege somente as relações entre estados, é falso, uma vez que hoje ele rege igualmente a conduta de outros sujeitos de direito além dos estados, como as organizações internacionais e os indivíduos. Definir o direito internacional como o direito da sociedade internacional é igualmente demasiado restritivo, se com isso se quer dizer que ele rege unicamente as relações entre sujeitos/atores das relações internacionais. O direito internacional continua a ser o direito da sociedade internacional, mas ele está igualmente em grande parte do direito das sociedades internas e rege situações no plano interno que não têm qualquer elemento de internacionalidade ou estraneidade.

Assim sendo, será proposta a seguinte definição, que se substitui às anteriores e que hoje é apresentada com bastante frequência aos estudantes. O direito internacional é composto pelo conjunto de regras, práticas e discursos que emanam dos sujeitos do direito internacional. É direito que se produz pelo concurso de vários sujeitos internacionais. Em outras palavras, ele se define principalmente pela sua *origem* internacional e não pelo seu *objeto*, que é ao mesmo tempo interno e internacional<sup>12</sup>. Dizemos que ele se define pela sua origem internacional porque emana dos sujeitos de direito internacional. Ele é, antes de mais nada, o produto das regras costumeiras e convencionais estabelecidas por esses sujeitos, mas também dos seus atos unilaterais inseridos no âmbito jurídico definido para esse efeito, bem como de múltiplas práticas e discursos com um grau variável de obrigatoriedade. O objeto principal desse direito ainda continua a ser o de reger as relações entre sujeitos da sociedade internacional. Mas o seu objeto não é mais exclusivamente internacional; ele não é mais somente o direito que rege as relações entre estados (as relações interestatais) ou outros sujeitos de direito internacional. Com efeito, trata-se de um direito que visa reger tanto relações e situações internas aos estados quanto relações e situações internacionais.

Quando o direito internacional rege as relações entre sujeitos de direito internacional – principalmente estados e organizações internacionais (OIs) – tem-se diante o objeto clássico desse direito e aquele que aparenta ser o mais imediatamente evidente. Aí se incluem habitualmente os grandes domínios do direito internacional, que são os mais mediatizados, como o dos privilégios e imunidades diplomáticos, o do recurso à força e manutenção da paz, o da responsabilidade internacional dos sujeitos de direito internacional ou ainda o das regras que regem as organizações internacionais, em particular a ONU. Ele rege também todo um conjunto de relações entre estados, menos diretamente ligadas aos seus interesses vitais e à ONU, e que correspondem a domínios bastante mais corriqueiros e com frequência mais técnicos do direito internacional, como a extradição ou a gestão e utilização de certos recursos ou vias de comunicação. Entretanto, é forçoso constatar que as regras e práticas de origem internacional com mais e mais frequência têm por objeto a condição e as relações das pessoas privadas, físicas ou morais, dentro mesmo dos estados, e não mais relações entre estados, como, por exemplo, os direitos humanos, o direito do trabalho, o direito ambiental, o direito penal internacional, o direito bancário, assim como o direito administrativo, o direito constitucional ou ainda uma parte do direito dos

---

<sup>12</sup> COMBACAU, V. J.; SUR, S. *Droit international public*. 8<sup>e</sup> éd. Paris: Montchrestien, p. 15ss.

investimentos. Dessa forma, é preciso compreender que o direito internacional é virtualmente aplicável a todos os campos internos e internacionais existentes e que ele evolui de modo exponencial nesse sentido, em razão das crescentes necessidades dos sujeitos e atores do direito internacional. Disso resulta, por outro lado, uma convergência dos direito internos através da aplicação das normas internacionais, pois eles se vão progressivamente harmonizando e reformando pelas mesmas regras de origem internacional. Assiste-se ao surgimento de um direito de origem internacional que é, ao mesmo tempo, comum e interno aos estados.

## 2. Ordem jurídica internacional e ordens jurídicas internas

Uma ordem jurídica pode ser definida de diversas formas, em particular no plano sociológico, no plano normativo ou ainda dum ponto de vista mixto. Vamos limitar-nos, por enquanto, a uma definição normativa de ordem jurídica e, conseqüentemente, ao fato de que a ordem jurídica internacional é um conjunto coordenado de normas internacionais, ao passo que as ordens internas são conjuntos coordenados de normas internas. Essa classificação usual permite diferenciar o direito internacional dos direitos internos, ao insistir na sua especificidade enquanto ordens jurídicas, em sua autonomia e em sua coerência própria. Ela permite igualmente dispor os termos de um problema clássico para os juristas, a saber, a relação entre ordens internas e ordem internacional, ao qual se dão respostas diferentes nos planos prático e doutrinal.

Também é costume opor-se uma visão monista a uma visão dualista de ordem internacional e das ordens internas. De acordo com a visão monista, elas formam juntas uma só ordem jurídica global onde se afirma ou a primazia da ordem internacional ou a primazia das ordens internas. De acordo com a visão dualista, elas formam conjuntos estanques e fechados em si mesmos. Essa distinção entre ordens jurídicas internas e ordem internacional leva igualmente a diferenciar a lógica que subjaz à posição de uns e de outros. Com frequência se apresentam as normas internas, estatais, como um conjunto hierarquizado numa estrutura piramidal, na qual a norma última seria a Constituição. Essa hierarquia remete ao fato sociológico da submissão dos sujeitos internos ao poder do estado. E por mais que essa forma de apresentação seja, na verdade, restritiva, isso não a torna menos adequada para apreciar de maneira global o modo como as normas e práticas jurídicas serão articuladas entre si no plano interno. O direito internacional, ao contrário, é descrito como um conjunto não hierarquizado de práticas e regras que fazem coabitar, sem solução expressa de compatibilidade, os tratados, os costumes, os atos unilaterais dos estados e das organizações internacionais, diferenciando, porém, regras primárias e regras secundárias. As normas primárias têm por objeto prescrever modelos de comportamento aos sujeitos de direito internacional e correspondem à parte mais ampla desse ramo do direito, enquanto as regras secundárias são regras de procedimento relativas às regras primárias prevendo o modo como estas podem ser elaboradas, extintas ou modificadas. A conjugação harmoniosa dessas regras primárias e secundárias é essencial ao bom funcionamento do direito internacional como ordem jurídica, mas isso nada tira ao fato de não existir, no momento presente, uma verdadeira hierarquia entre as normas, princípios e práticas de nível primário ou secundário, muito embora um simples tratado bilateral entre estados seja considerado de valor jurídico idêntico ao de um costume geral vinculando o conjunto dos estados do planeta. Essa lógica de equivalência entre as normas é a expressão do caráter anárquico da sociedade internacional, que não conta com um governo mundial (não é essa a função do Conselho de Segurança da ONU) e que é ainda caracterizada por estados que são ao mesmo tempo soberanos e iguais entre si. Estes, à mercê de suas necessidades, elaboram normas ou formam práticas que simplesmente justapõem-se simplesmente umas às outras. Trata-se de uma sociedade que se poderia qualificar como “policentrada”, por oposição às sociedades internas centralizadas, e é possível ver no direito internacional a expressão dessa estrutura policêntrica de poder.

As ordens jurídicas interna e internacional são, assim, classicamente dissociadas; porém, a bem da verdade, essa separação tende a atenuar-se em nossos dias. Em primeiro lugar, várias regras consideradas como internas são internacionais já por sua origem. Observa-se um número crescente de tratados, atos conjuntos, princípios diretivos, resoluções ou regulamentos internacionais que criam obrigações ao legislador nacional ou que podem gerar efeitos praticamente imediatos no direito

interno, quase sempre com primazia sobre a lei interna. Em segundo lugar, e mesmo que não caiba exagerar-lhe a importância, assiste-se ao desenvolvimento igualmente significativo dos regimes jurídicos transnacionais entre profissionais que cada vez mais gozam de autonomia, como a *lex sportiva* para o esporte, a *lex mercatoria* para o comércio internacional entre atores econômicos privados ou a *lex informatica* para a regulação da internet. Eles ultrapassam a dicotomia ordem interna/ ordem internacional para dar lugar a algo com a aparência como que de ordens jurídicas terceiras, que não são nem internas, nem internacionais. Assim é que a internet é hoje alvo apenas de uma autorregulação, tendo em vista a inexistência de normas internacionais, a falta de acordo entre os estados a esse respeito e a impotência dos direitos internos para lidar sozinho com a questão. Da mesma maneira, a lei esportiva é transnacional, porque quem a elabora não são os estados, mas as federações esportivas transnacionais ou organismos como o Comitê Olímpico Internacional. Ela tem por objeto reger com força obrigatória o comportamento dos profissionais do esporte e pode ser matéria de recurso perante o Tribunal Arbitral do Esporte. Enfim, hoje é preciso tomar conhecimento de forma mais global da existência de múltiplos níveis de normas de natureza e de origem diferentes, nos quais as normas de direito internacional se interconectam, se entrecruzam ou se superpõe às normas regionais, transnacionais e internas para enquadrar um mesmo objeto ou uma mesma atividade, sejam eles internos ou internacionais. Ou seja, este é o momento do pluralismo jurídico e institucional. Tanto é assim que, por exemplo, um cidadão da União Europeia (UE) pode estar sujeito simultaneamente a normas procedentes de sua ordem jurídica interna, das ordens jurídicas regionais (por exemplo as da UE e da Convenção Europeia de Direitos Humanos) e de certas ordens jurídicas mundiais, como a ONU e a OMC (Organização Mundial do Comércio). A estas se acrescentam as múltiplas normas de origem transnacional provenientes, por exemplo, da regulação jurídica do comércio ou da internet. Ademais, é preciso substituir a visão comum que nos faz conceber uma só ordem jurídica para cada ordem social pela ideia de que uma mesma ordem jurídica pode reger diversas ordens sociais e de que uma mesma ordem social pode estar sujeita a ordens jurídicas múltiplas. Essa nova situação remete desta vez ao fato sociológico pós Guerra Fria do enfraquecimento do estado, da globalização, como também da regionalização dos fenômenos e do considerável desenvolvimento normativo que acompanha essas mutações.

Ora, o ponto essencial aqui é compreender que todos esses elementos vão pouco a pouco convergindo e interagindo para criar uma certa porosidade entre os direitos e uma erosão da distinção entre as ordens jurídicas internas e internacional, bem como um enfraquecimento da dicotomia clássica entre soberania interna e externa, sobre a qual o direito internacional clássico interestatal foi edificado. Dessa forma, não é por acaso que certos comentadores desejem agora deixar de lado conceitos tradicionais como o de ordem jurídica, ao analisar uma realidade que ainda se tem dificuldade de captar em todo o seu alcance. Para melhor formular as relações jurídicas que se tecem entre o internacional e o interno, eles lançam mão de um novo aparato conceitual. Assim é que se emprega a noção de espaço jurídico em substituição à de ordem jurídica para designar diferentes lugares, aquém e além dos confins de uma única ordem jurídica e sem vínculo com um território, caracterizados por abertura e mobilidade, menos fechados dentro das fronteiras do direito que as ordens, onde as normas e as práticas se interpenetram e se superpõem, propiciando o surgimento de relações múltiplas. Os domínios do direito da segurança ou do meio ambiente são um bom exemplo disso, assim como os diferentes direitos regionais que hoje se fazem mais e mais autônomos. De igual maneira, recorre-se às noções de rede e de fluxo para designar conjuntos de normas mais ou menos vinculantes, elaboradas às vezes de modo híbrido por sujeitos de direito internacional e atores privados, eles mesmos organizados em redes, que não constituem nem direito internacional formado nos moldes clássicos nem direito interno, e que não se deixam deter, ou apenas muito pouco, pelas fronteiras estatais. O exemplo do ASAQ é típico dessa evolução. O ASAQ é um novo medicamento contra a malária, uma doença que mata mais de um milhão de pessoas todos os anos nos países mais pobres. Ele foi lançado no dia 1º de março de 2007 e é vendido a um dólar a caixa e sem patente graças a uma rede extremamente dinâmica de atores públicos e privados, que inclui ONGs, fundações privadas, laboratórios farmacêuticos, universidades públicas e

agências da ONU, e que obedece a uma rede regulatória também híbrida, onde regras internas e internacionais, públicas e privadas se entrelaçam.

### 3. Direito internacional público e direito internacional privado

O direito internacional, que acabamos de definir pela origem internacional das suas regras e práticas, recebe com frequência o qualificativo *público*, por contraposição ao direito internacional *privado*. É ao direito internacional público que se dedica este livro, muito embora a distinção público/privado também tenda a se atenuar muito hoje em dia. Em contraste com o direito internacional dito “público”, o direito internacional privado se compõe principalmente por regras de direito interno, estatal, e não por regras de origem internacional. Ele visa reger um tipo de relações que se distingue tanto das relações internacionais quanto das relações internas: trata-se das relações interestatais, ou seja, as relações entre pessoas privadas (físicas ou morais) vinculadas a estados diferentes. Ele consiste em aplicar a uma dada situação, por exemplo um contrato de compra e venda entre duas pessoas domiciliadas em países distintos, o direito interno de uma dessas duas pessoas; e em regular igualmente a escolha da jurisdição que será instada a dirimir eventuais disputas relativas a esse contrato. Trata-se, portanto, de um direito de origem interna que rege as relações transestatais privadas dos particulares e, em especial, dos atores econômicos privados. Entretanto, também aí se assiste há vários anos a uma erosão dessas definições e distinções entre direito internacional privado e público. Com efeito, vislumbra-se um duplo movimento, no qual, de um lado, o direito internacional público se privatiza em certos domínios particulares e no qual, de outro lado, o direito privado se publiciza. Como exemplo do primeiro caso, pode-se mostrar até que ponto os litígios interestatais comerciais perante a OMC não fazem mais que traduzir interesses econômicos privados<sup>13</sup>. No segundo caso, pode-se mencionar a existência de um número cada vez maior de regras de direito internacional público abarcando essas relações regidas também pelo direito interno. É o exemplo das regras estabelecidas pela Convenção de Bruxelas de 27 de setembro de 1968 em matéria de competência dos tribunais dos estados-membros da Comunidade Europeia, da Convenção de Roma de 19 de junho de 1980, que trata das obrigações contratuais, ou da Convenção CIRDI de 18 de março de 1965 para a resolução de disputas relativas a investimentos.

### iii. Sujeitos e normas

Ao mesmo tempo, foram os elementos principais que compõem a ordem jurídica internacional que evoluíram. Passamos agora a apreender a ordem jurídica internacional simultaneamente enquanto realidade social e enquanto ordem normativa, considerando aqui como elementos principais, por razões de simplificação, apenas seus sujeitos e normas. Por essa via se chega à conclusão de que a heterogeneidade que caracteriza o direito internacional contemporâneo está ligada em grande medida à diversificação crescente de seus sujeitos e de suas normas e de que esse fenômeno levanta, de fato, uma série de questões.

#### 1. Os sujeitos

É tradicional estabelecer-se uma distinção entre os *atores* que desempenham um papel no plano internacional e os *sujeitos* de direito internacional, que são atores dotados de personalidade jurídica internacional, ou seja, aqueles que, em função do direito internacional, são titulares de direitos e obrigações. Ora, a evolução revela que cada vez mais atores das relações internas e internacionais têm a tendência de se tornar sujeitos de direito internacional, o que aponta para o fato de que a sociedade internacional passa por um processo de crescente juridicização.

##### A) O estado

O estado é o primeiro sujeito do direito internacional e aquele cuja existência depende da reunião de um determinado número de fatos (território, população, governo efetivo e independente), dos quais o direito internacional apenas e tão somente toma conhecimento. Nessa qualidade, ele é designado como sujeito originário de direito internacional. O número dos estados aumentou consideravelmente depois da Segunda Guerra Mundial, particularmente em virtude do processo de descolonização e das evoluções

---

<sup>13</sup> V. RUIZ-FABRI, H. La juridictionnalisation du règlement des litiges économiques entre États. In: *Revue de l'arbitrage*, 2003, nº 3, p. 897.

pós Guerra Fria. Contam-se hoje 193 estados, que são todos membros das Nações Unidas, apesar de terem sido apenas 51 os que estavam reunidos em São Francisco para a adoção da Carta que instituiu a ONU. Porém hoje em dia o estado está ao mesmo tempo enfraquecido enquanto ator das relações internacionais e sujeito a concorrência, tendo em vista o surgimento de outros atores/sujeitos do direito internacional. A propósito disso, numerosos autores analisaram o declínio econômico e político do estado no contexto da última globalização. A posição assumida pelo mercado e por certos operadores econômicos e financeiros em face do estado é a expressão mais evidente desse fenômeno, na medida em que parece reduzir-lhe o campo de atuação autônoma. Neste tópico será considerado sobretudo o fato concomitante do declínio do “poderio jurídico”<sup>14</sup> do estado, seja porque os estados são cada vez mais coarctados juridicamente pelas organizações internacionais no plano regional, como a UE, e no plano mundial, como a OMC, seja porque eles sofrem a concorrência de outros produtores de normas e de outras ordens jurídicas de caráter privado ou trans-estatal que se impõem em detrimento do seu poder legislativo internacional. Na mesma ordem de ideias, a autoridade conferidas às jurisdições internacionais é tanta, que gera a existência de um terceiro poder jurisdicional internacional, que mais e mais se vai impondo aos estados, produto lógico de uma sociedade internacional confrontada com o crescimento incessante e ubíquo do império do direito e que, portanto, torna-se a cada dia mais complexa e tecnicizada<sup>15</sup>. Quanto mais o direito internacional se estende, mais os regimes jurídicos se multiplicam, mais o recurso ao juiz (internacional e também interno) cresce para dirimir as questões ligadas à interpretação e à aplicação das normas. Por outro lado, o declínio do poderio do estado como ator/sujeito do direito internacional é correlativo à interconexão das cidades, regiões, dos especialistas, juizes e representantes dos parlamentos internos, ou ainda dos diretores de bancos centrais, que criam círculos de poder mais oficiosos mas não menos reais, os quais suscitam às vezes novas práticas jurídicas. Pode-se citar como exemplo o Comitê da Basileia de Supervisão Bancária, que é composto por representantes dos bancos centrais independentes de treze países e que adota standards mínimos em matéria de controle prudencial. Disso resulta uma redução dos poderes jurídicos do estado no plano internacional em favor do surgimento de uma multidão de centros mais ou menos oficiosos, que completam, restringem ou contornam a ação e a competência jurídicas dos estados.<sup>16</sup>

Daí se segue também que o estado agora coexista com outros atores do direito internacional de estatutos jurídicos bastante diversos. Esse fenômeno não é, em si, novo. Os indivíduos, bem como as instituições internacionais, as ONGs, os sindicatos, ou ainda os movimentos de libertação nacional conseguiram já desde há muito tempo impor-se na cena internacional e tirar proveito de certas regras de direito internacional, institucional ou normativo. Mas atualmente se verifica um fenômeno duplo: o fato de que esses atores, sempre mais numerosos e mais influentes, agora concorrem com o estado no exercício de algumas de suas prerrogativas jurídicas, e o fato de que eles tendem igualmente a se tornar verdadeiros sujeitos de direito internacional, ou seja, titulares diretos e obrigações com base no direito internacional, dispendo, às vezes, de verdadeiras capacidades internacionais.

