

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS**  
**Programa de Pós-Graduação em Direito**

**Maria Walkíria de Faro Coelho Guedes Cabral**

**DA AÇÃO POLÍTICA À ASPIRAÇÃO SOCIAL: o paradoxo do Direito Internacional  
como resultante da tensão Sociedade vs. Comunidade**

**Belo Horizonte**  
**2013**

**Maria Walkíria de Faro Coelho Guedes Cabral**

**DA AÇÃO POLÍTICA À ASPIRAÇÃO SOCIAL: o paradoxo do Direito Internacional  
como resultante da tensão Sociedade vs. Comunidade**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito principal para a obtenção do título de Mestre em Direito Público.

Orientador: Leonardo Nemer Caldeira Brant

Co-orientador: Carlos Augusto Canedo Gonçalves da Silva.

**Belo Horizonte  
2013**

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

- C117a Cabral, Maria Walkíria de Faro Coelho Guedes  
Da ação política à aspiração social: o paradoxo do direito internacional como resultante da tensão sociedade vs. Comunidade / Maria Walkíria de Faro Coelho Guedes Cabral. Belo Horizonte, 2013.  
117f.
- Orientador: Leonardo Nemer Caldeira Brant  
Coorientador: Carlos Augusto Canedo Gonçalves da Silva.  
Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito.
1. Direito internacional público. 2. Sociedade internacional. 3. Comunidade. I. Brant, Leonardo Nemer Caldeira. II. Silva, Carlos Augusto Canedo Gonçalves da. III. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. IV. Título.

Maria Walkíria de Faro Coelho Guedes Cabral

**DA AÇÃO POLÍTICA À ASPIRAÇÃO SOCIAL: o paradoxo do Direito Internacional  
como resultante da tensão Sociedade Vs. Comunidade**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito principal para a obtenção do título de Mestre em Direito Público.

Belo Horizonte, 2013.

---

Leonardo Nemer Caldeira Brant (Orientador) – PUC Minas

---

Carlos Augusto Canedo Gonçalves da Silva (Co-orientador) – PUC Minas

---

Jorge Mascarenhas Lasmar – FMC

---

Maria de Lourdes Albertini Quaglia – PUC Minas

**Belo Horizonte, 22 de maio de 2013**

*Aos meus pais, pelo incentivo.  
À Helena, minha afilhada, pela prova maior do amor de Deus.*

## AGRADECIMENTOS

A Deus, para além da minha filosofia.

Aos meus pais pelo apoio incomensurável.

Ao Professor Doutor Leonardo Nemer Caldeira Brant, meu orientador, fonte de inspiração, expresso aqui o meu eterno agradecimento por toda dedicação e confiança que depositou em mim nesses dois anos de trabalho. Nemer, o que aqui escrevo como símbolo do meu agradecimento é imensuravelmente menor do que tudo que de fato tenho a te agradecer.

Ao Professor Doutor Carlos Augusto Canedo Gonçalves da Silva, meu co-orientador, por todo apoio no momento mais importante e dramático, pelos ensinamentos ao longo do curso e, principalmente, por se dispor tão prontamente. Com toda certeza, sem seu apoio esse trabalho não teria chegado ao final.

Aos Professores, Prof<sup>a</sup> Dr<sup>a</sup> Maria de Lourdes Albertini Quaglia e Prof. Ricardo Guerra pela amizade e apoio em todo ambiente acadêmico.

Aos demais professores e funcionários do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC Minas, em especial aos professores da Linha de Pesquisa em Direito Internacional, pelos ensinamentos e ao Professor Doutor Lucas Alvarenga Gontijo, pelas lições de filosofia e pelas gratificantes e inspiradoras viagens a Portugal que, “de toda sorte”, contribuíram e muito para o meu enriquecimento e amadurecimento.

Agradeço aos meus colegas de curso, da turma de 2011, sendo imprescindível citar minha amiga Gisele, e da turma de 2012, em especial, à querida amiga Ana Sylvania e à “turma do TPI”, por todo companheirismo.