#### B) Os outros sujeitos/atores do direito internacional

Segundo a concepção clássica, só pode ser sujeito de direito internacional aquele que simultaneamente cria normas e é o destinatário delas, como se não estivessem aptos a ser sujeitos de direito as pessoas físicas ou morais que não necessariamente criam normas internacionais mas que, todavia, podem ser os seus destinatários. Consequência do caráter restritivo dessa definição clássica é o considerar-se como sujeitos de direito apenas os estados e as organizações internacionais que criam normas de direito internacional, deixando de fora todas as pessoas ou entidades desprovidas dessa capacidade. Essa definição obsoleta, que resulta de uma construção jurídica datada de dois séculos atrás, não

---

<sup>14</sup> V. AUBY, J.-B. *La globalisation, le droit, l'état*. 2<sup>e</sup> éd. Paris: Lextenso, 2010.

<sup>15</sup> V. JOUANNET, É. *L'indépendance et l'impartialité des juridictions internationales: l'émergence d'un tiers pouvoir international?* In: RUIZ-FABRI, H. ; SOREL, J.-M. (dir.). *L'indépendance et l'impartialité des juridictions internationales*. Paris: Pedone, 2010, p. 135-178.

<sup>16</sup> Para uma análise aprofundada desses novos fenômenos, v. SLAUGHTER, A.-M. *A new world order*. Princeton: University Press, 2004, p. 36ss.

corresponde à realidade da vida jurídica internacional. A prática jurídica atual demonstra, pelo contrário, que o direito internacional reconhece, de modo explícito ou implícito, sujeitos com estatutos jurídicos muito variados sem que, contudo, eles tenham necessariamente a capacidade de criar normas jurídicas de direito internacional e, por outro lado, com plena consciência de que nenhum deles é detentor de soberania – esse atributo jurídico que ainda caracteriza o estado, mantendo-o na posição de sujeito essencial do direito internacional. A esse respeito, é lamentável que certos observadores ainda não tenham assimilado essa mutação contemporânea, ao seguir defendendo uma concepção extremamente restritiva da noção de sujeito de direito, que não existe nos direitos internos.

É possível identificar três categorias principais desses sujeitos/atores do direito internacional diversos do estado soberano e dotados de personalidade e capacidade jurídica variáveis: 1/ as organizações internacionais (OIs) e outros atores institucionais públicos; 2/ os atores econômicos privados e; 3/ os atores cívicos<sup>17</sup>. São as OIs e os atores públicos internacionais diversos do estado que exercem um poder mais diretamente visível no plano internacional e que têm, na maioria das vezes, o estatuto de sujeitos derivados de direito internacional, por terem sido criados pela vontade dos mesmos estados. Os seus direitos e obrigações, assim como as suas diferentes capacidades, dependem do que está previsto nos seus estatutos jurídicos, mas eles constituem indubitavelmente verdadeiros sujeitos de direito internacional. Eles não param de crescer em número no plano internacional, e as suas decisões, atos, diretivas e resoluções possuem agora efeitos reconhecidos no plano interno. Do ponto de vista histórico, as primeiras organizações internacionais apareceram no final do século XIX, ganharam importância no interstício entre as guerras mundiais com a OIT (Organização Internacional do Trabalho) e a SDN, mas se desenvolveram sobretudo a partir de 1945 com a expansão da cooperação internacional. Hoje contam-se várias centenas delas, que, na grande maioria dos casos, estão dotadas de reais capacidades normativas e/ou funcionais e que se completam ou que concorrem entre si em termos de poder e influência nos planos regional, sub-regional e mundial. O exemplo mais conhecido e mais significativo desse desenvolvimento organizacional é o da “família das Nações Unidas”, que, além dos seis órgãos principais da ONU<sup>18</sup>, reúne todo um conjunto particularmente expressivo de organizações cognatas, instituições especializadas, órgãos subsidiários, secretariados e outros fundos de afetação.

Logo após esses atores públicos vêm, com grande ímpeto, os atores econômicos privados, que ganharam um espaço cada vez maior com a última globalização neoliberal, ela mesma tendo sido consagrada pelos textos internacionais e, em particular, pelas resoluções da Assembleia Geral da ONU. O triplo movimento de liberalização, privatização e desregulação econômica e financeira que essas resoluções endossaram no início dos anos 1990 expressa a nova distribuição de cartas do mundo pós Guerra Fria, a preponderância dos atores econômicos e, em especial, a engrenagem incontornável das grandes empresas multinacionais. Estas gozam hoje incontestavelmente de uma certa personalidade jurídica internacional e, particularmente, de uma capacidade internacional para concluir acordos com os estados e para figurar como parte perante a justiça arbitral internacional, consoante testemunha a atividade da CIRDI (Centro Internacional para a Resolução de Disputas relativas a Investimentos), cujos laudos arbitrais não param de multiplicar-se desde o fim da Guerra Fria.

Por fim, é preciso salientar o papel dos atores cívicos e o fato de que pouco a pouco eles vêm se tornando não apenas muito ativos no plano internacional, mas mesmo sujeitos de direito internacional. Contudo, a bem da verdade, apesar de as associações, as fundações, os sindicatos e, sobretudo, as ONGs terem um papel que não para de crescer em importância na ajuda à formulação das normas internacionais, especialmente no âmbito do direito humanitário ou do direito do desenvolvimento social, humano e ambiental, na maioria dos casos eles ainda continuam a ser sujeitos de direito interno com uma capacidade limitada no plano internacional. Em compensação, os próprios indivíduos gozam

---

<sup>17</sup> Distinção traçada por MARTY, M. Delmas. Les forces imaginantes du droit. In: *La refondation des pouvoirs*. Paris: Le Seuil, 2007, p. 137.

<sup>18</sup> A Assembleia Geral, o Conselho de Segurança, A Corte Internacional de Justiça, o Conselho de Tutela, o Conselho Econômico e Social e o Secretário Geral.

cada vez mais diretamente de direitos internacionais, em particular dos direitos da pessoa, que os constituem em verdadeiros sujeitos de direito internacional. Com a distinção rígida estabelecida pelo direito internacional clássico entre soberania interna e externa, o indivíduo havia sido relegado desde o século XVIII à esfera interna dos estados, submetidos apenas e tão somente ao seu direito interno. E quando ele era contemplado no plano internacional, era-o apenas como objeto de direito internacional beneficiado por certas medidas especiais ou específicas previstas pelo estado neste ou naquele domínio. Isso valia, por exemplo, para a situação dos estrangeiros, dos refugiados, dos soldados em campanha, dos indivíduos colonizados (os “indígenas”), das mulheres ou dos trabalhadores, estes dois últimos visados por convenções internacionais específicas, mas sem que fossem considerados titulares diretos das normas convencionais em questão, que vinculavam somente os estados. Tudo isso foi objeto de uma mudança progressiva desde o fim da Segunda Guerra Mundial, que se acelerou com o fim da Guerra Fria: instrumentos universais e regionais multiplicaram-se, reconhecendo não apenas direitos diretos aos indivíduos, mas às vezes também certas competências, especialmente em matéria jurisdicional. De resto, a evolução mais decisiva do direito internacional clássico situa-se precisamente nesse ponto: o fato de a pessoa humana tornar-se sujeito pleno do direito internacional. É isso o que veremos mais adiante ao abordarmos a questão dos direitos da pessoa humana como novo domínio fundamental do direito internacional contemporâneo.

Isso posto, não se deve, contudo, por enquanto, radicalizar esse movimento e as suas consequências. Contrariamente ao que previam certos observadores no fim da Guerra Fria, ao falar da desaparecimento dos estados (e, conseqüentemente, do direito interestatal clássico), assiste-se desde os anos 2000, em particular no contexto das questões de segurança, a uma paradoxal resistência do estado no plano internacional. Mesmo que efetivamente enfraquecido e diminuído na sua soberania, em especial na sua capacidade de formulação, de controle e de decisão, é incontestável que o estado continua exercendo certas competências jurídicas (pessoal, territorial e universal), no plano interno e no internacional, que são ainda essenciais, seja de forma direta, seja de forma indireta, ao fornecer a estrutura jurídica na qual se vem encaixar a atividade dos outros atores públicos, econômicos e cívicos.

O que está em jogo aqui é algo muito importante, pois, para além dos aspectos de técnica jurídica, essa evolução traz à tona problemas éticos e políticos. Agora, apesar de a onipotência soberana dos estados ter sido considerada, com acerto, uma ameaça à paz e à garantia dos direitos de seus próprios nacionais, e apesar de a soberania ter, portanto, evoluído, tornando-se mais funcional e subordinada à realização de fins humanos e pacíficos, hoje se teme que um enfraquecimento excessivo dessa soberania ponha em risco ao mesmo tempo a paz internacional, pois os estados enfraquecidos são fonte de instabilidade, e também a proteção dos indivíduos. Além disso, o estado atual do direito e da sociedade internacional, onde inexistem um governo ou uma constituição mundial em sentido próprio (a Carta da ONU não o é), a aplicação de certas normas de organização internacional, que podem ser às vezes de legitimidade e mesmo de licitude duvidosas, sejam elas por exemplo o direito da OMC ou as resoluções do Conselho de Segurança, tornam indispensável que o povo e, conseqüentemente, o estado possam limitar essas normas na ordem interna.

## 2. As normas e práticas jurídicas

As normas e práticas do direito internacional sofrem também o contragolpe das evoluções que acabamos de evocar. Elas são, hoje, muito mais diversificadas e numerosas de que antes e refletem novas lógicas jurídicas que se combinam com as formas tradicionais de juridicidade. Elas crescem em ritmo acelerado, ao mesmo em que crescem igualmente as incertezas sobre a sua normatividade e o seu alcance.

### A) Diversificação das normas. Surgimento de novas práticas jurídicas

As normas tornaram-se mais diversificadas devido ao surgimento de novas formas de juridicidade. Certamente os modos clássicos de formação e o direito internacional que deles resulta (tratado, costume, atos unilaterais, princípios gerais do direito, jurisprudência) subsistem ainda plenamente na atualidade e ocupam um lugar no centro da malha jurídica cada vez mais densa das normas e das práticas do direito internacional. A sua importância própria variou conforme as épocas e as relações de

força existentes no seio da sociedade internacional. Atualmente, o costume ocupa uma posição eminente no plano internacional, que não encontra correspondente no direito interno. Ademais, o tratado continua sendo o instrumento privilegiado dos estados, os atos unilaterais provenientes das OIs ou dos estados nunca foram tão numerosos, e a jurisprudência ganha, logicamente, mais e mais influência na proporção em que cresce o poder das jurisdições internacionais. Mas existe também um número crescente de instrumentos normativos diversos, que traduzem o desenvolvimento das finalidades sociais e técnicas do direito internacional e a importância do papel desempenhado pelos atores privados. O direito internacional tornou-se, com efeito, uma “técnica social” de intervenção (*vide* capítulo IV, *infra*) e, com isso, as normas e as práticas internacionais evoluem, novas formas surgem. Aí onde o direito internacional clássico incluía um pequeno número de regras mais formais e gerais, convencionais e consuetudinárias, que eram sobretudo facilmente identificáveis sob a forma dos direitos e deveres dos estados, o direito internacional contemporâneo, desde 1945 e principalmente a partir de 1990, inclui um amálgama aparentemente heterogêneo de normas e práticas materiais de toda espécie e natureza. É o que comprova, por exemplo, a prática de padronização, como os standards regulamentares elaborados pela Organização Internacional para Padronização (ISO), os códigos de conduta adotados na esfera dos negócios, especialmente pelas empresas, a técnica do memorando de acordo entre reguladores nacionais, as múltiplas declarações de encerramento de cúpula mais ou menos cifradas e precisas, os princípios norteadores ou diretrizes, como os da OCDE, ou ainda os padrões de conduta, à semelhança dos estabelecidos pelo Comitê da Basileia para enfrentar situações de urgência em caso de crise dos bancos internacionais.

Essas novas normas e práticas jurídicas apresentam com frequência estas cinco características:

1/ na maioria dos casos, elas não possuem a mesma obrigatoriedade que as normas clássicas do direito internacional, como os costumes ou os tratados internacionais, ou seja, elas são consideradas juridicamente menos vinculantes; elas constituem o que se qualifica como direito “mole” (*soft law*), em oposição ao direito “duro” (*hard law*). A fraca obrigatoriedade dessas novas práticas e normas suscita uma discussão recorrente entre os internacionalistas, cuja opinião se divide ao considerá-las ou não como autênticas normas jurídicas. É, de fato, um debate que remete cada um à sua visão sobre o que é o direito e no qual se depara com as bem conhecidas clivagens a respeito dessas questões entre os pensamentos continental e anglo-saxão do direito, sem deixar de lado as clivagens Norte/Sul;

2/ elas são constituídas por normas prospectivas e medidas incitativas em lugar de sanções. Nesse aspecto, trata-se de um direito que leva muito mais em conta, seja na sua elaboração ou na sua implementação, o consenso dos diferentes atores envolvidos, em vez de apenas o dos estados;

3/ elas são muito mais móveis, variáveis e mudáveis; elas são a expressão imediata dos diferentes objetivos substanciais, culturais, sociais, econômicos que os atores sociais conferem a si mesmos. Elas exprimem o consenso social obtido entre eles num dado momento e permitem responder às necessidades vinculadas a uma determinada situação social e política. São quase sempre normas em permanente negociação e que podem evoluir muito rapidamente;

4/ elas revestem às vezes formas híbridas ou são, ao menos, formatadas ou implementadas concomitantemente por atores públicos e privados. Elas entrecruzam as contribuições conjuntas do estado e do mercado, do público e do privado, como em matéria de novas tecnologias, moeda, finanças, comércio e desenvolvimento e também de saúde, trabalho, migração e meio ambiente;

5/ por fim, é bastante revelador observar que os textos que veiculam essas normas ou expressam essas práticas têm a tendência de se alongar, por ser mais detalhados, exaustivos e técnicos. Além disso, a sua é, cada vez mais, uma linguagem cifrada.

Em suma, essas práticas do direito internacional parecem obedecer a uma lógica nova. Elas traduzem a vontade de se desfazer de uma concepção excessivamente rígida, formalista ou dogmática do direito, para obter um direito concreto, especializado ou regionalizado, adaptado a objetivos particulares e a contextos particulares. Agora é frequente opor-se um direito de simples regulação, que estaria ligado às novas formas de juridicidade, no qual o direito internacional seria o simples vetor dos interesses



classistas de determinados grupos de atores da sociedade internacional, a um direito de regulamentação que quereria ser a expressão do direito internacional clássico, onde o direito seria vetor do interesse coletivo, bem entendido, dos estados.

Essa última dicotomia entre regulação e regulamentação mostra-se, na verdade, assaz artificial se comparada com a complexidade muito maior da prática existente. Ela tem, ao menos, o mérito de contribuir para matizar o quadro que apresentamos e de permitir que se ponha em evidência que, ao lado dessas novas formas de “regulação”, subsistem efetivamente formas tradicionais da “regulamentação”. Existe, mesmo nos dias de hoje, uma tendência jurídica diretamente oposta à simples regulação “polinegociada” e móvel que se acaba de descrever. Ela corresponde a todo um conjunto de normas e princípios gerais que tendem à universalidade e ao interesse coletivo e exprimem o desejo de chegar a um sentido comum, partilhado entre todos os atores/sujeitos das relações internacionais. Pode-se tomar como exemplo os direitos da pessoa humana, as proibições fundamentais impostas pelo direito internacional penal face ao crime de genocídio, aos crimes de guerra ou ao crime contra a humanidade, a proibição do uso da força, ou ainda os princípios jurídicos ligados ao desenvolvimento sustentável. Não obstante isso, no plano internacional depara-se, de fato, com essa dicotomia inelutável – que atravessa toda a sociedade, na medida em que ela se juridiciza mais e mais – entre as funções sociais (instrumentais) do direito e suas funções normativas (universais), entre os empregos do direito que se prendem a interesses específicos e as características de generalidade e universalidade que lhe são frequentemente atribuídas, para visar princípios comuns. Percebe-se assim quais são as repercussões dessa dicotomia sobre as diferentes formas atuais de juridicidade que compõem a ordem jurídica internacional.

#### B) Aumento do número de normas e práticas jurídicas

As normas e práticas jurídicas do direito internacional contemporâneo são também muito mais numerosas. Chega a ser impressionante o seu crescimento nos dias de hoje. A produção desse direito multiforme, clássico e novo, duro e mole, prescritivo e incitativo responde a necessidades sempre crescentes de parte dos atores sociais. Esse aumento quantitativo do direito provém igualmente do fato de que, em direito internacional, mais ainda que no direito interno, quase nunca se revogam os textos existentes. Convenções, diretivas, resoluções, declarações sucedem-se sem que a chegada de novas normas seja compensada pela perda das que já havia, pois o desuso e a caducidade estão ainda em discussão. As novas práticas jurídicas não param de multiplicar-se, ao mesmo tempo em que se criam novos costumes, novas convenções são adotadas e avultam os atos unilaterais, até o ponto de hoje nos vemos confrontados com uma situação de *panjuridismo* que contrasta muito fortemente com o que era o direito internacional clássico.

Essa multiplicação do número de normas clássicas e novas, de todas as naturezas e de diferentes alcances, faz surgir novamente a pergunta sobre a sua normatividade, sobre a sua percepção/representação, sobre a sua efetividade e sobre a sua legitimidade. Com efeito, numa sociedade que resulta policentrada, como é sempre o caso da sociedade internacional, mas muito mais diversa e plural nos seus atores, entidades e centros de interesse, onde as instituições universais são ameaçadas de improdutividade pela multiplicação das suas tarefas, o direito que é produzido torna-se objeto de numerosos questionamentos.

Em primeiro lugar, pode-se temer que a inflação das novas práticas desfigure o jurídico, tornando incertos os limites entre direito e não direito, o que é contrário aos imperativos de previsibilidade e estabilidade que com frequência se buscam através da norma jurídica. Esse é o sentido da célebre crítica articulada há alguns anos por Prosper Weil<sup>19</sup>. Muito embora, contrariando a posição desse autor, seja perfeitamente possível defender a existência de um direito mole e de novas formas de juridicidade – como, aliás, nós mesmos estamos fazendo – não se pode deixar de dimensionar as dificuldades que isso traria consigo. Por outro lado, o aumento do número de normas de todas as naturezas prejudica também a sua credibilidade. O direito se põe a “produzir incerteza”, e o seu próprio conhecimento se

---

<sup>19</sup> WEIL, P. Vers une normativité relative en droit international. *RGDIP*, 1982, p. 5-47.

torna problemático. O resultado disso é uma obscuridade perigosa. Pode-se temer, desta vez, uma completa perda de representação<sup>20</sup> do direito internacional pelos cidadãos comuns, que são com frequência o objeto e às vezes até mesmo o sujeito das normas internacionais. Eles são impotentes face a um regramento internacional incompreensível, que, dessa forma, é visto como opressivo por alguns. A presença cada vez mais invasiva do direito internacional nos direitos internos é considerada por uma parte do mundo como imperialismo jurídico, porque alcançada através de uma situação desigual de constrangimento, na qual com frequência o compromisso internacional do seu estado de respeitar essas regras, uma vez que obtido por coação econômica ou política, não passa de uma fachada. Mas o problema da representação do direito internacional é muito mais geral, pois afeta igualmente o conjunto dos novos e antigos atores internacionais, incluindo os próprios estados. Pode surgir um sentimento compartilhado de impossibilidade de assimilar a proliferação de normas que acompanha as finalidades do direito internacional contemporâneo (v. p. 71). A posição dos especialistas e dos profissionais do direito é, assim, reforçada, mas sem que isso seja de forma alguma motivo de comemoração. Isso não resolve o problema da representação e do acesso às normas pelos outros atores – aliás nem pelos próprios profissionais –, mas apenas faz acentuar a ideia de uma confiscação do saber por uma elite, o que lhes tira a legitimidade. O problema não é mais o da elaboração/aplicação de regras, mas o fato de que essa elaboração/aplicação seja guiada pelo “saber verdadeiro” dos “especialistas-pastores”. Teme-se aqui o perigo de um controle social ilimitado e difuso pelo viés dessa relação entre o saber, o poder e as normas produzidas.

Mas isso não é tudo. As normas e práticas jurídicas se multiplicam em todos os domínios; elas podem, por essa mesma razão, estar perdendo efetividade: elas estão muito mais vulneráveis e muito mais sujeitas à crítica, aos impasses e a disfunções. É possível reear que elas se tornem mais frágeis à medida que se desenvolvem, pois essa acumulação as condena a ser apenas parcialmente executadas. Elas abrangem domínios demais para poder regulá-las corretamente. As situações de violação, de contorno das regras postas, de exceções e de derrogação aumentam. Isso obedece, em si, a uma simples lógica matemática inevitável, mas o problema é, nesse caso, o reforço do sentimento de inefetividade ou de desilusão no tocante à força do direito internacional. Quanto mais essas normas cobrem domínios sociais sem poder chegar ao resultado esperado, quanto mais elas se amontoam para resolver um determinado problema, sem real efetividade, mais elas podem provocar desilusões, mais elas encontram ressentimento de parte daqueles que são o seu objeto ou o seu sujeito. Tomemos um exemplo detalhado para bem avaliar as dimensões do problema. O artigo 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos dispõe que “todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação”. O artigo 11 do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 prevê o “direito fundamental de toda pessoa de estar protegida contra a fome”. A Declaração e o Programa de Ação de Viena, adotados em 1993 pela Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, enfatizaram que a pobreza extrema e a exclusão são atentados contra a dignidade humana. A Declaração de Copenhague sobre o Desenvolvimento Social e o Programa de Ação da Cúpula Mundial para o Desenvolvimento Social, em março de 1995, a última Cúpula Mundial para o Desenvolvimento Sustentável, ocorrida no Rio de Janeiro em junho de 2012, bem como a Declaração adotada em fevereiro de 2005 por ocasião do décimo aniversário da Cúpula Mundial para o Desenvolvimento Social, reafirmaram, por esse motivo, que a luta contra a pobreza extrema deve continuar sendo uma ação altamente prioritária para a comunidade internacional. Objetivos de luta contra a pobreza extrema foram adotados no âmbito da Declaração do Milênio, aprovada em 2000 pela Assembleia Geral das Nações Unidas. A Resolução sobre Direitos Humanos e Pobreza Extrema, que foi adotada todos os anos pela Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas, tem como meta unir a questão da pobreza extrema à da indivisibilidade dos direitos, e levanta a questão do não exercício dos próprios direitos civis e políticos pelos mais pobres.

---

<sup>20</sup> A autora emprega aqui a acepção filosófica de ‘representação’ como conteúdo concreto apreendido pelos sentidos, pela imaginação, pela memória ou pelo pensamento. N. T.

Ora, a pobreza extrema é um fenômeno que hoje afeta ainda um bilhão de pessoas, que sobrevivem com rendas inferiores ao mínimo vital, ou seja, um dólar por dia. Para que servem então essas múltiplas declarações e textos internacionais? O fenômeno atual de panjuridismo, em virtude do qual mais e mais domínios são submetidos às práticas e discursos do direito internacional ou inseridos em seu âmbito, cria a perigosa ilusão de que absolutamente qualquer problema pode receber, em direito internacional, uma resposta com aparência de juridicidade, quando são às vezes respostas éticas, sociais ou econômicas que deveriam ser suscitadas. Exige-se da norma internacional, *soft* ou *hard*, que controle tudo, que tudo regule, mas como o direito não pode fazer frente a tudo, no fim das contas pode-se ter como resultado a sua inefetividade parcial, a sua desvalorização e a perda da sua legitimidade.

#### iv. Unidade ou fragmentação?

Em razão dessas evoluções, uma outra questão relativa à ordem jurídica internacional de hoje foi colocada com muita agudeza: o direito internacional forma realmente uma ordem ou, pelo contrário, não estaria ele em vias de fragmentar-se irremediavelmente em múltiplas ordens distintas? Trata-se, mais especificamente, de refletir sobre a questão da unidade da ordem jurídica internacional. É necessário que existam alguns princípios unificadores ou coordenadores dessas normas e práticas para que essa ordem possa constituir um conjunto ordenado e não um simples agregado de normas desconexas. Dessa maneira, a existência da ordem jurídica internacional depende de que haja um princípio mínimo de unidade ou de coesão, e justamente esse é um aspecto problemático nos dias de hoje.

##### A) Balanço entre situação fática e doutrinal

Vimos que a distinção entre ordens jurídicas internas e ordem internacional tende a se esbater parcialmente, que o estado soberano continua a existir, mas enfraquecido e sujeito à concorrência de outros sujeitos de direito e, de forma mais geral, que nos encontramos diante de uma situação de forte pluralismo jurídico, situação essa que o direito internacional clássico não havia conhecido, ou ao menos não sob essa forma. De certo modo, o fenômeno do pluralismo jurídico no plano internacional é tão antigo quanto o próprio direito internacional, pois se trata de uma ordem que jamais teve centro nem cume e que, desde a sua aparição moderna no século XVIII, tem a vocação de regir estados plurais e heterogêneos; por outro lado, a questão da unidade/fragmentação do direito internacional não representa de forma alguma uma novidade: desde o século XIX ela já vinha dividindo a opinião dos juristas. Entretanto, não se pode negar que a crescente falta de homogeneidade entre as normas do direito internacional, assim como a multiplicidade das práticas e regimes adotados, são suscetíveis de apresentar muito mais problemas concretos que outrora. A questão é saber qual é realmente o impacto dessa multiplicação de normas e de práticas, de sujeitos e de centros de poder sobre a eventual unidade da ordem jurídica internacional e, logo, sobre a sua própria existência enquanto ordem. Será que essa ordem está em vias de fragmentar-se continuamente e, por conseguinte, de ver diluída a sua própria existência enquanto direito internacional, ou será antes que ela caminha em direção a uma ordem que se unifica e se coordenada de modo coerente? Ou ainda: existe apenas um direito internacional que se diversifica incessantemente em múltiplos ramos ou será que nós estamos assistindo ao surgimento de vários direitos internacionais/regionais/transnacionais sem liame entre si?

Refaçamos o balanço. A sociedade internacional contemporânea está se tornando uma sociedade de direito que se caracteriza não pela forma de um estado mundial, que não existe nem nunca existiu, mas por um conjunto de instituições e de “lares de direitos”<sup>21</sup>, ou seja, de regimes de normas e de diferentes práticas jurídicas que coexistem juntos numa relativa indiferença de uns para com outros. A ordem jurídica internacional se divide cada vez um pouco mais para respeitar a particularidade das diferentes entidades sociais e econômicas que agora lhe são devolutas e porque cada um dos conjuntos de normas, instituições e práticas jurídicas que são adotados traz respostas particulares e cumpre uma função visando satisfazer uma necessidade específica. Em outras palavras, esses conjuntos são necessários para que o direito internacional cumpra suas numerosas finalidades, mas eles favorecem

---

<sup>21</sup> Expressão emprestada a CHEVALLIER, J. *L'État postmoderne*. Paris: LGDJ, 2007, p. 94.

uma segmentação da matéria em detrimento dos grandes conjuntos; eles veiculam a imagem de um direito internacional que se divide sempre mais e de modo desordenado entre numerosos regimes jurídicos, como, por exemplo, os relativos aos direitos humanos, ao direito ambiental, ao direito econômico, ao direito europeu, etc. Com a última globalização, pode-se até mesmo pensar que o direito internacional está sendo cada vez mais desestruturado em razão de uma superposição sempre crescente de espaços normativos internacionais, transnacionais ou privados que obedecem aos seus próprios princípios de coerência. Ao mesmo tempo, uma vez mais não se deve exagerar essa visão, porque vimos que paralelamente a essa divisão contínua, certos princípios tendem a ser reconhecidos como sendo superiores e comuns ao conjunto dos regimes e do direito internacional. Não obstante isso, a realidade jurídica atual está, de fato, trespassada por tendências opostas: de um lado o direito se divide, de outro lado ele exige certos princípios como mais fundamentais que outros (formais e materiais), os quais gozam de um consenso mais ou menos amplo e que, nessa condição, podem encaminhar-se ao plano global para introduzir coerência e mesmo uma certa unidade de conjunto.<sup>22</sup>

O direito internacional contemporâneo apresenta-se efetivamente, nesse estágio, como produto de uma conjunção, de uma adição de lógicas e de forças aparentemente contraditórias entre a “organização do todo comum” e a “independência das partes”. Ele parece ter sido esquartejado entre unidade e pluralidade, entre universalismo e culturas, entre mundialização e regionalização, entre constitucionalização e fragmentação, entre direitos dos estados e direitos dos indivíduos, entre direito dos atores públicos e direito dos atores privados. Essas formas são plurais e arrastam a ordem internacional para dentro de um processo de heterogeneidade crescente. Elas são paradoxais, na medida em que parecem opor-se a umas às outras. Acaso o universalismo dos direitos da pessoa não se opõe ao relativismo da diversidade das expressões culturais? as cláusulas de direito social, aos acordos de livre-comércio? Acaso a globalização de certos princípios não se opõe à regionalização de certos regimes jurídicos? Uma eventual constitucionalização do direito sob o égide das Nações Unidas não iria de encontro à fragmentação desse direito em múltiplos conjuntos de normas? E o direito dos estados não vai de encontro aos direitos humanos? Essas forças são, enfim, estranhas, pois resistem à lógica que delas se poderia esperar dentro de um esquema clássico; elas traçam uma visão do direito internacional incapaz de ser representada tanto pela metáfora do círculo descentralizado do direito internacional clássico, quanto pela da pirâmide centralizada das ordens internas. Assim, o direito internacional atual parece progredir de modo desordenado e imprevisível; ele trabalha sobre diversas ramificações, no cruzamento de diversos regimes jurídicos que coexistem em indiferença, sem chegar a hierarquizar-se efetivamente, e isso a tal ponto que ele parece agora oscilar muito mais em direção ao bricabraque que em direção ao sistema.<sup>23</sup>

Nas pegadas dessa evolução, surgiram, além disso, as novas divisões da doutrina contemporânea do direito internacional, que oferecem interpretações distintas para esses desdobramentos. A partir da Segunda Guerra Mundial, a noção de progresso, que estava no âmago do pensamento internacionalista clássico, foi duramente problematizada pelas formas de proceder do passado internacionalista; os pontos de referência estabelecidos pelos grandes edifícios doutrinários perderam-se, e não há mais respostas predeterminadas capazes de impor-se com firmeza. Assiste-se, de fato, a uma verdadeira proliferação de trâmites e de doutrinas que parecem refletir a desestruturação do direito internacional clássico. Para facilitar a exposição, pode-se agrupá-los em dois campos opostos. De um lado estão os pensamentos pós-modernos de um pluralismo irreduzível, que veem na evolução desordenada do direito internacional a prova da sua irreversível fragmentação e a demonstração de que é impossível racionalizá-lo ou unificá-lo. De outro lado estão os pensamentos que mantêm o princípio de uma unidade ou ao menos de uma certa coerência da ordem pública internacional, que eles definem de modo diferente:

---

<sup>22</sup> V. DUPUY, P.-M. L'Unité de l'ordre juridique international. Cours général de droit international public. *Récueil des cours de l'Académie de Droit international de la Haye*, 2002, tomo 297.

<sup>23</sup> V. COMBACAU, J. Le droit international : bric-à-brac ou système. *APD*, 1986, t. XXXI, p. 76-85.

- através de doutrinas da complexidade, segundo as quais a ordem jurídica internacional é uma ordem jurídica coerente mas complexa, com elementos heterogêneos em tensão, que apenas podem ser reabsorvidos sob a forma de, por exemplo, um “pluralismo ordenado” que respeite a pluralidade<sup>24</sup>;
- através de doutrinas da governança global que veiculem a ideia de que esses conjuntos de normas, essas redes, essas novas práticas jurídicas traduzem o surgimento de uma nova forma de regulação da sociedade internacional, que associa numa organização permanente atores públicos e privados, poderes oficiais e oficiosos;
- através de doutrinas da constitucionalização da ordem jurídica internacional, nas quais os múltiplos conjuntos de normas são subsumidos sob princípios fundamentais comuns, que têm primazia sobre as demais normas e instauram uma hierarquia fundadora de uma ordem em vias de constitucionalização (em especial através da Carta das Nações Unidas ou dos direitos humanos).

B) Uma ordem em vias de crescente complexificação. A existência de hierarquias entrelaçadas O debate está longe de ter sido encerrado e continua atual. O fato é que a existência do direito internacional como ordem jurídica depende de um ou de vários princípios de unidade ou de autonomia que é preciso demonstrar e que podem ser de natureza diferente: material ou formal, orgânica ou mecânica, hierárquica ou circular ou ainda estática ou dinâmica. Todavia, não é possível discutir aqui a eventual existência de todos esses princípios, razão pela qual nos vamos restringir a atestar apenas que, em nossa opinião, o direito internacional atual apresenta caracteres de uma ordem jurídica complexa, conforme um processo que corresponde à evolução inelutável de todas as nossas ordens jurídicas contemporâneas em função da sua juridicização crescente. Para dizer a verdade, à primeira vista, parece ser antes a “desordem das ordens normativas” o que define o direito contemporâneo, substituindo-se à antiga ordem do direito internacional clássico, articulado em torno apenas dos estados soberanos e de seus produtos legais (seus direitos e deveres)<sup>25</sup>. Mas essa desordem é, na verdade, menos o reflexo de uma total anarquia dos regimes jurídicos existentes que a expressão de um direito que não cessa de se complexificar. A sua complexidade crescente faz com que ele esteja composto por elementos plurais e heterogêneos, que atuam mais ou menos reflexivamente uns sobre os outros e que são ao mesmo tempo antagonistas e complementares. Ele está constituído especialmente por “hierarquias entrelaçadas”<sup>26</sup>, que obedecem a processos de ação reflexiva interna e externa, que se formaram no interior de cada regime jurídico (por exemplo dentro dos direitos humanos, do direito ambiental, do direito europeu, etc.) e entre os próprios regimes (por exemplo entre o regime dos direitos humanos e o do meio ambiente, entre o regime do meio ambiente e o direito regional europeu ou sul-americano, etc.). Dessa forma localiza-se não apenas um metaprincípio de hierarquia, mas vários fatores de hierarquias que não são nem únicas, nem centralizadas, nem plenamente coordenadas, que geram por sua vez outras pequenas pirâmides (muito parciais) de normas interpretadas de maneira diferente no interior de cada regime e que podem, além disso, migrar de um regime para outro, e às vezes até mesmo impor-se ao conjunto dos regimes. Esses fatores podem também suscitar tensões ou conflitos e mesmo contrapor-se de modo radical. A existência dessas hierarquias distintas e entrelaçadas é confirmada pela presença, frequente no interior de cada conjunto normativo, de um poder de controle e mesmo de sanção, que interpreta os princípios superiores e visa fazê-los respeitar de modo mais ou menos efetivo e de modo difuso e autônomo. Enfim, essa complexificação é também devida à estrutura do poder internacional, que, como vimos, é difuso, heterogêneo e repartido entre centros oficiais de poder que podem concorrer entre si (estados e OIs) e centros oficiosos de poder capazes de impor lateralmente a sua decisão aos centros oficiais (mercados, lobbies, multinacionais, ONGs). Os efeitos

<sup>24</sup> V. DELMAS-MARTY, M. Les forces imaginantes du droit (II). In: *Le pluralisme ordonné*. Paris: Le Sueil, 2006.

<sup>25</sup> V. WALKER, N. Au-delà des conflits de compétence et des structures fondamentales: cartographie du désordre global des ordres normatifs. In: RUIZ-FABRI, H. ; ROSENFELD, M. (Dir.). *Répenser le constitutionalisme à l'âge de la mondialisation et de la privatisation*. Paris: SLC, 2011, p. 45ss.

<sup>26</sup> V. OST, F.; KERCHOVE, M. van de. *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*. Bruxelles: Publications des facultés universitaires de Saint-Louis, 2002, p. 14.

jurídicos dos diferentes elementos de hierarquia variam em função dos regimes jurídicos especializados (direitos humanos, direito ambiental, direito comercial, etc.) regionais (direito europeu, direito africano, etc.), que os incorporam sem, no entanto, estabelecer claramente uma coordenação com eles. Por exemplo, as resoluções do Conselho de Segurança tomadas com base no capítulo VII da Carta das Nações Unidas (manutenção da paz) impõem-se ao conjunto dos membros da ONU e chegam a ter primazia sobre as obrigações por estes assumidas mediante tratado, pelo mecanismo do artigo 103 da Carta (Ordem da CIJ de 14 de abril de 1992 no caso do incidente aéreo de Lockerbie). Em compensação, essas resoluções não têm necessariamente primazia dentro das ordens jurídicas regionais instauradas em basicamente todos as regiões do planeta (casos Ahmed Ali Yusuf e Yassin Abdullah Kadi, julgados pela Grande Câmara da Corte de Justiça da União Europeia em 3 de setembro de 2008). Os princípios de *jus cogens* introduzem igualmente fatores de hierarquia. Originalmente consagrado nos artigos 53 e 64 da Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados, o *jus cogens* foi estendido a vários outros campos e possui hoje um alcance muito mais geral. Ele se define como um pequeno grupo de princípios imperativos considerados tão importantes para a comunidade internacional, que é impossível derogá-los de qualquer maneira que seja; uma regra de *jus cogens* é, portanto, inviolável e tem primazia sobre toda outra norma material internacional e mesmo transnacional (Sentença World Duty Free v. Kenya, CIRDI, 4 de outubro de 2006). Assim, a proibição do genocídio foi qualificada como regra de *jus cogens* pela CIJ numa sentença de 3 de fevereiro de 2006 (caso das atividades armadas no território do Congo). Do mesmo modo, a proibição da tortura foi igualmente reconhecida como norma de *jus cogens* por diversas jurisdições e considerada como prevalecente sobre toda outra prática ou norma substancial que lhe seja contrária (decisão *procureur vs. Anto Furundzija*, TPIY, 10 de dezembro de 1998; decisão do caso *Al Adsani vs. RU*, CEDH, 20 de novembro de 2001 e decisão do caso *Bayarri vs. Argentina*, CIADH, 30 de outubro de 2008). Claramente, nesses casos, a regra de *jus cogens* instaura uma hierarquia normativa no plano mundial, fundada na convergência com o respeito último da dignidade e da integridade da pessoa humana.