Aos amigos que diretamente contribuíram, aos que me apoiaram, aos que souberam entender meu tempo de dedicação e, conseqüentemente, minha ausência, em especial, aos amigos de toda uma vida, “as Luiza’s”, Gustavo, Juliana; ao Júnio Guimarães, por permanecer do meu lado escutando minhas lamentações, pelos lanches no meio das tardes tortuosas de trabalho, pela paciência e confiança; e ao historiador Alysson Costa, pelas infatigáveis leituras e pelas inúmeras sugestões na contextualização do trabalho.

Ao CEDIN, pelo apoio logístico.

A todos, de modo geral, que de alguma forma contribuíram para a realização desse trabalho.

*Acima da força está o Direito, assim como acima da vontade está a consciência*  
(TRINDADE, 2006, p. 398)

## RESUMO

A presente pesquisa se destinou ao estudo a cerca das funções que podem ser exercidas pelo Direito Internacional diante da tensão existente na ordem mundial, que se caracteriza ora como sociedade, ora como comunidade internacional. Nesse sentido, o Direito Internacional resulta dessa tensão e pode ser observado enquanto instrumento de ação política na sociedade internacional, ao mesmo tempo em que se destina a corresponder às aspirações sociais dos indivíduos e outros atores que compõe a comunidade internacional. Assim, tratou-se aqui de descrever as escolas de pensamento criadas para estabelecerem o fundamento sobre a obrigatoriedade do Direito Internacional, pois é com base nessas teorias que os atores internacionais se valem desse direito para legitimar ora seus interesses particulares, ora o interesse comum da humanidade. Essas diversas fundamentações teóricas sobre o Direito Internacional, bem como as distintas funcionalidades dadas a ele pelos atores internacionais, com base nessas diversas fundamentações, fazem com que esse sistema jurídico se torne um paradoxo dificilmente explicável, mas que deve ser conhecido, para que seja possível dar continuidade à evolução da ordem jurídica internacional.

**Palavras-chave:** Direito Internacional – Sociedade Internacional – Comunidade Internacional – Fundamentos do Direito Internacional – Funções do Direito Internacional.

## **ABSTRACT**

The present research intended to study some of the functions that can be performed by International Law in face of the tension existent in the world order, which is characterized sometimes as society, as well as international community. In this sense, International Law is the result of this tension and can be seen as an instrument of political action in international society, while intended to respond to social aspirations of individuals and other actors making up the international community. According to this view, it was necessary to describe the schools of thought designed to establish the foundation about the obligation of international law, because it is based on these theories that international actors are able to legitimize their own particular interests, also the common interest of mankind. These various theoretical arguments about international law, as well as the different functions given to it by international actors, on the basis of these various arguments, make this legal system becomes a paradox hardly explainable, but that should be known, to be able to continue the evolution of the international legal order.

**Keywords:** International Law – international society – international community – basis of International Law – International Law functions.

## **LISTA DE ABREVIATURAS**

Art. – Artigo

Coord. – Coordenação

Ex. – Exemplo

Ed. – Editor

Org. – Organizador

Res. – Resolução

Séc. – Século

## LISTA DE SIGLAS

AG- Assembleia Geral das Nações Unidas  
CIJ (v. ICJ)- Corte Internacional de Justiça  
CNU – Carta das Nações Unidas  
CPJI (ou PCIJ)- Corte Permanente de Justiça Internacional  
CS (ou C.S.) – Conselho de Segurança  
DI – Direito Internacional  
DUDH – Declaração Universal de Direitos Humanos  
ECIJ – Estatuto da Corte Internacional de Justiça  
EUA – Estados Unidos da América  
FMI – Fundo Monetário Internacional  
GATS – General Agreement on Trade in Service  
GATT – General Agreement on Tariffs and Trade  
ICJ (v. CIJ) – International Court of Justice  
NU (v. ONU) – Nações Unidas  
OEA – Organização dos Estados Americanos  
OI - Organização Internacional  
OI's – Organizações Internacionais  
OIC – Organização Internacional de Comércio  
OIGs – v. OI's  
OIT – Organização Internacional do Trabalho  
OMC – Organização Mundial de Comércio  
ONU - Organização das Nações Unidas  
OTAN - Organização do Tratado do Atlântico Norte  
PCIJ (v. CPJI) – Permanent Court of International Justice  
TPI - Tribunal Penal Internacional  
TRIMs - Trade-Related Investment Measure  
TRIPs - Trade-Related aspects of Intellectual Property rights  
UK – United Kingdom  
UN (v. ONU) – United Nations  
URSS – União Soviética  
USA (v. EUA) – United States of América  
USSR (v. URSS) – Union of Soviet Socialist Republics