Por fim, contempla-se o surgimento de elementos jurídicos de hierarquia ligados à existência de princípios gerais do direito. Estes estão vinculados a um regime jurídico, seja ele um regime jurídico funcional (princípios gerais do direito ambiental), regional (princípios fundamentais do direito da União Europeia) ou mundial (princípios da Carta das Nações Unidas), e é forçoso constatar que eles constituem o objeto de uma utilização ampliada hoje em dia em razão justamente da expansão contínua do direito internacional e da sua divisão em vários conjuntos de normas. Entretanto, muito embora o desenvolvimento desses princípios gerais ocupe uma posição eminente ou no mínimo essencial no interior dos diferentes regimes jurídicos existentes, ele gera, de fato, efeitos ambivalentes sobre a questão da unidade/fragmentação. De um lado, esses princípios podem expressar uma tendência à unidade pelo fato da sua utilização comum por diferentes regimes jurídicos. Cada princípio geral introduz tendências hierárquicas no interior de um dado regime jurídico: princípios do direito comunitário, do direito europeu, dos direitos humanos, do direito ambiental, do comércio internacional, etc. Mas alguns dentre esses princípios jurídicos migram de um regime jurídico para outro, de um regime funcional a um regime regional ou mundial e vice-versa. A título de exemplo, podem-se citar os princípios gerais do direito processual, da solução de disputas, do direito dos tratados, como a boa-fé e o *pacta sunt servanda* (“os acordos devem ser respeitados”), o respeito da dignidade humana ou os princípios elementares de humanidade. Certos princípios que parecem mesmo muito específicos de um determinado regime, como o princípio da precaução no direito ambiental, podem também migrar para outros regimes, neste caso para o regime do direito da saúde. O mesmo vale para o princípio da igualdade de tratamento, há muito saído do direito econômico e que hoje se pode encontrar no regime da função pública internacional. O princípio de humanidade foi ele próprio formulado pela primeira vez no campo do direito humanitário, na famosa cláusula Martens da Convenção da Haia de 1899 e hoje tende a passar a outros regimes. O princípio de não discriminação, originário dos direitos humanos, é agora comum a quase todos os regimes. Dessa forma, mesmo procedendo originalmente de um regime específico, esses princípios jurídicos introduzem coerência na ordem global, e até uma débil hierarquia no conjunto da ordem, pois eles são instados a reconduzir à unidade esses diferentes conjuntos ou, pelo

menos, coordená-los em torno de alguns axiomas básicos. Deste modo, a consolidação dos regimes especiais e regionais pelo viés dos seus próprios princípios gerais não constitui obstáculo à possível internacionalização de princípios comuns aos regimes e à ordem global, nem ao estabelecimento de uma hierarquia em favor dessa ordem. É um indicio da harmonização progressiva dos seus fundamentos no respeito ao pluralismo de cada um. Em outras palavras, no estágio atual a conclusão seria que a influência dos princípios gerais favorece, antes, a unidade, ou melhor, a harmonização do sistema que a sua fragmentação.

Contudo, se se parasse por aí, o balanço seria demasiado parcial, e se deixariam de lado outros elementos que esclarecem de forma mais matizada essa questão. Os princípios gerais exercem, de fato, uma influência mais ambivalente de que o previsto sobre a ordem jurídica. De um outro ponto de vista, é preciso entender que só se compreende bem essa influência quando se tem em conta o jogo político dos atores/sujeitos internacionais, pois tudo depende das escolhas efetuadas por esses atores em favor deste ou daquele princípio. Eles poderão aproveitar-se das numerosas incertezas e contradições que afetam os princípios gerais para fundamentar suas estratégias políticas e utilizá-las seja para consolidar a autonomia de um regime jurídico e sua indiferença para com os demais (tendência à fragmentação), seja, pelo contrário, para harmonizar o seu regime jurídico com outro (tendências à coerência e à unidade). De modo que, ao final, vão-se formando políticas de recurso a esses princípios segundo as diferentes jurisdições internacionais, os responsáveis das organizações, os estados, que varia a sua interpretação deste tema fazendo assim pender a balança ora a favor da fragmentação, ora a favor da unidade.

O direito internacional está atualmente sujeito a múltiplas evoluções que o fazem atravessar uma crise de identidade e que levam a repensar o seu conceito. Algumas das suas representações ou definições clássicas tornaram-se abusivamente simplistas diante de uma realidade internacional e interna que se tornou muito mais complexa. Ele é o produto dos sujeitos/atores cuja conduta ele se destina a reger e deve ser pensado em termos de retroatividade com esse substrato social que, como constatamos, transformou-se com a última globalização. Desse ponto de vista, utilizar a noção de ordem jurídica para descrever o direito internacional contemporâneo implica uma simplificação e uma formalização intencionais, que, no entanto, reduzem a realidade. Ela é antes de tudo um instrumento cômodo e simplificador para apresentar o direito internacional, e não se pode continuar a referir-se a ela sem adotar uma concepção ampla e compreensiva de ordem jurídica, ou seja, sem destacar a ordem jurídica internacional do seu fundo sociológico em plena evolução e abandonando toda ideia de um encerramento das diferentes ordens jurídicas em si mesmas. Não se pode mais defini-la como uma coleção ordenada, autônoma e logicamente distribuída de seus diferentes elementos, mas muito mais como uma rede de processos e de conjuntos de normas, de discursos e de práticas, que não estabelecem relações simples de tipo linear, mas sim relações caracterizadas por migração, hierarquias parciais e trocas recursiva, e onde a antiga lógica do direito internacional clássico, ordenado em torno do estado soberano e de seus produtos legais, caminha ao lado de novas lógicas ligadas à aparição dos novos atores/sujeitos. Ele é, afinal, um entrelaçamento de normas, de práticas e de regimes que traduz ao mesmo tempo a ordem e a desordem.<sup>27</sup>

---

<sup>27</sup> Sobre esses possíveis entrelaçamentos, v. KERCHOVE, M. van de; OST, F. *Le système juridique entre ordre et désordre*. Paris : Puf, 1988.

## Capítulo III: O direito internacional como instrumento de regulação e de intervenção social

Nós vimos que o direito internacional é um produto cultural e histórico, derivado do pensamento europeu, que se estendeu pelo resto do mundo. Nós vimos também que ele forma hoje em dia uma ordem jurídica sujeita a fortes mutações que desenclausuram as categorias tradicionais sobre as quais ele foi edificado, chegando ao ponto de pôr em dúvida a sua existência enquanto ordem e fazendo-o atravessar uma verdadeira crise de identidade. Portanto, o único caminho que resta para abordá-lo é o das suas finalidades e dos seus principais campos de aplicação. De fato, como qualquer outro ramo do direito, o direito internacional organizou-se ao redor de certos fins que explicam a sua razão de ser. E, como a maior parte dos direitos internos das nossas sociedades atuais, o direito internacional foi levado a cumprir seus fins exercendo funções cada vez mais diversas, que se estendem para além da sua função primordial e clássica de regular condutas e gerir conflitos. Sem listar aqui todas essas funções, o que ultrapassaria os limites impostos ao presente trabalho, nós gostaríamos sobretudo de mostrar como o direito internacional se converteu plenamente num direito de regulação e de intervenção e que nessa dupla finalidade que lhe foi conferida está uma das principais explicações das evoluções por que ele vem passando<sup>28</sup>. É o que passaremos a expor agora (I), antes de voltar nossa atenção para esses que parecem ser os três pilares fundamentais dos seus domínios de regulação e de intervenção, a saber, a paz (II), o desenvolvimento (III) e os direitos humanos (IV).

### Finalidades

Dizer que o direito internacional contemporâneo é ao mesmo tempo um direito de regulação e de intervenção equivale a dizer que ele se transformou completamente num direito liberal-providência. Com efeito, o direito internacional contemporâneo obedece a um dupla finalidade liberal e providencialista, que explica em grande medida a sua extensão atual como instrumento de regulação e intervenção. Ele é utilizado tanto para lidar com problemas relativos à paz, à coexistência e à cooperação entre estados, quanto para garantir o bem-estar da população mundial. Ele tem como objetivo reger o mundo dos estados e atores internacionais, mas também a vida dos indivíduos e dos povos, os seus direitos e liberdades, a sua saúde, educação e higiene. Ele não tem apenas um papel de regulador das relações internacionais, mas é também um instrumento de intervenção no seio das sociedades internas e da sociedade internacional. Aquilo é a razão disto: são as finalidades/funções do direito internacional que explicam as evoluções constatadas no capítulo II, funções essas desenvolvidas e amplificadas em favor do novo contexto internacional de uma sociedade pós-colonial e pós Guerra Fria.

#### A) A finalidade liberal do direito internacional

A finalidade liberal de regulação da coexistência e da cooperação dos estados e outros atores/sujeitos do direito internacional é fácil de se identificar, pois ela é herdeira do direito internacional clássico. Ela está inteiramente ordenada ao redor dos princípios do respeito à soberania estatal, da personalidade, da igualdade dos estados e da neutralidade para com os regimes políticos internos, que caracteriza o célebre princípio da não intervenção nos assuntos internos do estado. Mais de três quartos das disposições da Carta das Nações Unidas versam sobre ela. Ela continua a ser uma finalidade essencial do direito internacional contemporâneo com base na representação clássica de uma sociedade internacional onde os estados ainda são considerados detentores de um papel primordial.

Além disso, como já várias vezes ressaltado, a descolonização, que foi um dos eventos de maior importância no século XX e que parecia atacar as bases da antiga ordem internacional, foi, paradoxalmente, um momento de reforço da dimensão liberal clássica do direito internacional. É o que atesta a Resolução 2625, de 24 de outubro de 1970 (Declaração de Princípios Reguladores das Relações Amistosas e da Cooperação entre Estados em conformidade com a Carta da ONU), exemplo

---

<sup>28</sup> Aqui os termos 'regulação' e 'regulamentação' são intercambiáveis.



emblemático desse período. Ela enuncia como princípio fundamental a igualdade soberana dos estados, detalhando-a da seguinte forma:

*Todos os Estados gozam de igualdade soberana. Eles têm iguais direitos e deveres e são membros iguais da comunidade internacional, não obstante as diferenças de ordem econômica, social, política ou de outra natureza.*

*Em particular, a igualdade soberana compreende os seguintes elementos:*

- a) os Estados são juridicamente iguais;*
- b) cada Estado goza dos direitos inerentes à plena soberania;*
- c) cada Estado tem o dever de respeitar a personalidade dos outros Estados;*
- d) a integridade e a independência política dos estados são invioláveis;*
- e) cada Estado tem o direito de escolher e desenvolver livremente seu sistema político, social, econômico e cultural;*
- f) cada Estado tem o dever de cumprir plenamente e de boa-fé as suas obrigações internacionais e de viver em paz com os outros Estados.*

Não seria possível reafirmar de maneira mais clara os princípios fundamentais da função liberal do direito internacional clássico, especialmente o princípio da igualdade dos estados e o da neutralidade do direito internacional relativamente às formas de regime político e econômico dos estados. E são, de fato, compreensíveis o atrativo e a força sedutora que tinha o liberalismo clássico internacional de raiz ocidental face a uma sociedade internacional que, em 1970, está em vias de descolonização, vendo o direito internacional estender-se a todos os estados do planeta. Até o momento da descolonização, o direito internacional era um direito de per si estigmatizante, que não fazia outra coisa além de refletir a distorção de poderes entre os estados, o sentimento de superioridade civilizacional de toda uma classe política e o racismo de toda uma época. Ele em si já bastava como instrumento de negação de reconhecimento e de dominação, porque inteiramente baseado sobre a discriminação radical de fundo entre estados civilizados e não civilizados. Por esse mesmo motivo é que, depois da descolonização, o reconhecimento de um estatuto legal a todos mediante a aplicação do direito liberal clássico será a manifestação por excelência do reconhecimento da identidade e da igual dignidade dos novos estados. Esse reconhecimento de *status* que põe fim à discriminação do período colonial não consiste na afirmação de um direito à diferença, mas na afirmação de um direito à igualdade que não tem em conta as diferenças, que é, justamente, indiferente às diferenças. A isso vem somar-se o princípio da neutralidade e o respeito ao pluralismo, que permitem a coexistência dos novos estados num ambiente que eles mesmos haviam tornado muito mais heterogêneo e diverso que no passado. Nessa esteira são reafirmados todos os traços específicos da finalidade liberal do direito internacional clássico: a “personalidade do estado” e, por conseguinte, seu *status* de sujeito individual de direito; os seus direitos “inerentes”, que, a partir de agora, já não lhe podem mais ser retirados, ou ainda o princípio da “livre escolha”, com a conseqüente reafirmação da vontade do estado como expressão primeira da sua soberania.

Essa finalidade liberal clássica do direito internacional, consolidada em 1945 e reafirmada nos anos 1970, não desapareceu com o advento da última globalização. Em vez disso, ele anda agora lado a lado com um finalidade providencialista, que se amplia em proporções jamais vistas.

## B) A finalidade providencialista do direito internacional

Embora a finalidade providencialista seja tão antiga quanto a finalidade liberal, foi só no período entreguerras e sobretudo a partir de 1945 que ela realmente se concretizou. Do mesmo modo que, terminada a Segunda Guerra Mundial, os estados internos liberais da Europa se transformaram em estados-providência, o direito internacional contemporâneo transformou-se verdadeiramente num

direito-providência intervencionista, que é utilizado para atuar sobre a sociedade internacional e as sociedades internas com objetivo de compensar os seus desequilíbrios humanos, econômicos, sociais ou culturais.

A partir de 1941, a liberação da demanda e a busca do bem-estar dos indivíduos começaram a ser apregoados como elementos da paz internacional no futuro. Na Carta do Atlântico, Roosevelt e Churchill fazem dela um dos objetivos futuros da sociedade internacional (pontos 5 e 6), ao trazer “aos habitantes de todos os países *a certeza de poder terminar seus dias ao abrigo do medo e da necessidade*”<sup>29</sup>. O Objetivo aqui é combater, no plano internacional, os males que assolaram as democracias no plano interno durante o período entreguerras, especialmente o desemprego, a doença e a ignorância, aos quais eles atribuem a ascensão do fascismo e do nazismo na Europa. Esses objetivos de bem-estar e luta contra a miséria serão mais tarde inscritos diretamente na Carta das Nações Unidas sob a forma de objetivos a alcançar:

*Carta das Nações Unidas, 1945, art. 1º:*

*“Os propósitos das Nações Unidas são: (...)*

*3. Conseguir uma cooperação internacional para resolver os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário...”*

O artigo 55 da Carta detalha ainda mais essa disposição do artigo 1º, estabelecendo o fundamento de toda ação das Nações Unidas nos campos econômico e social com o objetivo explícito de “criar condições de (...) bem-estar”. No plano institucional, cria-se o Conselho Econômico e Social (ECOSOC, art. 61), que se torna um dos principais órgãos das Nações Unidas com a missão de tornar operacionais os grandes objetivos providencialistas. No plano normativo, a finalidade providencialista do direito internacional suscita todo um conjunto de práticas jurídicas que andam lado a lado com as da finalidade liberal clássica de regulação. Podemos delimitar brevemente os seus traços mais característicos e as principais dificuldades que ela traz consigo.

Em primeiro lugar, esse direito providencialista é antes um direito de intervenção que de abstenção ou simples regulação. Com isso quer-se dizer que ele traduz um intervencionismo jurídico, em sentido amplo, de parte dos estados, que irá afetar um número muito grande de domínios da vida real dos indivíduos e que, portanto, irá estender-se consideravelmente enquanto direito humanista, social e providencialista. A dimensão providencialista do direito internacional contemporâneo é, pois, muito mais intrusiva para os assuntos internos dos estados, na medida em que ela visa assegurar diretamente, no plano interno, a felicidade dos indivíduos e dos povos. É isso, aliás, o que explica em grande parte que o direito internacional se tenha transformado em um direito tanto de relações internas quanto de relações internacionais.

Em segundo lugar, a finalidade material providencialista – e não a liberal formal – é praticamente ilimitada no seu campo de aplicação e de intervenção, pois não há um nenhum real limite ao desejo de ser libertado da miséria e do risco. Trata-se, com efeito, de necessidades dificilmente comensuráveis, de modo que elas alimentam uma demanda potencialmente indefinida, tanto no plano interno quanto no plano internacional.<sup>30</sup> Nada parece ser mais instrutivo a esse respeito que a lista dos domínios de intervenção das Nações Unidas, pois ela abrange praticamente todos os âmbitos da vida dos indivíduos. O *Repertório da Prática das Nações Unidas* indica, assim, como “prática” da ONU, gerando um direito institucional e normativo, o nível de vida, o pleno-emprego, o desenvolvimento econômico, os recursos naturais, as questões alimentares, as relações comerciais e financeiras, os transportes e comunicações, a demografia, a educação, as migrações, os serviços sociais, os entorpecentes, a cartografia, a

---

<sup>29</sup> O destaque é nosso. Texto disponível em [http://www.un.org/fr/aboutun/history/atlantic\\_charter2.shtml](http://www.un.org/fr/aboutun/history/atlantic_charter2.shtml).

<sup>30</sup> Nós retomamos aqui as análises de Pierre Rosanvallon, pois a analogia com o direito internacional atual é surpreendente: ROSANVALLON, Pierre. *La Crise de l'État-providence*, Paris, Le Seuil, 1992, p. 33ss.

cooperação em matéria cultural, a educação, a luta contra as doenças, etc.<sup>31</sup> A Declaração do Milênio adotada pela Assembleia Geral em 2000 acrescentou como objetivos prioritários a redução da pobreza, a promoção da igualdade entre os sexos e da autonomia das mulheres, a universalização do ensino fundamental, o meio ambiente sustentável, a redução da mortalidade infantil, a melhoria da saúde materna, o combate à AIDS e à malária, o direito à saúde, o direito de acesso aos medicamentos, a proteção dos grupos vulneráveis (crianças, pessoas idosas e deficientes), e também todos aqueles referentes a uma transformação interna dos estados por imposição dos princípios da *rule of law*, da boa governança, da democracia e dos direitos humanos.<sup>32</sup>

Em terceiro lugar, a finalidade providencialista do direito internacional contemporâneo apoia-se tanto em práticas e atores privados quanto em práticas e atores públicos. O desenvolvimento de um direito-providência é acompanhado pelas múltiplas formas de juridicidade que descrevemos acima, nas quais a regulamentação internacional “pública” anda agora lado a lado com uma prática jurídica policêntrica privada e negocial que cada vez mais escapa aos aparelhos burocráticos das instituições internacionais e dos estados. Esse direito-providência se desdobra pelo viés de um entrelaçamento cada vez mais frequente do “público” com o “privado” e por redes e interrelações entre atores públicos tradicionais, atores cívicos e operadores privados. O seu desenvolvimento, como se pode constatar, favorece ainda mais o novo consenso pós Guerra Fria da última mundialização. Alguém poderia pensar que um direito providencialista e social não se pode expandir num mundo amplamente submetido a uma globalização neoliberal da economia, mas o fato é que as práticas jurídicas do direito-providência podem perfeitamente ser sustentadas pelas atuais práticas liberais mundializadas, das quais elas às vezes parecem divorciar-se. Elas podem igualmente realizar-se tanto pela via contratual privada quanto por um tratado multilateral público, fomentar a intervenção tanto de atores privados quanto de atores públicos. Pode-se tomar como exemplo a implementação do Protocolo de Kyoto, adotado em 11 de dezembro de 1997, cuja finalidade se inscreve, em última análise, numa lógica providencialista e intervencionista, pois se trata de assegurar a sobrevivência da população e mesmo do próprio planeta através da limitação da poluição mundial mediante a redução da emissão dos gases de efeito estufa. O Protocolo de Kyoto foi adotado por estados e parece depender tão somente deles. Mas isso é mera aparência. O setor se mobilizou amplamente para garantir a implementação efetiva do Protocolo através das empresas privadas, dentro do marco dos dois mecanismos de flexibilidade criados por ele, o mecanismo de desenvolvimento “limpo” e a implementação conjunta. As empresas privadas dos países industrializados são envolvidas de um modo especialmente direto, seja para investir em projetos limpos nos países em desenvolvimento, seja para efetuar trocas de créditos de carbono no interior de economias de “transição”, como a Rússia ou a Ucrânia.

Em quarto lugar, o direito internacional-providência contemporâneo é um direito de polícia, e ele responde a uma necessidade de segurança que não cessa de ampliar-se. Aqui se vê o impacto de uma evolução bastante mais global das sociedades internas, que progressivamente estão-se tornando sociedades “distribuidoras de riscos”.<sup>33</sup> A própria sociedade internacional é hoje comparável àquilo que Jürgen Habermas chama “comunidade involuntária de riscos”, na qual os estados são obrigados a atuar em conjunto para fazer frente a riscos globais ou transnacionais, como, por exemplo, os tráfegos criminais de todo gênero, o terrorismo, os riscos ecológicos, as pandemias, ou ainda as crises econômicas e financeiras.<sup>34</sup> Do mesmo modo, é surpreendente verificar até que ponto os atores internacionais veem cada vez mais os problemas econômicos, sociais, ambientais ou humanitários como *ameaças* globais à segurança internacional. Essa nova percepção tem consequências diretas sobre a qualificação jurídica de certos fatos e, portanto, sobre o regime jurídico que daí se deduz e as medidas que se decide tomar. Para usar um exemplo mundial e tirado da ONU, pode-se citar o modo como o

---

<sup>31</sup> *Répertoire des NU*, 1956, vol. III, p. 3ss.

<sup>32</sup> Texto disponível em <http://www.un.org/french/millenaire/areas552f.htm>.

<sup>33</sup> V. nesse sentido U. Beck, *La société du risque. Sur la voie d'une autre modernité*, Paris, Flammarion, 2001, p. 35-36.

<sup>34</sup> J. Habermas, *Le Projet de paix perpétuelle. Le bicentenaire*, Paris, Le Cerf, 1995, p. 74.

Conselho de Segurança das Nações Unidas qualifica agora alguns problemas econômicos, humanitários e sociais como “ameaças à paz” de forma equivalente às guerras e situações de conflito. Esse novo tipo de qualificação foi teorizado originalmente por um grupo de especialistas de diferentes nacionalidades, o Grupo de Alto Nível sobre Ameaças, Desafios e Mudança, criado a pedido do Secretário Geral das Nações Unidas. Em 2004, esse grupo entrega um relatório que, por sua vez, o Secretário Geral da ONU, Kofi Annan, apresenta publicamente à ONU. O relatório situa expressamente “as ameaças de ordem econômica e social (pobreza, doenças infecciosas, degradação do meio ambiente, etc.)” no topo de seis categorias de ameaças que, de acordo com ele, “espreitam a humanidade hoje e nas próximas décadas”<sup>35</sup>. Mas o princípio da segurança encontra-se ainda mais amplamente desenvolvido em múltiplos níveis e em vários domínios, de modo que ele fundamenta ou ao menos explica a adoção de numerosos textos jurídicos atuais. Por exemplo, no âmbito da OMS, fala-se de “segurança da saúde pública mundial” para fazer frente aos riscos resultantes de atividades humanas, da mudança climática, das doenças infecciosas ou das catástrofes naturais<sup>36</sup>; no âmbito do FMI, fala-se de “segurança financeira”, no da OIT, de “segurança do trabalho”, no da Convenção de 1990 sobre trabalhadores migrantes de “seguranças dos fluxos migratórios”, etc. Na mesma ordem de ideias, o PNUD (Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento) havia preconizado há alguns anos a criação de um “Conselho de *Segurança Econômica*”, diferente do hoje marginalizado ECOSOC e que seria dependente do Conselho de Segurança enquanto encarregado da manutenção da paz. O objetivo desse novo Conselho seria implementar e coordenar “estruturas de ação em matéria de desenvolvimento em escala mundial, da segurança alimentar à segurança ecológica, da ajuda humanitária ao auxílio ao desenvolvimento, da redução da dívida ao desenvolvimento social e da luta contra as drogas às migrações internacionais”.<sup>37</sup>

Assiste-se, pois, a dois fenômenos estreitamente ligados: de um lado, a noção de segurança não parou de se ampliar a partir da última globalização e, de outro lado, ela se tornou um fator de aceleração das práticas e princípios jurídicos providencialistas. O direito internacional é solicitado para responder a todos esses novos riscos e ameaças coletivas: ele orienta o modo como os indivíduos, populações e estados conduzem a sua vida, pois a vida de cada um é agora considerada um fator de risco para os outros. Além disso, uma tal evolução reforça a ideia de que o direito internacional providencialista é, realmente, um direito de “polícia” no sentido que se dava a esse termo nos grandes tratados de polícia do século XVIII, ou seja, “policiar” de tal modo a conduta dos estados e dos indivíduos, que eles convivam harmonicamente em bem-estar e completa segurança. Entretanto, estender um tal direito de polícia tem um duplo efeito, interno e internacional, não é algo neutro e deve levar a refletir sobre a possível transformação da sociedade internacional numa sociedade de polícia e sobre o surgimento, em nível internacional e interno, de uma biopolítica – no sentido que Michel Foucault dava a esse termo para as sociedades internas<sup>38</sup> –, ou seja, uma política internacional tendo como eixo antes a vida que a liberdade. Sem levar em conta que, nesse caso, teríamos chegado a uma sociedade controlada<sup>39</sup>, o que vemos é, com efeito, uma multiplicação de normas que tendem cada vez mais a ocupar-se do corpo, saúde, modos de se alimentar e abrigar, das condições de vida, enfim, de todos os espaços da existência da população mundial. Dessa forma, todo o espaço que vai desde o orgânico ao biológico, do corpo individual à população tende a ser assumido, regulado e disciplinado pelo viés desse direito providencialista, de tal maneira que preocupados com a segurança e o bem-estar desse imenso corpo social que é a população mundial, instituições, agências, estados, ONGs estabelecem as premissas de um controle massivo das forças sociais. Existe aí, em germe, um paternalism benevolente que visa fazer

---

<sup>35</sup> Relatório de 1º de dezembro de 2004. *Un monde plus sûr: notre affaire à tous*. A 59/565, p. 12.

<sup>36</sup> Texto disponível em <http://www.greenfacts.org/fr/menaces-sante-publique-mondiale/index.htm>.

<sup>37</sup> PNUD. *Rapport sur le développement humain-1992*. Oxford : University Press, 1992, p. 87ss.

<sup>38</sup> FOUCAULT, M. *Naissance de la biopolitique*. Cours au Collège de France. 1978-1979. Paris: Gallimard et Le Seuil, 2004.

<sup>39</sup> No original, “société de contrôle”. N. T.

o bem às populações não necessariamente levando em conta a sua livre opinião, identificando as populações mais como povos livres para governar-se a si próprios e separando as boas e as más ovelhas.

A nossa análise dessas evoluções deve, no entanto, ser prudente, nunca se esquecendo dos aspectos positivos desse direito-providência. Ele é também o instrumento de um direito mais social, equitativo e solidário, centrado nos indivíduos e povos, e não nos estados. Mas é importante estar alerta com relação aos efeitos que ele produz, pois a predominância de um direito providencialista pode gerar desvios jurídicos e políticos que, a longo prazo, seriam particularmente inquietantes para esses próprios indivíduos e povos.

### C) Um direito internacional liberal-providência

Por fim, gostaríamos de insistir no fato de que o direito internacional não se tornou, entretanto, um direito estritamente providência, mas um direito *liberal-providência* e de que nisso reside uma das chaves últimas da sua crise de identidade e da sua existência enquanto ordem jurídica. O fato de ele ser um direito ao mesmo tempo liberal e providencialista significa que existem vínculos dialógicos entre as suas duas finalidades e, por consequência, nas suas funções de regulação e de intervenção. Em outras palavras, o direito internacional é um direito que se caracteriza por finalidades e funções antagônicas e complementares, cada uma delas com a sua própria lógica.<sup>40</sup> O direito internacional não é o resultado de uma síntese harmoniosa entre elas, ele é produto do conjunto concorrente e complementar dos múltiplos regimes jurídicos que essas duas finalidades geram numa tensão que permanece resolvida apenas parcialmente. Essa tensão explica a diversidade, oscilação recorrente e a contradição possível entre as tarefas, as práticas e os discursos jurídicos que se remetem a ele. Ela permite entender alguns dos paradoxos do direito internacional contemporâneo, bem como a sua imprevisibilidade. Ela explica também uma das causas pelas quais o direito internacional é ao mesmo tempo tão contestado e tão atraente. A despeito das severas contestações que contra ele se levantam com regularidade, o direito internacional de fato reúne, nas suas duas finalidades, as expectativas cruzadas e diversas de uns e de outros, porque a sua dimensão liberal expressa um respeito por todas as formas de liberdade e de soberania, ao passo que a sua dimensão providencialista permite atenuar os riscos econômicos e sociais que o exercício das liberdades e soberanias pode criar.

É sobre o pano de fundo dessa tensão dialógica entre essas duas finalidades e funções essenciais do direito internacional contemporâneo que agora nos propomos estudar três de seus campos de aplicação que nos parecem os mais fundamentais e representativos. Eles não foram escolhidos por acaso, mas correspondem às metas fixadas pela Carta das Nações Unidas em seu artigo primeiro e reiteradas como tal pela Assembleia Geral da ONU quando da Cúpula Mundial de 2005<sup>41</sup>: 1/ a manutenção da paz mundial mediante a obrigação de solucionar pacificamente as disputas e a instauração de um sistema de segurança coletiva; 2/ o desenvolvimento dos estados, especialmente por meio da cooperação econômica e social; 3/ os direitos humanos. Trata-se de três pilares representados pela paz, pelo desenvolvimento e pelos direitos humanos, que devem permitir aos indivíduos viver, ao mesmo tempo, “ao abrigo do medo, da miséria e em dignidade”<sup>42</sup>. Como se pode ver, eles formam um tríptico estreitamente ligado às circunstâncias imediatas do pós-guerra, mas hoje tem ainda a mesma atualidade, não somente por causa da atuação das Nações Unidas nesse sentido, mas também em razão da sua incontestável valorização pelos sujeitos de direito internacional e o seu considerável desenvolvimento normativo. Eles são particularmente interessantes de estudar também por permitirem traçar os eixos principais do direito internacional contemporâneo e o daquilo que poderia ser a arquitetura de uma nova sociedade mundial pacificada (a paz), equitativa (o desenvolvimento) e

---

<sup>40</sup> V. MORIN, E. *Penser l'Europe*. Paris : Gallimard, 1987, p. 28 e *Introduction à la pensée complexe*. Paris : Éd. ESF, 1990, p. 99.

<sup>41</sup> Document final du Sommet mondial de 2005. Point 9. *Résolution 60/1 AGNU*. Texto disponível em: [http://www2.ohchr.org/french/bodies /chr/docs/wsoutcome2005\\_fr.pdf](http://www2.ohchr.org/french/bodies /chr/docs/wsoutcome2005_fr.pdf)

<sup>42</sup> Relatório do Secretário Geral da ONU Kofi Annan : *Dans une liberté plus grande: vers le développement, la sécurité et les droits de l'homme pour tous*. 2005. A/59/2005. Texto disponível em <http://www.un.org/french/largerfreedom/>

humanista (os direitos humanos). Um horizonte normativo que é ao mesmo tempo forte e coerente, mas que sabidamente demanda um intervencionismo jurídico e social que pode às vezes parecer particularmente invasivo para alguns povos e que, como também veremos, não deixa de ter efeitos discutíveis em cada um dos três referidos domínios.

### i. Primeiro pilar: a paz

O direito internacional moderno do século XVIII nasceu em grande medida do direito da guerra, que estava no cerne das preocupações de numerosos juristas europeus do direito das gentes e especialmente do célebre jurista holandês Hugo Grócio, que foi durante muito tempo apresentado como o pai do direito internacional com a publicação do *Direito da guerra e da paz*, de 1625. Como vimos no capítulo I, o direito internacional do recurso à força foi durante muito tempo um dos domínios mais importantes e mais codificados do direito internacional clássico. E a ruptura com esse sistema ocorrerá apenas no pós Segunda Guerra Mundial.

#### 1. O dispositivo da Carta das Nações Unidas

Depois das primeiras tentativas de instauração de um sistema de segurança coletiva com a SDN e a proibição do uso da força inscrita no Pacto Briand-Kellog (1928), foi, de fato, a Carta das Nações Unidas de 1946 que realmente tornou ilícito o recurso à força, com o objetivo de fundamental de, face às duas guerras mundiais, preservar as “gerações vindouras do flagelo da guerra, que por duas vezes, no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade” (Preâmbulo, primeiro parágrafo). A paz foi consagrada como primeiro objetivo das Nações Unidas, e toda a originalidade do direito internacional contemporâneo posterior a 1945 consiste em ter feito da proibição do recurso à força armada o novo princípio fundamental das relações internacionais. Conforme observou o representante das Nações Unidas em São Francisco, quando da conferência de negociação da Carta, “a intenção dos autores do texto original era declarar nos termos mais gerais uma proibição absoluta e sem restrições”<sup>43</sup>. Com efeito, esse princípio foi afirmado solenemente no artigo 2º § 4º da Carta, embora não seja possível compreendê-lo bem sem interpretá-lo conjuntamente com outros dispositivos do mesmo diploma, em especial os artigos 2º § 3º, 51 e 42. Pelo mecanismo desses diferentes dispositivos, os autores da Carta buscaram construir um verdadeiro regime jurídico do direito *contra a força (jus contra bellum)*.<sup>44</sup>

O artigo 2º §3º, que, obviamente, precede o mencionado artigo 2º §4º, positiva uma obrigação geral de solução pacífica de controvérsias como corolário forçoso da interdição do recurso à força. Esse princípio deve, portanto, substituir-se ao anterior, pois antigamente o recurso à guerra era não apenas aceito, mas considerado como um meio perfeitamente lícito (embora delimitado e limitado) de solução de controvérsias internacionais. A obrigação de buscar uma solução pacífica para o próprio litígio tornou-se agora o único caminho lícito para desempatar pretensões opostas entre estados no plano internacional, e o direito internacional propõe, a esse respeito, toda uma gama de meios que vão desde simples negociações diplomáticas entre os estados até o recurso a uma jurisdição internacional, passando pelos bons ofícios, a mediação ou a conciliação. O artigo 1º §1º e o artigo 42 do Capítulo VII da Carta preveem, a esse respeito, que o antigo direito do recurso à força seja substituído por um mecanismo de segurança coletiva. A ideia essencial é que, em caso de uso da força ou de ameaça de atentado contra a paz em desobediência à proibição do artigo 2º §4º, as Nações Unidas se encarreguem elas mesmas de impedir que o estado dissidente continue agindo, se necessário mediante o emprego de forças armadas (Capítulo VII, artigo 42). Trata-se de uma ação coletiva internacional dita de segurança coletiva e não de guerra, iniciada por ordem do Conselho de Segurança e colocada sob sua autoridade. Contudo, os redatores da Carta tinham já consciência, tendo em vista sobretudo a experiência da SDN, dos limites de uma eventual ação de segurança coletiva. Por essa razão, eles mantiveram o velho direito de cada estado de usar individualmente a força para assegurar a sua legítima defesa em caso de agressão armada (art. 51). Em outros termos, a Carta de 1945 representa um divisor de águas do direito

---

<sup>43</sup> UNCIO, vol. 6, p. 335.

<sup>44</sup> V. CORTEN, O. *Le Droit contre guerre: L'interdiction du recours à la force en droit international contemporain*. Paris: Pedone, 2008.

internacional contemporâneo, ao positivar uma proibição geral de recorrer à força armada, mas esse princípio sofre duas exceções de natureza distinta: uma delas em favor de cada estado, com o direito individual de se defender reconhecido a cada estado no caso de vir a ser atacado militarmente, e outra exceção, no interesse comum de todos, com a ação de segurança coletiva armada sob a égide do Conselho de Segurança no caso de atentado ou ameaça de atentado contra a paz e a segurança internacionais.

## 2. A prática contemporânea

O conjunto desse diploma foi objeto de uma prática contemporânea evolutiva, especialmente a partir do fim da Guerra Fria, e leva a interrogar-se sobre as suas possíveis mutações. Faremos três observações a esse respeito.

### A) Evolução do recurso à força na época atual

Em primeiro lugar, é preciso salientar que o sistema instaurado em 1945 não conseguiu pôr fim ao recurso ilícito à força armada. Hoje se assiste a um aumento significativo do número de conflitos internos aos estados – frequentemente internacionalizados – como, por exemplo, na África, onde, como consequência da desestabilização de numerosos estados no fim da Guerra Fria, diferentes grupos (governamentais ou não), usam ilicitamente de força contra as suas próprias populações. Além disso, alguns estados reivindicam o direito de intervir militarmente em outros estados por razões humanitárias, mesmo que o Conselho de Segurança lho denegue. Qualquer que seja a validade de seus argumentos morais, o seu recurso à força armada foi, portanto, ilícito. Foi isso o que aconteceu no caso da intervenção da OTAN no Kosovo em 1999 ou da invasão do Iraque pelos Estados Unidos em 2003, que correspondem ambos a intervenções levadas a efeito em violação do direito internacional. Por fim, o artigo 51 foi invocado repetidas vezes de modo contestável e constituiu o objeto de ásperas discussões sobre interpretação entre os estados para saber, especialmente após os atentados de 11 de setembro de 2001, se (no caso, os Estados Unidos) poderiam valer-se de um direito de legítima defesa preventiva no caso de simples ameaça de agressão armada. Essa pretensão foi recusada pela grande maioria dos estados, muito embora tenha servido para demonstrar as possíveis tentativas de contornar esse artigo. Assim, à vista dos diferentes casos em tela, constata-se que a proibição do artigo 2º §4º ressurte-se de uma falta de efetividade e de eficácia ostensiva e que os paliativos previstos no Capítulo VII e no artigo 2º §3º mostram muito claramente os seus limites face à vontade reiterada de certos estados de os contornar. Essa inefetividade não é total nem chega a colocar em questão a existência da regra proibindo o recurso à força como regra costumeira e convencional cuja observância impõe-se ao conjunto dos estados (caso das atividades militares e paramilitares na Nicarágua e contra esta, CIJ, sentença de 27 de junho de 1986), mas ela testemunha a dificuldade de sua própria aplicação num mundo contemporâneo que continua perpassado por múltiplas tensões e onde as sociedades internas e internacionais ainda seguem sendo amplamente conflituosas (as democracias inclusive).