## SUMÁRIO

|   |           |
|---|-----------|
| <b>1 INTRODUÇÃO</b>   | <b>13</b> |
| <b>2 BREVE HISTÓRICO DO DESENVOLVIMENTO DA SOCIEDADE INTERNACIONAL</b>  | <b>16</b> |
| 2.1. O marco fundacional do Direito Internacional Clássico: do surgimento dos Estados Nacionais ao Congresso de Viena (1815)                            | 16        |
| 2.1.1. <i>Antecedentes de Westfália</i>   | 17        |
| 2.1.2. <i>A Guerra da Europa e a Paz de Westfália</i>   | 20        |
| 2.1.3. <i>O Congresso de Viena: novas guerras e um novo modelo de paz.</i>  | 23        |
| 2.2. Processo de institucionalização na sociedade internacional: O novo ator internacional na realização do interesse comum                             | 25        |
| 2.2.1. <i>Do fim da Pax Britannica ao Tratado de Versalhes</i>  | 26        |
| 2.2.2. <i>Conferência de São Francisco</i>  | 31        |
| 2.2.3. <i>As organizações internacionais para o Direito Internacional Contemporâneo</i>   | 33        |
| <b>3 A FUNDAMENTAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL COMO RESULTANTE DA DINÂMICA DA SOCIEDADE</b>  | <b>36</b> |
| 3.1. A visão clássica do direito internacional  | 37        |
| 3.1.1. <i>Sociedade internacional: as características da ordem jurídica clássica</i>  | 38        |
| 3.1.2. <i>As teorias formalistas</i>  | 40        |
| 3.1.2.1. <u>Teoria voluntarista clássica</u>  | 41        |
| 3.1.2.1. <u>Teoria normativista kelseniana: instituição da norma fundamental</u>  | 44        |
| 3.2. O desenvolvimento de uma comunidade internacional: da Ordem pública internacional ao reconhecimento do <i>jus cogens</i>                           | 46        |
| 3.2.1. <i>Comunidade internacional: a consolidação de valores na ordem pública internacional</i>  | 48        |
| 3.2.2. <i>Jus cogens: o processo de hierarquização dos valores</i>  | 51        |
| 3.2.3. <i>As teorias idealistas para o fundamento do direito da comunidade internacional</i>  | 55        |
| 3.2.3.1. <u>Teorias jusnaturalista</u>  | 56        |
| 3.2.3.2. <u>Teoria kantiana da Paz Perpétua</u>   | 58        |
| 3.2.3.3. <u>Teoria humanista</u>  | 65        |
| <b>4 CASUÍSTICA DAS CORTES INTERNACIONAIS FRENTE A TENSÃO SOCIEDADE VS. COMUNIDADE INTERNACIONAL</b>  | <b>67</b> |
| 4.1. As decisões das Cortes sob a perspectiva do interesse estatal  | 67        |
| 4.1.1. <i>Necessidade de consentimento e o princípio da Carélia Oriental</i>  | 67        |
| 4.1.2. <i>O marco voluntarista no caso Lotus</i>  | 69        |
| 4.1.3. <i>O cumprimento de obrigação como decorrente do exercício da soberania: o caso Vapor Wimbledon</i>  | 72        |
| 4.1.4. <i>Breves considerações sobre o Caso Lockerbie: a jurisdição da Corte Internacional de Justiça vs. a imperatividade do Conselho de Segurança</i> | 73        |
| 4.2. As decisões das Cortes com fundamentos no interesse comum da Comunidade Internacional  | 74        |
| 4.2.1. <i>O reconhecimento de princípios fundamentais do Direito Internacional</i>  | 75        |
| 4.2.2. <i>Competência da Corte Internacional de Justiça: o caso das Atividades Militares e Paramilitares da Nicarágua (1984)</i>                        | 76        |

|  |            |
|--|------------|
| 4.2.3. Obrigações “ <i>erga omnes</i> ”  | 78         |
| <b>5 AS FUNÇÕES DO DIREITO INTERNACIONAL: DA DOMINAÇÃO À ASPIRAÇÃO</b>   | <b>84</b>  |
| 5.1. O direito internacional como instrumento de poder   | 85         |
| 5.1.1. <i>A assimetria de poder na sociedade internacional</i>   | 88         |
| 5.1.1.1 <u>Conselho de Segurança das Nações Unidas</u>   | 89         |
| 5.1.1.2 <u>A Conferência de Bretton Woods e a assimetria de poder no Fundo Monetário Internacional</u>                             | 92         |
| 5.1.1.3. <u>A Assembleia Geral e a manutenção da liderança de poder pelas grandes potências</u>                                    | 95         |
| 5.2. A vocação aspiracional do direito internacional   | 97         |
| 5.2.1. <i>Os movimentos de simetria na ordem internacional</i>   | 97         |
| 5.2.1.1. <u>Simetria nas ações em prol do Direito Internacional dos Direitos Humanos</u>   | 98         |
| 5.2.1.3. <u>Simetria de poder na Organização Mundial de Comércio: os painéis e a abertura para novos atores</u>                    | 104        |
| 5.2.1.3. <u>As decisões da Corte Internacional de Justiça como meio-auxiliar para o movimento de simetria dos poderes estatais</u> | 107        |
| <b>6 CONSIDERAÇÕES FINAIS</b>  | <b>110</b> |
| <b>REFERÊNCIAS</b>   | <b>112</b> |

## 1 INTRODUÇÃO

Mudanças na ordem internacional vêm ocorrendo desde o século passado e podem ser verificadas a partir do crescimento de algumas nações, do enfraquecimento de outras e da formação de novos Estados, de blocos e de instituições internacionais. Essa ordem em evolução é sustentada, juridicamente, pelo Direito Internacional, que se apresenta como o instituto destinado a reger as relações dos atores nela presentes.

No entanto, diante dessas constantes mudanças e indefinições da ordem social, esse direito é, muitas vezes, severamente criticado por nem sempre conseguir harmonizar com destreza as vontades de seus atores. Ora, se uma ordem social possui, como instituto jurídico, um direito que não parece eficiente, então, qual seria a serventia desse direito?

Observa-se que o Direito Internacional é capaz de servir e legitimar diferentes aspectos dessa ordem social, como por exemplo, legitimar a prevalência da vontade particular de uma potência, em detrimento de uma nação hipossuficiente, mas também, esse direito, é capaz de criar condições mais igualitárias para todas as nações, afirmando princípios superiores às vontades particulares, consagrando-se, ao final, como um complexo paradoxo.

Dessa forma, o presente trabalho buscou, sob a metodologia analítico-descritiva, observar as funções nas quais o Direito Internacional se adequa, partindo de uma análise dos diversos fundamentos de obrigatoriedade desse direito, isto é, das teorias que tentam validar a aplicação do DI, seguindo, posteriormente, uma verificação de como ele é aplicado para legitimar as mais diversas ações e situações, que muitas vezes parecem contraditórias e impossíveis de serem, ao mesmo tempo, fundamentadas pelo mesmo conjunto de normas. Ressalta-se que, para tanto, foi necessário desconsiderar atos que chegam a ser classificados como ilegais, como por exemplo, como os atos de terrorismo ou atos formalmente repreendidos pelos atores.

Para, então, tentar entender as funções a que se julga o DI, a pesquisa aborda essa problemática paradoxal, partindo da ideia de que a ordem social que ele regula é justamente o que o torna dúbio, mas é, ao mesmo tempo, o que o torna possível, tendo em vista a maneira como foi fundado. Com isso, não se trata aqui de defender o Direito Internacional sob um ou outro ponto de vista teórico, mas de analisar e descrever a realidade em que ele se estabelece atualmente, dentro das suas próprias e diversas perspectivas teóricas de fundamentação.

Assim, primeiramente, para se compreender as teorias de fundamentação do DI, acreditou-se que fosse necessária a retomada histórica da ordem internacional que influenciou o modo de formação dos pensamentos. Para tanto, o capítulo 2 (dois) trará essa breve

ambientação e contextualização histórica para situar como se desenvolve o debate em que o objeto está inserido, problematizando a historicidade do Direito Internacional, seu percurso histórico e suas reformulações e transformações.