Em segundo lugar, é preciso ressaltar paralelamente a multiplicação atual do número de ações armadas internacionais, desta vez lícitas, bem como a evolução da sua finalidade. O novo consenso internacional obtido entre as grandes potências do Conselho de Segurança posteriormente ao fim das divisões Leste/Oeste da Guerra Fria tornou possível, por repetidas vezes, com fundamento no Capítulo VII, o envio de forças armadas com um papel ostensivo de restauração ou imposição da paz (Iraque, ex-Iugoslávia, Haiti, Ruanda, Somália, Líbia, Costa do Marfim), que não devem ser confundido com o papel clássico dos capacetes-azuis (simples papel passivo de interposição ou de observação). Essas novas intervenções armadas, pós Guerra Fria, receberam com frequência o nome de intervenções humanitárias, pois as ameaças à estabilidade internacional que lhes deram azo não mais correspondem às antigas situações de guerra entre estados (conflitos internacionais), mas sim a conflitos ou situações internas ocasionando graves violações a direitos (fome na Somália, genocídio em Ruanda, limpeza étnica na ex-Iugoslávia, repressão brutal de manifestações pacíficas na Líbia). Ademais, para justificar essas intervenções armadas o Conselho de Segurança teve de fazer uma interpretação extensiva dos termos do Capítulo VII, considerando que violações graves a direitos humanos ou tragédias humanitárias de grande porte implicam uma ameaça à estabilidade internacional.

## B) Críticas

Em terceiro lugar, chegamos à conclusão de estar assistindo a uma verdadeira reavaliação pós Guerra Fria do recurso à força – seja dentro dos limites do Capítulo VII ou em violação dele – e mesmo a uma *reavaliação* desse recurso à força quando se trata de intervenções humanitárias. Essa evolução, que em parte explica a importância assumida pelos direitos humanos hoje em dia (v. *infra*), suscita interrogações e críticas. Inicialmente, quando as intervenções ditas humanitárias acontecem em violação da Carta das Nações Unidas (Kosovo e segunda intervenção no Iraque), elas são não apenas ilícitas do ponto de vista do direito internacional, mas representam também um perigo para o futuro. Com efeito, elas podem criar precedentes que venham a ser invocados por outros estados, abrindo assim a famosa caixa de Pandora de um retorno ao recurso unilateral à força armada. Em outras palavras, elas representam um verdadeiro retrocesso relativamente à rejeição operada pelo dispositivo estabelecido em 1945. Nessas ocasiões, a antiquíssima noção de “guerra justa” ressurgiu para tentar conferir uma legitimidade moral a intervenções ilícitas do ponto de vista jurídico: a guerra é ilícita mas justa, e, logo, impõe-se moralmente para salvar as populações. Esse tipo de justificação também nos leva de volta a algo que já vimos, a saber, que o direito internacional moderno da guerra construído nos séculos XVII e XVIII justamente para escapar aos perigos e efeitos perversos da doutrina da guerra justa. Reabilitar a guerra justa para justificar um recurso à força sem o aval do Conselho de Segurança poderia nos fazer retornar a um estado de guerra endêmico que os juristas modernos fizeram justamente tudo por abandonar.

Consequentemente, mesmo que sejam decididas pelo Conselho de Segurança, essas intervenções humanitárias armadas foram percebidas em certas regiões do mundo como sendo nem mais nem menos que a expressão de um novo imperialismo das grandes potências, uma vez que os estados afetados por essas intervenções sempre foram estados fracos e nunca as grandes potências elas mesmas ou os seus protegidos. As intervenções militares e/ou humanitárias atuais, mesmo de tipo onusiano<sup>45</sup>, são promovidas com base numa aceitação de estados mais especialmente com relação ao seu regime (liberal e democrático ou não); isso implica uma política de tratamento discriminatória percebida evidentemente de modo negativo. Disso decorre, de fato, uma representação global do mundo onde, de um lado, os estados são hierarquizados de acordo com o seu grau de maturidade e, de outro lado, um sistema hierárquico de exercício do poder internacional é reabilitado e, por conseguinte, onde um regime de dois pesos e duas medidas é aplicado. Durante os anos 2000 chegou-se a ver até mesmo alguns *decision makers* americanos e europeus voltar a utilizar a noção de império para fundamentar esse novo hegemonismo humanitário, o que apenas veio suscitar novos temores, produzindo um quadro especialmente preocupante quando se tem diante dos olhos toda a história do direito internacional e o modo como ele, durante muito tempo, legitimou a dominação e a colonização europeia de três quartos do planeta.

Isso posto, falta ainda observar que, se a paz foi anunciada como sendo a finalidade primeira das Nações Unidas, os negociadores de São Francisco não a contemplaram apenas do ponto de vista da segurança; tratava-se de criar as condições para um desenvolvimento econômico e social exitoso em todos os países do planeta. O desenvolvimento tornou-se assim um paradigma dominante do mundo contemporâneo, estreitamente unido à ideia de paz internacional, mas também a toda a história pregressa do direito internacional, bem como à ideia atual de justiça social internacional; também ele alimenta uma prática jurídica em constante evolução.

## ii. Segundo pilar: o desenvolvimento

### 1. O direito clássico do desenvolvimento

O desenvolvimento é outro domínio precípua do direito internacional contemporâneo, tanto institucional quanto normativo. A partir de 1945 e sobretudo com a descolonização dos anos 1950-1960, o desenvolvimento é visto como a potencial chave de reconciliação da sociedade pós-colonial, bem como instrumento de uma maior justiça internacional. Entende-se que ele deve pôr fim à situação de

---

<sup>45</sup> Ou seja, promovidas pela ONU. N. T.



repartição desigual das riquezas entre antigos estados colonizados e colonizadores, os primeiros considerados pobres e subdesenvolvidos, mas capazes de recuperar o seu “atraso” relativamente aos segundos, considerados como ricos e desenvolvidos e apresentados como modelos de desenvolvimento aos primeiros.

#### A) O paradigma do desenvolvimento

Os artigos 1º §3º e 55 alínea *a* da Carta das Nações Unidas indicam claramente o desenvolvimento nos objetivos visados pela nova ordem jurídica internacional do pós-guerra; o art. 55 refere-se ao termo desenvolvimento em si mesmo<sup>46</sup>:

*Com o fim de criar condições de estabilidade e bem-estar, necessárias às relações pacíficas e amistosas entre as Nações, baseadas no respeito ao princípio de igualdade de direitos e da autodeterminação dos povos, as Nações Unidas favorecerão:*

*níveis mais altos de vida, trabalho efetivo e condições de progresso e desenvolvimento econômico e social;*

A ideia de fazer do desenvolvimento um objetivo das Nações Unidas estava, na época, longe de ser uma unanimidade, e *a priori* a URSS opunha-se vivamente a ela, pois temia que, sob pretexto de uma política desenvolvimentista, se pudesse atentar contra o respeito à soberania dos estados e ao princípio de não ingerência. Assim, ela desejava que a Carta das Nações Unidas se restringisse tão somente ao objetivo da paz e da segurança internacionais. Mas, ao final, foram as posições americana e britânica de Roosevelt e de Churchill que prevaleceram: ir além das meras questões relacionadas com a manutenção da segurança para se encarregar também dos vastos campos da paz pelo viés de um desenvolvimento econômico e social bem sucedido de todos os países do planeta. O desenvolvimento está agora inscrito na Carta como um dos meios privilegiados para garantir a paz mundial a longo prazo. Essa subordinação do desenvolvimento à paz acabará se tornando objeto de crítica, pois a paz é que deveria estar ao serviço do desenvolvimento, e não o contrário. A despeito disso, o princípio do desenvolvimento está agora consolidado e, com a descolonização dos anos 1950-1960, teve um acolhimento que os autores da Carta não haviam imaginado. Com esse impulso decisivo, o artigo 55 alínea *a* torna-se a base jurídica daquilo a que se chama “ideologia do desenvolvimento” no âmbito das Nações Unidas.

Devido a essa evolução, a ONU transformou-se num grande centro de ajuda aos países subdesenvolvidos. Ela denomina os anos 1960 a *Década do desenvolvimento*, veiculando a ideia de que em dez anos os países do Terceiro Mundo se tornariam desenvolvidos graças às políticas e regras jurídico-econômicas do desenvolvimento. As primeiras regras jurídicas de assistência técnica, de transferência de recursos e de auxílio foram criadas simultaneamente no âmbito das organizações internacionais e por meio de tratados bilaterais ou regionais. De resto, afóra as situações demasiado conflituosas ligadas à independência de certos países, as antigas nações coloniais dizem-se dispostas a ajudar os novos estados, da mesma forma que as duas grandes potências pós-guerra (URSS e Estados Unidos), que são claramente anticolonialistas. A partir da década de 1950, os estados do Norte não param de proclamar o seu desejo de auxiliar o desenvolvimento dos estados do Sul, e acabarão concedendo certos regimes jurídicos derogatórios e preferenciais em favor destes. De fato, essas concessões jurídicas sofrem diversas limitações e apenas serão aceitas pelos países ocidentais por estarem convencidos de continuarem no centro do jogo da nova sociedade pós-colonial. Essa visão paternalista e hegemônica será corroborada pelo fato de que o modelo global de desenvolvimento econômico adotado pelos novos estados independentes não implica um questionamento frontal do sistema econômico e financeiro liberal mundial estabelecido após a Segunda Guerra através do GATT, do FMI e da BIRD<sup>47</sup>.

<sup>46</sup> V. PELLET, A. Commentaire de l'article 55, alinéas a et b. In : COT, J.-P. ; PELLET, A. ; FORTEAU, M. (Dir.) *La Charte des Nations unies: Commentaire article par article*. Paris : Economica, 2005, p. 1453.

<sup>47</sup> A Conferência de Bretton Woods resultou nos acordos assinados em 2 de julho de 1944, tratando da criação do FMI (Fundo Monetário Internacional) e o BIRD (Banco Internacional para Reconstrução e

Vale ressaltar duas coisas. Por um lado, constata-se que o aspecto político e humanista do desenvolvimento foi deixado de lado para priorizar apenas a questão do desenvolvimento econômico. As duas grandes potências chegam a um consenso para desacoplar a vertente econômica do desenvolvimento de sua vertente política, o que corresponde plenamente às jovens nações do Terceiro Mundo desejosas antes de mais nada de preservar a sua soberania interna e que se tornará uma das características do direito internacional clássico do desenvolvimento. Por outro lado, as novas práticas jurídicas relativas ao desenvolvimento dos estados pobres são apresentadas como devendo substituir-se ao antigo sistema imperialista europeu, fundando-se numa nova visão do planeta segundo a qual todos os estados são iguais. Onde o direito internacional clássico estabelecia relações jurídicas de tipo hierárquico entre povos colonizados ou sob protetorado e estados colonizadores ou protetores, o direito internacional coloca todos os estados da “era do desenvolvimento” em igualdade de estatuto jurídico, com os mesmos direitos e deveres. A constrição unilateral e o sistema de exploração colonial são substituídos por uma ideia de cooperação internacional que permite provocar a mudança de *status* das nações “subdesenvolvidas” e a sua passagem para o *status* desenvolvido. Esse desenvolvimento econômico e tecnológico é, além disso, apresentado como uma solução que tem a vantagem de ultrapassar as clivagens ideológicas, pois ele é avaliado com base em dados econômicos, científicos, que querem ser neutros e objetivos, e não em função dos discutíveis valores subjetivos de uma civilização qualquer. Ora, o movimento de descolonização dos anos 1950-1960, que tinha como premissa o direito dos povos de dispor de si próprios, erigido em novo princípio do direito internacional, parece endossar essa visão, pois faz aceder todos os antigos povos ditos “não civilizados” à independência, situando-os lado a lado com os antigos estados “tutores”, em igualdade de estatuto jurídico.

Para dizer a verdade, as aparências são em parte enganosas, pois a noção de desenvolvimento está longe de ser neutra e expressa, como bem sabido, uma das crenças mais fundamentais do Ocidente<sup>48</sup>. O desenvolvimento apenas perpetua sob uma outra forma a velha ideia de progresso que havia sido amplamente desacreditada depois de 1945. Acima de tudo, ele restabelece certezas numa época duramente abalada pela Segunda Guerra Mundial. Mas a problemática do desenvolvimento não nasceu da descolonização, ela nasceu antes de tudo das preocupações dos estados industriais europeus do século XIX, que a seguir tornaram-se colonizadores de metade do planeta. O desenvolvimento é originalmente uma preocupação dos países ricos e não dos países pobres, dos países colonizadores e não dos países colonizados ou descolonizados; e o desenvolvimento destes últimos é apreciado com base no estado de desenvolvimento dos primeiros. É por esse motivo que os estados descolonizados serão imediatamente rotulados de “países subdesenvolvidos”, e depois com a expressão mais diplomática “países em desenvolvimento”. Disso resulta agora uma inevitável e singular continuidade entre os discursos e as práticas jurídicas internacionalistas anteriores a 1945 e as do direito internacional do desenvolvimento. Os estados são escalonados conforme o seu nível de desenvolvimento e a parilha nações “subdesenvolvidas”/nações “desenvolvidas” mantém as relações Sul/Norte numa dicotomia fundada sobre um afastamento das posições de ambos, com a mesma ideia persistente de uma passagem possível daquele que está em atraso para o estado daquele que está adiantado e que serve de modelo ao primeiro. Além disso, exatamente da mesma forma que a obra de colonização/civilização fizera antes, o desenvolvimento é apresentado como altamente positivo, desejável e necessário e justifica de antemão todas as regras jurídicas adotadas nesse sentido. Em suma, o desenvolvimento é realmente a continuação, sob uma outra forma, da política ocidental de dominação colonial, e esse aspecto original lhe confere até os dias de hoje uma ambivalência intrínseca. Foi somente com o sucesso atual dos grandes estados emergentes que o sentimento de orgulho e autoestima parece ter-se tornado uma realidade para alguns dentre eles. Não porque esse sentimento

---

Desenvolvimento). O GATT é o Acordo Geral de Tarifas e Comércio, assinado em 30 de outubro de 1947 e em vigor desde 1948. O conjunto estabelece as bases do marco institucional e normativo do sistema econômico internacional liberal do pós-guerra.

<sup>48</sup> V. RIST, H. *Le Développement : histoire d'une croyance occidentale*. 3<sup>e</sup> éd. Paris: Presses de Sciences Po, 2007.

quebre a estrutura simbólica desvalorizante da escala de desenvolvimento e o que ela implica, mas porque pelo menos esses estados se encontram agora no topo da escala e não mais abaixo, e porque eles estão talvez a caminho de transformar a sociedade internacional numa sociedade pós-ocidental.

B) A evolução do direito internacional clássico do desenvolvimento

A própria expressão “direito internacional *do* desenvolvimento” foi introduzida nos anos 1960 por internacionalistas franceses<sup>49</sup>. Vários dentre eles reagruparam e sistematizaram todo um conjunto de regras e práticas jurídicas sob essa noção, nova à época. Através disso eles procuravam mostrar que um novo ramo do direito internacional havia emergido em benefício dos PED (países em desenvolvimento), que se havia autonomizado de outros ramos do direito e poderia ser objeto de ensino e pesquisa separados. Esse direito do desenvolvimento estava composto principalmente por uma dualidade de normas, que era função da diferença concreta de situação entre estados, umas correspondentes às relações de países desenvolvidos entre si e outras, às relações entre países desenvolvidos e PED. Ora, mesmo tendo sido objeto de numerosas críticas, esse direito internacional do desenvolvimento surgiu efetivamente, na época, como conjunto de regras e de práticas jurídicas tendo por objeto responder às aspirações de numerosos PED, resolver seus problemas de desenvolvimento, bem como tentar, dessa maneira, pôr remédio às imensas desigualdades socioeconômicas existentes nos estados no momento seguinte à descolonização.

No plano institucional foi estabelecido isso que às vezes se chama “Sistema das Nações Unidas para o desenvolvimento”, com a criação de vários organismos, como o PNUD e o ONUDI (Organização das Nações Unidas para o Desenvolvimento Industrial), suscitando uma ampliação considerável da burocracia internacional e da expertise a serviço de operações de assistência técnica – o auxílio financeiro, em compensação, estava na esfera de competência do FMI e do Banco Mundial. No plano normativo, esse direito internacional do desenvolvimento repousa sobre um pequeno grupo de princípios jurídicos fundamentais, como a soberania permanente sobre os recursos naturais, a liberdade de escolha do próprio sistema econômico e o princípio da equidade. Ele corresponde também a um conjunto de regras jurídicas mais técnicas de caráter intervencionista, discriminatório ou preferencial. Elas se distinguem das regras comuns do direito internacional aplicáveis aos outros estados na medida em que visam corrigir as faltas do sistema liberal jurídico-econômico existente compensando as distâncias de situação material entre os países desenvolvidos e os PED. Pode-se fazer especial menção da transferência de recursos, tecnologias e *know-how* dos países ricos para os países pobres, os regimes preferenciais e a famosa cláusula de habilitação em favor dos países pobres, instituída no âmbito do GATT, que permite a esses países gozar de um sistema derogatório e vantajoso em matéria comercial, as tentativas de acordos sobre matérias primas ou ainda o princípio de obrigações comuns mas diferenciadas nos domínios relativos aos fundos marinhos e ao meio ambiente. Esse conjunto de princípios e regras foi reinserido nos anos 1960-1970 no seio de uma nova ordem econômica internacional (NOEI), pela qual os países do terceiro mundo desejam substituir a ordem jurídico-econômica existente. Proclamado por meio de simples resoluções da Assembleia Geral das Nações Unidas (ver especificamente a Resolução 3281 da AG, de 12 de dezembro de 1974), a NOEI tinha como meta pôr em andamento uma reforma global da ordem internacional, especialmente do direito internacional econômico, a fim de compensar os desequilíbrios econômicos e sociais extremos da sociedade poscolonial e instaurar uma justiça social entre os estados.

Mas esse ímpeto de reforma jurídica foi contido na década de 1980 por diversas razões, internas e externas aos estados descolonizados, dando espaço ao predomínio do modelo neoliberal na globalização pós Guerra Fria. Esta traduz a implementação – por meio das ações e instrumentos normativos do FMI e do Banco Mundial, e também de resoluções da Assembleia Geral – de um triplo movimento de desregulação, privatização e liberalização de todas as economias e mercados financeiros

---

<sup>49</sup> O princípio de um direito internacional do desenvolvimento foi introduzido na França por André Philip, aparentemente num colóquio realizado em Nice de 27 a 29 de maio de 1965: *L'Adaptation de l'ONU au monde d'aujourd'hui*. Paris: Pedone, 1965, p. 129ss. Ele foi retomado por Michel Virally em *Vers un droit international du développement*. *AFDI*, 1965, p. 3-12.

e monetários que renunciam a toda ideia de NOEI para aplicar o mesmo modelo neoliberal de desenvolvimento a todos os estados do planeta, sejam eles ricos ou pobres.

Na verdade, apesar do impacto incontestável da globalização neoliberal, subsistem ainda hoje numerosas práticas jurídicas relativas a um desenvolvimento econômico específico dos estados mais pobres (direito clássico do desenvolvimento) ao passo que novas regras e práticas adotadas após a Guerra Fria correspondem a uma nova compreensão do desenvolvimento, cujo ponto alto é, sem dúvida, a noção de desenvolvimento sustentável.