Em seguida, no capítulo 3 (três), foi trabalhado o debate de algumas teorias do direito internacional, divididas genericamente entre Formalistas e Idealistas<sup>1</sup>. Assim, tentou-se estabelecer, grosso modo, as abordagens que dividiam os pensadores sobre o Direito Internacional até o século XX. Ressalta-se que a escolha por teorias que sugerem essa comunidade internacional se deu dentre as quais é admitido o mínimo para a existência da sociedade internacional, mínimo esse que se traduz na soberania, isto é, doutrinas que não reconhece o instituto da soberania estatal, como a sociológica, não foram matérias de apreciação no presente trabalho. Essa abordagem teórica foi feita para demonstrar as formas de se conceber a obrigatoriedade do Direito Internacional, por isso o trabalho não apresenta as posições mais extremistas das teorias, visto que não se trata de defender nem atacar nenhum ponto de vista.

O intuito desse capítulo foi demonstrar que o Direito Internacional é resultante da tensão que existe entre esses dois cenários: de um lado, o cenário clássico, no qual prevalece a soberania acima de qualquer outro instituto, de outro, há o cenário que ficou conhecido como o cenário pós-1945, cujo sentimento de comunidade prevalece no desenvolvimento das normas internacionais. Esses dois cenários coexistem em uma relação pendular, isto é, acredita-se que o surgimento do cenário teórico do pós-1945 não extinguiu o cenário clássico, os dois convivem juntos, pois, no ambiente internacional, alguns conceitos do cenário clássico são mantidos, enquanto são adicionados alguns aspectos do pós-1945.

No capítulo 4 (quatro), investigou-se estudo de casos que tiveram impacto considerável nas reflexões sobre o direito internacional. No emblemático caso *Lotus*, por ex., a Corte Permanente de Justiça Internacional (CPJI) proferiu sentença que discutia o problema da soberania. A colisão do vapor francês *Lotus* que seguia em direção a Istambul, na Turquia, com o cargueiro turco *Boz-Kourt* provocou um incidente diplomático no que diz respeito às dúvidas quanto à possibilidade de jurisdição da Turquia sobre o caso. O *Caso Lotus* tornou-se a marca do voluntarismo, pois nele a Corte de Haia aponta que é indispensável o consentimento do Estado para que uma norma seja válida para ele. Outros casos foram tratados nesse capítulo, sempre com a intensão de reconhecer esse entendimento do Direito Internacional pelos órgãos judiciários.

---

<sup>1</sup> Nesse sentido, acompanhou-se as ideias de Bobbitt (2002) e Pellet (2003).

A análise dos percalços com que o Direito Internacional teve que lidar em seu percurso histórico foi feita no capítulo 5 (cinco), delineando suas funções dentro do sistema que lhe é dado atualmente. Logo de início o capítulo problematiza sobre a historicidade ressaltando Westfália como ponto considerado, nesse trabalho, crucial para se pensar sobre o Direito Internacional. Sob esse aspecto, é possível questionar a imparcialidade deste direito, que acaba servindo como instrumento de dominação para manutenção de poder das grandes potências. Mas, em seguida, é trabalhado o outro lado, isto é, na estrutura normativa que compõe as relações estatais em comunidade internacional, o Direito Internacional poderá servir de aspiração social na busca de justiça e paz entre as nações.

Tentou-se, com isso, demonstrar que a sociedade internacional estabelecida em Westfália, com bases na soberania dos Estados modernos, não deixa de existir frente à formação de uma comunidade internacional calcada em valores, como o *jus cogens*, constituindo um ambiente evolutivo formado por essa tensão entre sociedade e comunidade internacional. Nesse ambiente, pois, é que repousa o Direito Internacional e que, ao se adaptar a essa lógica, se constitui como um sistema jurídico paradoxal.

## **2 BREVE HISTÓRICO DO DESENVOLVIMENTO DA SOCIEDADE INTERNACIONAL**

A sociedade internacional – desde sua formação enquanto sociedade entre Estados na Idade Moderna – está em constante movimento de evolução. Sua condição dinâmica cria possibilidades de seus atores se orientarem ora por uma perspectiva de interesses próprios, ora em prol de algo maior, inerente a toda humanidade. Essa dinâmica será preponderante no desenvolvimento do Direito que rege tal sociedade, pois este deverá se adaptar aos caprichos dessa tensão evolutiva.

### **2.1. O marco fundacional do Direito Internacional Clássico: do surgimento dos Estados Nacionais ao Congresso de Viena (1815)**

Uma sociedade que se estabelece com base nas relações entre esses Estados necessita de instituir um sistema normativo para reger essas relações. Esse sistema é o direito internacional, cuja base fundamental, em uma visão clássica, é a vontade do Estado formalizada no princípio do consentimento.

De fato, como afirma Celso Mello, “a origem de uma sociedade no meio internacional não pode ser fixada em uma determinada data” (MELLO, p. 51). No entanto, por questões didáticas, é comum reconhecer um marco que dará origem ao Direito Internacional na sua forma clássica. Ressalta-se que esse marco é apenas uma determinação da formação do Direito que rege relações entre Estados, isto é o Direito Internacional Público da ordem jurídica clássica. Nesse sentido, é plenamente possível reconhecer que havia antes dele outra espécie de sistema normativo regendo as coletividades anteriores aos Estados. Porém, é com a formação dos Estados Nacionais que surgem o DIP Clássico que, por sua vez, possibilitou as bases para o Direito Internacional contemporâneo.

A princípio, é possível considerar o surgimento dos Estados Nacionais por duas perspectivas. Em uma primeira concepção acreditou-se que os Estados surgiram na Idade Média. A segunda perspectiva seria caracterizada pelas teorias modernas, como as de Maquiavel e Bodin, os Estados Nacionais são Estados Modernos, formados a partir da ideia de instituições. (HOMEM, 2003)

No entanto, mais importante é entender que a dinâmica de formação dos Estados Nacionais não foi um movimento autônomo, isolado, nem imediato. Na Idade Média, o surgimento dos burgos e o agrupamento dos feudos em reinos foram decisivos para a

formação dos Estados Nacionais, assim como a reforma protestante e os acordos para estabelecimento do equilíbrio de poder na Europa, já na Idade Moderna, também foram fatores preponderantes no fortalecimento dessa ideia de Estado Moderno, bem como na consagração da ideia de Soberania, formalizada com os Tratados de Westfália, em 1648.

Assim, a Paz de Westfália representou um marco nas relações internacionais, com o começo das relações entre os Estados Nacionais como se conhece hoje. Isto é, esse momento histórico se tornou o marco da ideia de sociedade internacional clássica, isto é, composta por Estados enquanto sujeito principal. Nesse sentido, foi somente no século XVII que se passou a perceber o funcionamento de uma sociedade de caráter internacional, pautada em uma ordem jurídica formando um ramo do direito, conhecido hoje como Direito Internacional Público.

### **2.1.1 Antecedentes de Westfália**

Na Idade Média, os reis eram suseranos e não soberanos, pois nesse momento da história havia um fracionamento do que deveria ser a soberania. Isto é, os reis reinavam para seus duques e condes, bem como para os seus vassallos, mas nunca para os vassallos de seus duques e condes, que deviam obediência apenas aos seus senhorios.

Nesse sentido, Heddley Bull (2002) descreve que:

os reinos e principados da Cristandade Ocidental, na Idade Média, não eram estados, pois não possuíam soberania interna, porque não tinham supremacia sobre outras autoridades no seu território e dentro da sua população; e também não possuíam soberania externa, porque não eram independentes do papa ou, em certos casos, do imperador do Sagrado Império Romano. (BULL, 2002, p. 14)

A distinção social se pautava entre sagrado e profano. Cabia aos bispos, correspondentes de Deus na Terra, a regulamentação da ordem para que fossem evitados os abusos que aconteciam no ambiente profano. Isto é, todos estavam submetidos aos entendimentos do bispo, inclusive os reis, igualmente autoridade da Terra. Assim, compartilha-se da perspectiva que compreende que nesta época a ordem é a Igreja, sendo esta o poder supremo na Terra. Trata-se da primazia do poder religiosos sobre o secular.

Essa organização social começou a modificar-se por volta do século XIII, quando a realeza ganhou força, sendo que, o seu progressivo desenvolvimento atingiu o auge no século XVII.