## 2. O direito relativo ao desenvolvimento sustentável

### A) Um novo modelo de desenvolvimento e um novo direito

Em 1992, a ONU considera, assim, ter desencadeado pela primeira vez em nível mundial uma visão renovada e comum do desenvolvimento, em particular com a Agenda 21, adotada naquele ano na cidade do Rio de Janeiro. Essa nova visão reflete uma compreensão multidimensional do desenvolvimento ignorada até então e, num nível ainda mais profundo, uma nova forma de ver e de preservar o futuro da humanidade, ao revisar nossos modos de vida, de produção e de consumo. O novo modelo de desenvolvimento opõe-se ao reducionismo economicista instigado pela globalização ultraliberal. Ele vai muito além do modelo clássico de desenvolvimento, englobando todo um conjunto de práticas e de princípios a serviço de novas finalidades (humana, social e ambiental), ao mesmo tempo em que prima por uma visão global, abrangendo tanto o Norte quanto o Sul, que ele não tinha antes. Ele traça uma forma de desenvolvimento que respeita o meio ambiente e a renovabilidade dos recursos, a fim de preservar o planeta, mas compreende também a luta contra a disparidade na distribuição das riquezas e a pobreza. Esse desenvolvimento recebe o qualificativo “sustentável” porque, segundo uma formulação que acabou se tornando célebre, ele deve responder “às necessidades presentes de desenvolvimento, mas sem comprometer a capacidade das gerações futuras de fazer frente às próprias necessidades”<sup>50</sup>. Ele tem, assim, uma dimensão intergeracional que compromete as gerações atuais, tornando-as (moralmente) responsáveis face aos seus descendentes. Em outras palavras, o modelo de desenvolvimento sustentável traduz a necessidade de responder de modo global e intergeracional aos riscos que pesam sobre a humanidade com uma nova concepção de desenvolvimento que inclua a sua durabilidade espaço-temporal e que ponha um fim ao modo de produção econômico baseado num consumo cada vez mais louco e desenfreado, que agrava as desigualdades e polui o planeta.

O direito relativo ao desenvolvimento sustentável é a expressão jurídica desse novo modelo multidimensional e multigeracional. Ele reúne um conjunto muito amplo e heterogêneo de princípios e de práticas jurídicas, mais ou menos vinculantes, que são resultado de uma série de iniciativas que começam com a Declaração de Estocolmo sobre o Ambiente Humano e vão até a última Cúpula da Terra em 2012, passando pela Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, a Agenda 21, as numerosas convenções adotadas nesse campo, dentre as quais a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima - à qual foi acrescentado o Protocolo de Quioto, em vigor desde 2005 -, além dos princípios e regras relativos a um desenvolvimento econômico, humano e social.

Primeira Cúpula Mundial da Terra, a Conferência do Rio de 1992 foi o elemento motor nesse campo. Os princípios adotados na declaração final e na Agenda 21 fundaram o novo direito do desenvolvimento sustentável. Eles realizam antes de tudo a junção entre o direito relativo ao desenvolvimento e o direito relativo ao meio ambiente, porém incluindo de forma mais global regras e práticas jurídicas dos três campos que a ideia de desenvolvimento sustentável busca conciliar (Agenda 21, Preâmbulo, I, 1): o econômico (crescimento e produção), o social e humano (direitos humanos, luta contra a pobreza e o desemprego) e o ecológico (preservar o meio ambiente).

---

<sup>50</sup> *Notre avenir à tous* (relatório Brundtland), Commission mondiale sur l'environnement et le développement. Québec : Du fleuve, 1988, p. 10.

## B) Implementação

Dificuldades de aplicação podem, todavia, apresentar-se em função das tensões e possíveis contradições existentes entre os princípios e regras derivados dos três pilares do desenvolvimento sustentável, a saber, o econômico, o social e o ambiental, revelando uma questão de fundo essencial hoje em dia: se uma dessas lógicas deve prevalecer sobre as demais. As instituições financeiras ou comerciais internacionais, encarregadas do aspecto econômico do desenvolvimento, põe em prática regras jurídicas de ordem econômica que favorecem a liberalização das trocas e os investimentos privados estrangeiros no território de países pobres, mas essa lógica puramente econômica pode acarretar a poluição da biosfera, a supressão de técnicas tradicionais e a pilhagem dos recursos naturais do país. A lógica humana e social pode impor-se em detrimento das considerações ecológicas, ao passo que com muita frequência ela vem acompanhada pela crítica da lógica econômica e financeira, cujos efeitos nefastos para os direitos e o desenvolvimento humanos ela denuncia. A lógica ambiental pode levar a proteger as florestas, os espaços naturais, a dar prioridade às fontes de energia renováveis ou limitar a caça de certas espécies protegidas, porém em detrimento às vezes dos direitos econômicos e sociais das comunidades locais e dos povos autóctones. Além disso vê-se ressurgir, nesse aspecto, a oposição entre Norte e Sul, pois os seus interesses divergem face às diferentes dimensões do desenvolvimento sustentável. Os estados pobres estão preocupados demais em salvaguardar o seu crescimento econômico e garantir assim o seu desenvolvimento face aos estados ricos, para ver no meio ambiente uma questão prioritária. Como Sylvie Brunel resumiu de modo lapidar, o problema é que “os ricos colocam o acento no sustentável, mas os pobres continuam a pensar em desenvolvimento”<sup>51 52</sup> .

Essas questões de compatibilidade ainda estão em aberto hoje em dia e encontram apenas soluções caso a caso mediante a aplicação dos regimes jurídicos existentes. Porém, no momento atual, a tendência global é fazer prevalecer o jogo dos interesses econômicos. Com efeito, como já expusemos mais acima, o direito internacional contemporâneo é o produto de uma justaposição de regimes jurídicos adotados quase sempre na indiferença de uns para com outros e, por conseguinte, sem que tenham um real vínculo entre si. A ordem jurídica internacional pode, portanto, simultaneamente e sem solução expressa de coordenação ou de articulação, integrar um direito internacional econômico neoliberal e normas jurídicas do direito do desenvolvimento sustentável, humano e social, que necessariamente se substraem em parte ao primeiro, cada novo regime jurídico sendo criado ao sabor das necessidades dos estados e dos atores da sociedade internacional sem que estes estejam demasiado preocupados com seus possíveis efeitos contraditórios. Não é que exista um grande número de conflitos de direitos entre normas provenientes de regimes jurídicos distintos, o que é, aliás, assaz raro, mas é simplesmente que as normas de um regime não são levadas em conta pelos sujeitos e atores dos outros, de tal forma que, por exemplo, normas ambientais ou sociais não podem, na maior parte dos casos, produzir efeitos jurídicos relativamente às relações comerciais organizadas entre estados sob a égide da OMC. Isso é consequência lógica do caráter em parte desordenado do direito internacional contemporâneo e da sua falta de regras de compatibilidade suficientes ou de uma verdadeira hierarquização de suas normas. Essa é a razão pela qual, no caso em exame, entre os objetivos ambientais preconizados pelo direito relativo ao desenvolvimento sustentável e a sua efetiva realização, continua havendo um abismo que a declaração final da última Cúpula da Terra, realizada no Rio de Janeiro em junho de 2012, sintetiza. O balanço global a que se chega em matéria de desenvolvimento sustentável é muito pobre e mesmo decepcionante, tendo em vista como o meio ambiente se degradou ainda mais e como a distância entre pobres e ricos se manteve, chegando até mesmo a se agravar.<sup>53</sup> A lógica mercantil e financeira puramente privada leva, hoje, vantagem sobre todo interesse geral e humano – tendo presente que o sistema está inteiramente baseado nas leis do

---

<sup>51</sup> BRUNEL, S. *À qui profite le développement durable ?* Paris: Larousse, 2008, p. 9.

<sup>52</sup> *Les riches mettent l'accent sur le durable, mais les pauvres continuent à penser développement.* N. T.

<sup>53</sup> Declaração final de 22 de junho de 2012. *L'avenir que nous voulons*, al. 19 sq. Texte disponible sur [http://www.adequations.org/spip.php?article\\_1151#outil\\_sommaire\\_0](http://www.adequations.org/spip.php?article_1151#outil_sommaire_0).

mercado – e de forma alguma resolve, atualmente, os problemas de poluição e a situação de pobreza na qual vivem ainda bilhões de seres humanos.

Por outro lado, tampouco se pode deixar de ressaltar que, no seu aspecto ambiental, o direito do desenvolvimento sustentável consagra muito claramente o princípio da dualidade de tratamento jurídico entre países industrializados e PED e reintroduz ainda um espírito de equidade que parece haver deixado várias áreas do direito internacional. Alguns princípios jurídicos do direito ambiental têm por vocação obrigar a todos os estados, sejam quais forem, como o princípio da participação, o princípio da precaução, a avaliação ambiental e o princípio poluidor-pagador, mas a especificidade da situação dos PED continua a ser levada em conta para diversificar as obrigações de uns e outros. Por exemplo, todo o mecanismo do Protocolo de Quioto repousa sobre essa distinção e impõe obrigações jurídicas somente aos estados desenvolvidos. A consagração dessa dualidade de tratamento é perfeitamente legítima para os PED, e isso por dois motivos: porque a poluição ambiental foi causada pela atividade econômica dos países industrializados, o que confere aos últimos uma responsabilidade particular nesse domínio, e porque os PED têm a necessidade de se desenvolver industrialmente e, logo, de poder fazer, por sua vez, emissões poluentes. Mais ainda, são os estados débeis e pobres que hoje são mais afetados pelas mudanças climáticas, porquanto não contam com meios financeiros e materiais para fazer frente a elas. Resta apenas saber que estado é um PED e que estado não o é mais, pois um grande estado (dito ‘emergente’), como a China, que se tornou a segunda potência mundial, pode escapar por essa via de vínculos obrigacionais em matéria ambiental.

#### C) Desenvolvimento e direitos humanos

O desenvolvimento sustentável acompanha uma outra evolução igualmente fundamental do direito internacional do desenvolvimento: trata-se do vínculo cada vez mais estreito que vem se estabelecendo desde a década de 1990 entre os direitos humanos e o desenvolvimento, uma vez que todos os textos internacionais, atos de organizações internacionais, resoluções da Assembleia Geral e declarações dos estados passaram a associá-los. No artigo 1º § 3º, os redatores da Carta haviam já associado o desenvolvimento e os direitos humanos como objetivos principais das Nações Unidas, mas logo a seguir eles foram separados para poder ser confiados a órgãos distintos<sup>54</sup>. Hoje eles estão novamente unidos e através disso produz-se uma série de deslocamentos significativos dentro do direito do desenvolvimento. Ali onde o direito internacional clássico do desenvolvimento e a NOEI estão inteiramente centrados em torno da estrutura clássica do direito internacional e do respeito à liberdade soberana do estado, ali onde eles enaltecem o princípio de neutralidade relativamente ao regime político dos estados em desenvolvimento e à sua liberdade soberana quanto à escolha do modelo de desenvolvimento, o direito atual do desenvolvimento impõe aos estados soberanos um modelo particular de desenvolvimento a ser atingido, não neutro, fundado sobre os direitos humanos, a boa governança e a democracia. Da mesma forma, os direitos clássico e novo do desenvolvimento veiculam hoje em dia regras e práticas jurídicas que se baseiam em concepções diferentes quanto ao papel do estado e à natureza da soberania, que se torna funcional no quadro do novo modelo, porque subordinada à realização dos fins humanos do desenvolvimento. Mas disso resulta também que os direitos humanos são agora considerados como sendo ao mesmo tempo meio e fim do desenvolvimento. De um lado, entende-se que eles devem contribuir de modo significativo para o desenvolvimento econômico do país, reforçando as escolhas livres e a capacidade de iniciativa das pessoas – vistas como o seu verdadeiro motor, os “agentes do desenvolvimento” –, de tal maneira que o desenvolvimento humano e os direitos humanos se tornam condição necessária do desenvolvimento econômico. Por outro lado, entende-se que eles devem ser o objetivo último do novo modelo de desenvolvimento, inteiramente estruturado em torno do ser humano e não do estado.

---

<sup>54</sup> V. FROUVILLE, O. de. Commentaire article 1, paragraphe 3. In: COT, J.-P. ; PELLET, A. ; FORTEAU, M. (Dir.). *La Charte des Nations unies*. Op cit., p. 358-359.

### iii. Terceiro pilar: os direitos humanos

Essa evolução não deve surpreender, pois ela é reflexo de um balanceamento muito mais geral do direito internacional contemporâneo em favor dos direitos humanos e da pessoa humana, que remonta a 1945, mas que na verdade somente virá a ser expresso pela prática depois do fim da Guerra Fria. Se, por um lado, o direito internacional clássico foi inteiramente construído ao redor do estado soberano e de seus direitos e deveres, o direito internacional contemporâneo, por outro lado, marca uma inflexão muito clara a favor dos direitos da pessoa humana, concretizando assim o terceiro pilar sobre o qual ele se estrutura, conforme os objetivos da Carta das Nações Unidas.

#### 1. Evolução

A nova onda de liberalismo dos direitos humanos e da democracia, que se estendeu em 1945 na Europa e na América, teve, de fato, um impacto previsível sobre a redação da Carta das Nações Unidas. O novo ímpeto democrático se encontra já na primeira formulação da Carta de 1945, que, em função da obstinação da delegação americana ao Comitê I/1 de São Francisco, acabou sendo imposta: “Nós, os povos das Nações Unidas...”. É a adaptação das primeiras palavras da Constituição americana, “We, the People of the United States...”. Além disso, a Carta é o primeiro instrumento juridicamente vinculante a declarar, em nível mundial, o princípio do respeito dos direitos humanos (especialmente art. 1º §3º e art. 55 alínea c). Logo, surgem, de fato, nesse momento preciso, os primeiros marcos jurídicos disso a que nós chamamos a segunda finalidade liberal do direito internacional, ou seja, o liberalismo dos direitos humanos. Contudo, a questão dos direitos humanos foi abordada pela Carta apenas de modo muito parcial, ao passo que três quartos dos seus dispositivos dizem respeito, como já ressaltado, aos direitos e obrigações dos estados, e o princípio de não ingerência nos negócios internos é reafirmado com mais força de que nunca (art. 2º § 7º). O Presidente Truman, que fechou a Conferência de São Francisco, promete então colocar os fundamentos de um “International Bill of Rights”, a fim de apaziguar numerosas organizações não governamentais, sobretudo americanas, que, face ao horror dos crimes nazistas, querem anexar à Carta da ONU uma Declaração Internacional dos Direitos Humanos com força jurídica vinculante. Essa promessa desembocará na adoção, a 10 de dezembro de 1948, em Paris, da Declaração Universal dos Direitos Humanos. A Declaração torna-se, assim, o documento fundador do novo direito internacional dos direitos humanos, embora continuando a ser uma simples resolução da Assembleia Geral desprovida de força vinculante.

Seguindo os passos da Declaração Universal, instrumentos de garantia dos direitos são adotados no plano regional na América do Sul (1969) e na Europa (1950), mas será preciso esperar mais de vinte anos e os dois pactos onusianos de 1966 (e a sua entrada em vigor dez anos mais tarde) para que um regime juridicamente vinculante comece realmente a ser estabelecido em nível mundial. Foi apenas com o fim da Guerra Fria que o direito internacional dos direitos humanos desenvolveu-se do ponto de vista normativo e institucional, reforçou-se em nível regional e se estendeu progressivamente a vários campos do direito internacional clássico. Hoje o discurso jurídico dos direitos humanos generalizou-se efetivamente ao conjunto do planeta, tendo em vista como ele emigrou para todos os regimes e ramos do direito internacional, o número de ratificações dos principais instrumentos internacionais consagrados aos direitos humanos e o balanço das ações onusianas nesse sentido nos últimos vinte anos.

De maneira geral, os direitos humanos se tornaram uma norma transversal do direito contemporâneo, que afeta praticamente todas as outras áreas do direito internacional. Por exemplo, mesmo as reivindicações ligadas aos investimentos estrangeiros e à proteção das patentes, que podem parecer particularmente distantes dessas preocupações, hoje são não raro apresentadas na linguagem dos direitos humanos.<sup>55</sup> Entretanto, seria demasiado extenso fazer aqui esse balanço e nos restringiremos, portanto, a traçar o impacto desse discurso jurídico no plano onusiano.

---

<sup>55</sup> WAI, R. Countering, Branding, Dealing, Using Economic Social and Cultural Rights in and around International Trade Regimes. *EJIL*, 2003, vol. 14, p. 35ss.

Foi a Conferência Mundial de Viena de 1993 que lançou os direitos humanos no plano mundial. Ela culminou na adoção de uma *Resolução Final* e de um *Programa de Ação* que, de um lado, exprimem o consenso obtido na comunidade internacional a favor dos direitos humanos, enquanto que, durante toda a Guerra Fria, o Leste e o Oeste, o Sul e o Norte tinham-se oposto muito vivamente a respeito de sua natureza e seu alcance. Por outro lado, esses textos dirigem um apelo à ONU para que desenvolva sua ação nesse campo e, em especial, para que estabeleça um Alto-Comissariado para Direitos Humanos. Este será efetivamente criado logo após a Convenção de Viena. Ele se torna a divisão principal das Nações Unidas encarregada de promover e proteger os direitos humanos no mundo e espaço para um novo impulso nesse sentido. Ele visa igualmente a que todos os órgãos e instituições da família onusiana levem em conta a defesa dos direitos humanos nas suas ações. Em 1997, num relatório dedicado à renovação da organização, o Secretário Geral reforça esse impulso e incita a que se generalize, dentro da organização, “uma abordagem baseada nos direitos humanos”. Ele pede que, a partir de agora, os direitos humanos sejam levados em conta “nos quatro campos fundamentais do programa de trabalho do Secretariado (paz e segurança, assuntos econômicos e sociais, cooperação para o desenvolvimento e assuntos humanitários)”<sup>56</sup>. Essa abordagem será efetivamente estendida a todos esses campos. Além disso, essa evolução não foi desmentida, mas, pelo contrário, reforçada com o passar dos anos, como ilustra o novo apelo do Secretário Geral da ONU, em 2005, por uma integração cada vez mais ativa dos direitos humanos no sistema das Nações Unidas. No seu relatório à Assembleia Geral, ele retoma o espírito originário da Carta e recorda que os direitos humanos são, juntamente com o desenvolvimento e a segurança (art. 1º)<sup>57</sup> um dos três pilares do sistema onusiano. O documento final adotado pela Assembleia Geral no encerramento da Cúpula Mundial de 2005 confirma o reforço de todo o dispositivo onusiano em favor dos direitos humanos, da democracia e do estado de direito (art. 123).

Ao mesmo tempo, as Nações Unidas realizam uma atividade inédita até esse momento em favor da democracia e do estabelecimento de eleições livres e imparciais em numerosos estados. Os resultados obtidos são aparentemente satisfatórios, pois, de acordo com indicadores do PNUD, o número de países que “adotaram as características da democracia” passou de menos de 60 em 1985 a mais de 160 em 2012. Ademais, a violação massiva de direitos suscitará intervenções armadas e missões de ingerência humanitária no território de estados soberanos: Somália, Ruanda, Haiti, Kosovo, Iraque, Líbia, Costa do Marfim. Efetivamente, como se viu mais acima, o princípio de uma ação internacional para fazer cessar as violações sistemáticas de direitos humanos e, logo em seguida, reconstruir um estado sob uma forma democrática foi incorporado na década de 1990 graças ao novo consenso entre os membros permanentes do Conselho de Segurança e a uma interpretação extensiva do capítulo VII da Carta.

Enfim, é preciso destacar que esse novo discurso jurídico acompanhou o desenvolvimento pós Guerra Fria da justiça penal internacional e o surgimento de um novo ramo do direito internacional: o direito internacional penal. Os tribunais especiais para a ex-Iugoslávia (1993) e Ruanda (1994), o Tribunal Penal Internacional (1998) e as diferentes jurisdições penais híbridas são a expressão de uma vontade claramente afirmada de pôr fim à impunidade daqueles que cometem crimes contra a humanidade (violações massivas e sistemáticas dos direitos), crimes de genocídio (exterminação de um grupo) e crimes de guerra (infrações graves das leis da guerra relativamente a combatentes e civis).

## 2. Direito(s) dos estados e direito(s) da pessoa humana

Esse direito internacional dos direitos da pessoa humana deve ser colocado em paralelo com a finalidade liberal clássica dos direitos dos estados. Os dois liberalismos, o liberalismo clássico dos direitos dos estados e o liberalismo dos direitos humanos vinculam-se paralelamente à filosofia liberal. É ela que subjaz aos direitos humanos, uma vez que estes radicam diretamente na filosofia do Iluminismo e no liberalismo político euroamericano originário do século XVIII. Mas é também ela que está na base

---

<sup>56</sup> V. Relatório 1997: *Rénover l'Organisation des nations unies: un programme de reformes*. Doc. A/51/1950, p. 69. Texto disponível em [http://www.un.org/french/documents/view\\_doc.asp?symbol=A/51/950](http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=A/51/950).

<sup>57</sup> Relatório 2005 : *Dans une liberté plus grande: vers le développement, la sécurité et les droits de l'homme pour tous*. Doc. A/59/2005. Texto disponível em <http://www.un.org/french/largerfreedom/>.



do direito internacional liberal clássico dos estados. A estrutura liberal clássica do direito internacional, baseada na igualdade e na soberania-liberdade dos estados, impôs-se, sim, em razão da estrutura particular do concerto policêntrico europeu, mas também porque ele foi constantemente alimentado pelo pensamento liberal e pelo seu *corpus* ideológico europeu. Consta-se assim um duplo movimento de emergência dos direitos situado na mesma época: os direitos humanos, que são uma conquista interna contra o absolutismo, e os direitos dos estados, que são uma conquista contra o papa e o imperador e contra toda tentativa de dominação por um estado. Entretanto, esses dois liberalismos, constituídos como conjuntos jurídicos, podem opor-se frontalmente, pois onde o liberalismo clássico do direito internacional é pluralista e consagra o princípio de neutralidade relativamente às opções internas dos estados, o liberalismo dos direitos humanos é um liberalismo que não é pluralista nem tampouco neutro. O primeiro baseia-se no princípio de neutralidade relativamente à forma dos regimes políticos internos e à não ingerência nos negócios interiores dos estados, ao passo que o segundo visa impor aos estados os direitos e a democracia liberal pluralista. Enquanto o direito internacional clássico garante uma “justiça formal”, a proteção do mecanismo das liberdades soberanas dos estados, o liberalismo dos direitos humanos impõe um “bem substancial”, que vai além das suas liberdades soberanas. Em outras palavras, o direito internacional dos direitos humanos não corresponde à criação de mais um entre os vários ramos do direito internacional, porque, a longo prazo, ele acarreta uma profunda mutação nas sociedades internas. Trata-se apenas e tão somente do estabelecimento de um estado de direito e de um regime democrático liberal e pluralista no seio das sociedades internas. Trata-se também, em última análise, de fazer prevalecer os direitos do homem sobre os da soberania estatal, de erigir a pessoa humana em verdadeiro sujeito do direito internacional. O deslocamento é, portanto, especialmente consequente, e as duas finalidades, interestatal e humanista do direito internacional podem gerar obrigações jurídicas diretamente opostas contra os chefes de estado, sujeitos de direito.

O conceito de soberania está no âmago dessas contradições, pois como seria possível conciliar a finalidade intrusiva dos direitos humanos relativamente aos estados com o conceito clássico de soberania-independência? A esse respeito, muitos começaram a falar em “desdobramento da soberania”, uma divisão entre uma concepção clássica e uma concepção funcional. A finalidade liberal clássica do direito internacional repousa sobre uma concepção indeterminada da soberania-liberdade dos estados que lhes respeita a soberania interna; a finalidade liberal dos direitos humanos baseia-se numa ideia de soberania interna funcionalizada, ordenada em torno de certos fins humanos que ela deve realizar e que podem chegar até mesmo à instauração de um estado de direito. Claramente, na ótica liberal democrática e dos direitos humanos, ser um estado soberano significa ser um estado onde o povo é realmente soberano, onde o poder é limitado e onde as liberdades individuais são respeitadas. É essa concepção precisa da soberania que levará à plenitude o estado enquanto estado soberano, como uma comunidade de seres humanos que são, eles mesmos, livres. E, nesse caso, evidentemente não é mais possível falar de soberania formal negativa no sentido segundo o qual ela seria completamente indeterminada e no qual o estado pode fazer absolutamente tudo o que quiser dentro de sua ordem interna, contanto que isso não fira a soberania de outrem. Do mesmo modo, sem pôr fim a ela nem implicar um monismo jurídico integral, sem que isso represente um abandono dos princípios clássicos de coexistência e cooperação, o direito internacional dos direitos humanos pode acabar redundando numa mutação profunda da finalidade liberal do direito internacional clássico e de todas as sociedades internas. Isso significa também, não se deve esquecer, um modo de prevenir os possíveis desvios da soberania clássica em direção a uma política interior opressiva e uma política exterior agressiva. Essa é, com efeito, a razão pela qual os direitos humanos foram elevados ao nível internacional em 1945: tentar evitar que crimes sejam cometidos e fiquem impunes detrás do escudo da soberania.

### 3. Críticas

O destino do direito contemporâneo é, portanto, também o destino dos direitos humanos, que constituem a vertente interna mais decisiva para o futuro. Eles abrem uma nova frente de batalha e uma tarefa infinita a realizar, alimentam a reivindicação democrática, fazem surgir exigências inéditas no plano internacional, bem como a recusa de adaptação de parte daquilo que existe pela força, pela

tradição ou pelo sexo. Mas essa evolução profunda do direito internacional contemporâneo não deixará de suscitar críticas de diversos níveis. Primeiramente, questiona-se o que pode vir a ser uma sociedade na qual os direitos humanos se tonaram a “norma política última de todas as sociedades” (Boutros Boutros-Gali em 1993)<sup>58</sup> e alfa e ômega do horizonte internacionalista? Decerto é possível chegar a um acordo para considerar que o ser humano seja entre todos os valor supremo da ordem jurídica internacional vindoura; os direitos humanos não podem, porém, constituir a única alternativa, substituir-se a toda a política e ser a chave dos problemas internacionais, como, por exemplo, a solução para as desigualdades econômicas e sociais entre estados. Em segundo lugar, questiona-se a efetividade dos direitos humanos na medida em que, sem contar o plano regional, os instrumentos jurídicos relativos a eles são pouco respeitados, sujeitos a múltiplas reservas e não acompanhados de meios de controle jurisdicional para compelir os estados a cumprir suas obrigações nesse sentido. Pode-se mencionar relativamente à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (1979), que apresenta o desolador paradoxo de ser uma das convenções mais amplamente ratificadas no mundo e ao mesmo tempo aquela que é objeto do maior número de reservas pelos estados-parte à Convenção. Por outro lado, é comum ressaltar-se que os direitos consagrados nos textos internacionais não constituem uma categoria bem definida, que com frequência cada vez maior lhes falta um conteúdo claramente delimitado, o que de forma alguma colabora para a sua aplicação e efetividade. Por fim, questiona-se também a legitimidade do seu conteúdo e da sua origem, denunciando o seu caráter excessivamente ocidental e, portanto, inadaptado às outras culturas do mundo. Atualmente, essa última interrogação parece ser de longe a mais debatida e aquela que cada vez mais divide os diferentes estados do planeta.

A linha de aproximação, no plano internacional, relativa aos direitos humanos sofre, realmente, um deslocamento muito claro a partir de 1989, pois desde então é bem menos a questão dos direitos civis e políticos frente aos direitos sociais e econômicos que divide os estados que a questão do papel da cultura e das especificidades culturais face ao universalismo dos direitos humanos. Esse deslocamento das inquietações a partir de 1989 em matéria de direitos humanos se explica em função do fim do embate ideológico Leste/Oeste quanto aos direitos sociais e políticos e em razão do início da era do reconhecimento relativamente às questões identitárias e culturais. Essa exigência se reforçou com as intervenções humanitárias da ONU, que foram às vezes mal vistas pelas opiniões públicas, e com as novas políticas de condicionalidade das ajudas, subordinando a concessão de empréstimos ao respeito dos direitos humanos e dos direitos dos trabalhadores. Bertrand Badie resumiu perfeitamente esse emprego vinculante dos direitos humanos ao falr de uma diplomacia internacional dos direitos humanos oscilando entre “ética e vontade de poder”<sup>59</sup>. O consenso pós Guerra Fria sobre os direitos humanos acabou desagregando-se pouco a pouco, e a acusação de imperialismo cultural transformou-se numa crítica forte dos países do Sul. Alguns deles denunciaram um novo colonialismo ou imperialismo ocidental, portador de novas “missões civilizadoras” levadas a cabo em nome dos direitos humanos, que seriam expressão de um etnocentrismo cultural tipicamente ocidental: o fato de erigir os seus próprios valores em valores universais e de pretender que aquilo que é bom para o Ocidente seja-o também para o resto do mundo. Foi só quando as populações afetadas, a exemplo das populações árabes do Egito e da Tunísia, se apropriaram elas mesmas dos direitos humanos, que um uso não hegemônico desses direitos realmente pareceu estar sendo feito e foi só aí que esses direitos reencontraram seu formidável potencial emancipatório.

Isso posto, quando se busca localizar com maior precisão um dos momentos significativos do surgimento pós Guerra Fria da problemática dos direitos humanos/culturas, pode-se mencionar especialmente a primeira grande conferência internacional sobre os direitos humanos, organizada em Viena em 1993, sobre a qual já falamos, como o evento que sem dúvida suscitou as primeiras

---

<sup>58</sup> BOUTROS-GHALI, B. *Discours d'ouverture du secrétaire général des NU à la Conférence mondiale sur les droits de l'homme*, Viena, 14 de junho de 1993. A/Con. 157/22.

<sup>59</sup> BADIE, B. *La Diplomatie des droits de l'homme : entre éthique et volonté de puissance*. Paris: Fayard, 2002.

interrogações fortes sobre esse tema, mesmo tendo dado ensejo a uma grande celebração de unidade nesse domínio. A Declaração Final insiste sobre a unidade alcançada pela comunidade internacional no tocante aos direitos humanos e também sobre a sua indivisibilidade – da qual se poderia haver duvidado após a adoção dos dois pactos separados de 1966. No entanto, por ocasião da própria conferência, as oposições entre os representantes de estados sobre a questão cultural não foram menos vivas, de sorte que se vislumbrava já numerosas reivindicações de que o direito internacional dos direitos humanos leve mais em conta as diferentes culturas e os valores de cada uma delas. Algumas das conferências regionais em preparação para a Conferência de Viena haviam refletido também esse novo estado de espírito, particularmente a Conferência de Bangkok, que reuniu os países da Ásia, e a Conferência de Túnis para os estados africanos. Elas haviam resultado em declarações finais reafirmando plenamente o princípio da universalidade dos direitos humanos, ao mesmo tempo em que exigiam que os particularismos culturais nacionais e regionais fossem melhor integrados na definição e aplicação dos direitos. O ponto 4 da Declaração de Túnis recordava em particular que “nenhum modelo preconcebido pode ser prescrito em escala universal, uma vez que as realidades históricas e culturais de cada nação e as tradições, normas e valores de cada povo não podem ser ignorados<sup>60</sup>”.

Para além de certas formas políticas e jurídicas ofensivas aos direitos humanos, instrumentalizadas pelos poderes autoritários ou integristas, acompanha-se o surgimento de uma verdadeira e forte preocupação a favor de uma necessária readaptação cultural dos direitos. Uma tal preocupação se exprime com tanto maior evidência, quanto a correlativa demanda, de parte de vários estados não ocidentais, de reconhecimento de um maior respeito conferido à suas culturas, concretizado na Convenção UNESCO de 2005 sobre a diversidade das expressões culturais, repercutiu sobre a maneira de conceber e de aplicar os direitos humanos. Além disso, sempre se soube – sem que, no entanto, isso tenha sido realmente levado em conta – que as sociedades asiáticas e africanas, da mesma forma que as múltiplas comunidades indígenas sul-americanas, orientam-se por um ideal comunitário que não corresponde aos valores individualistas ocidentais consagrados nos instrumentos relativos aos direitos humanos. Elas têm outro modo de organizar a solidariedade, de considerar a relação com o religioso, de assumir responsabilidades e de exprimir a dignidade. Elas vinculam destarte o respeito dos direitos individuais ao respeito de obrigações jurídicas para com a família, o bairro, a comunidade, a religião ou estado que não são alienantes para o indivíduo, mas que, pelo contrário, dilatam-no na vivência desses vínculos culturais, religiosos ou comunitários. Ora, no contexto de uma globalização pós Guerra Fria e de um temor reforçado de ver ameaçadas as particularidades culturais, uma dimensão tão essencial não pode mais ser silenciada ou ignorada, e, efetivamente, reivindica-se a sua indispensável integração na definição, interpretação e aplicação dos direitos humanos.

Ao abrir espaço a essas novas exigências, o direito internacional dos direitos humanos se submete a uma lógica jurídica na qual se passa sem perceber de um processo de reconhecimento de pessoas baseado na afirmação da sua igualdade de *status* e de uma igual dignidade de cada ser humano, sejam quais forem as diferenças culturais entre os indivíduos (Declaração de 1948 e Pactos de 1966), a uma nova etapa de reconhecimento dos direitos, baseada nas diferenças culturais. O entendimento universal é de que os direitos reconhecidos em 1948 e 1966 são os mesmos. Eles representariam um conjunto idêntico de direitos para todos, que proibiria precisamente as discriminações em função das culturas e das tradições de cada povo. Ora, hoje em dia, pelo contrário, trata-se de chegar a uma interpretação dos direitos humanos que permita compatibilizá-los com os particularismos culturais de cada povo, levando-os em consideração positivamente, sem, no entanto, que eles próprios voltem a ser questionados. Em outras palavras, trata-se de aceder a uma nova etapa, onde se passa de uma igualdade formal a uma igualdade diferenciada e onde se deseja viver como “iguais e diferentes”<sup>61</sup>. O direito internacional contemporâneo encerra, nesse sentido, uma promessa de emancipação e de

---

<sup>60</sup> *Declaração de Túnis*, 6 de novembro de 1992. Texto disponível em <http://www.aidh.org/declar-tunis.htm>

<sup>61</sup> V. TOURRAINE, A. *Pourrons-nous vivre ensemble?: Égaux et différents*. Paris: Fayard, 1997.

reconhecimento de cada ser humano naquilo que constitui ao mesmo tempo sua igual dignidade e sua diferença cultural.

O desenvolvimento do direito internacional dos direitos humanos no interior da disciplina internacionalista é um dos fatos políticos, ideológicos e jurídicos de maior peso dos últimos trinta anos. O direito internacional clássico era interestatal, estigmatizante, discriminatório e baseado na hierarquia entre as culturas e civilizações, justificando uma desigualdade completa de estatuto entre estados, povos e indivíduos, a serviço da empresa europeia de colonização/civilização. O direito contemporâneo baseia-se, em última análise, nos direitos humanos, o que pode significar não apenas um simples deslocamento cultural e jurídico, mas uma verdadeira oscilação em sentido inverso, com o reconhecimento da igualdade de estatuto e de direitos dos indivíduos, dos povos e dos estados, e também da igual dignidade das suas culturas e civilizações. A questão central continua sendo como encontrar o ponto de equilíbrio entre o direito internacional dos direitos humanos e o respeito das culturas de cada um. O direito internacional dos direitos humanos será sustentado por bases pluriculturais, mais firmes que as anteriores, ou será que, sob pretexto de preservar as práticas e culturas de cada um, não corremos o risco de ressuscitar tensões latentes e erodir aquilo que constitui o essencial da dignidade humana?

## Conclusão

Com a sociedade internacional que resultou da Segunda Guerra Mundial e de um mundo que se tornou pós-colonial e pós Guerra Fria, nós assistimos a uma reconfiguração do direito internacional que pode parecer desconcertante, pois nela se entrecruzam alguns dos fundamentos do direito internacional clássico com novas formas de juridicidade e novos campos de intervenção e regulação. O direito internacional contemporâneo é a manifestação de um ímpeto que o perpassa de modo muito profundo e que provém das suas longínquas origens modernas europeias, como a transformação das democracias internas ocidentais depois da Segunda Guerra Mundial. Ele é uma vez mais o resultado de um certo etnocentrismo ocidental, mas que agora é confrontado com a descolonização, a aculturação e impregnação de certas culturas minoritárias e a globalização. Com essa guinada, ele é hoje expressão de um fenômeno de panjuridismo crescente, pois não se para de fabricar novas regras de direito internacional sem, contudo, ab-rogar as antigas. Ele é agora onipresente, intervindo em toda parte para reger a vida dos estados, dos povos e dos indivíduos. Ele continua sendo um direito liberal de regulação, sendo, porém, ao mesmo tempo, um direito-providência, intervencionista e multifuncional. Ele é considerado o garantidor da paz internacional sob as formas novas instituídas pela Carta das Nações Unidas, e ao mesmo tempo o garantidor também das liberdades dos seres humanos, dos seus direitos sociais, do desenvolvimento dos estados, da população, da biosfera e do bem-estar coletivo da população mundial.

Numa época marcada pela revalorização política do direito, esse desenvolvimento exponencial, multiforme, desordenado e fragmentado do direito internacional traduz, finalmente, isso que parece um processo de complexificação crescente da sociedade internacional e das sociedades internas que ele rege, e portanto, dele próprio, ao revés. Convém ser ainda prudente em relação à interpretação dessas evoluções e das recomposições do direito em curso, pois certamente nós ainda não conhecemos plenamente a sua extensão nem questionamos todos os seus postulados, consequências ou alternativas. Além disso, o rearranjo que essa nova configuração exige do direito internacional contemporâneo dá margem a tantos problemas, que se opta por novos modelos para descrevê-lo. É uma mescla de eficiência e impotência. Uma tal constatação não o desqualifica em si, mas demonstra que se as evoluções verificadas ao longo desta obra são particularmente interessantes de se assilar, elas não por isso deixam de ser problemáticas, convidando-nos a manter uma perspectiva que saiba ser constantemente crítica.