No período compreendido entre o final do século XIII e o século XVII surgiu uma nova forma de organização política, o Estado Nacional, que consolidou os recursos materiais e a autoridade política e militar em torno no príncipe, transformando-se na principal instituição política do Ocidente (LESSA, 2008, p. 16)

As calamidades do século XIV, a fome, crise monetária e as guerras, como a Guerra dos Cem anos, por exemplo, contribuíram para o enfraquecimento da Igreja e estimularam uma mobilização de outros setores que ocupariam o espaço político da mesma, através de uma reunião dos povos, unificando territórios, na busca de autoridades centrais superiores à dos senhores locais, para, com isso, conduzirem o desenvolvimento do comércio e das cidades, bem como preservarem a segurança para tal desenvolvimento. Na concepção de Bobbitt (2002), “O Estado moderno surgiu quando comprovou-se [sic] a necessidade de desenvolver uma ordem constitucional capaz de uma eficácia bélica maior que as ordens feudal e mercantil que viria a substituir” (BOBBITT, 2002, prólogo, s/ página).

Diante da situação em que se encontrava a ordem social, na qual não mais se podia valer da força da Igreja Católica no comando central dos pequenos reinos, nem ao menos haviam se fortalecidos os poderes dos novos reis e príncipes, a formação dos Estados Nacionais se prolongou até a Idade Moderna.

Com a Reforma Protestante, um movimento de contestação da supremacia religiosa que se propagou pela Europa<sup>2</sup>, e com questionamentos pelas autoridades seculares sobre as jurisdições supranacionais exercidas pela Igreja, como a cobrança de impostos dos reinos, a Igreja perde de vez o controle único da ordem social europeia, dando lugar a uma ordem regida por um sistema de Estados, que tão logo entraram em um processo de formação ao serem capazes de negarem o poder religioso ao qual estavam submetidos.

Segundo Skinner (2000):

[...] as pretensões do papado e as jurisdições eclesiásticas sofreram, já no fim da Idade Média, críticas em volume crescente por parte de leigos e dos governos seculares na maior parte dos países da Europa do norte. É certo que os privilégios do estamento clerical tinham sido contestados em vários momentos da história da Europa medieval, mas dispomos de ampla documentação a comprovar que esses protestos atingiram um novo pico de intensidade às vésperas da Reforma,

---

<sup>2</sup> O início desse movimento se deu a partir de uma polémica sobre a salvação da alma, em um contexto em que se verificava o formalismo da Igreja Católica de um lado e a intensa religiosidade instaurada entre os fiés. Tal movimento não marcou apenas as pessoas comuns, profanas. Martinho Lutero, congado como monge agostiniano no ano de 1505, também foi parte nessa busca religiosa e logo instituiu a ideia de salvação pela fé. Essa ideia foi vista negativamente pela Igreja Católica, uma vez que a salvação pela fé nega a necessidade de atuação ou intermediação da Igreja e dos clérigos com o Reino de Deus. No entanto, enquanto a sociedade buscava a salvação, Papas e bispos já não se apresentavam mais atentos às necessidades dessa sociedade e foram vistos como negligentes quanto aos seus cargos. Verificava-se que por vezes as nomeações de sacerdotes não passavam de resultantes de acordos produzidos entre os reis e a Igreja, formando-os sem preparo e transformando-os em pregadores sem consciência do que fosse dito.

especialmente na Inglaterra e Alemanha. As cidades germânicas presenciaram então o que Moeller descreveu como constituindo uma séria de “explosões de ódio” contra a Igreja, em particular nos anos imediatamente após 1510. [...] Também na Inglaterra, considerando os leigos nos anos que antecedem a Reforma, atestamos muitos sinais do mesmo ódio crescente às jurisdições da Igreja (SKINNER, 2000, p 332).

O Luteranismo foi uma heresia triunfante<sup>3</sup>, visto que com ela foi possível saciar as necessidades da sociedade quanto à questão da salvação da alma frente à fraqueza da Igreja Católica da época, bem como reforçar as argumentações necessárias aos reis seculares para passarem a exercer soberanamente seus poderes. Nesse sentido, conclui Skinner (2000) que “[d]ado esse pano de fundo de crescente hostilidade aos poderes da Igreja não surpreenderá que, tão logo a Reforma começou a ganhar forças, a maior parte desses críticos leigos se sentisse mais e mais atraídos pela causa luterana” (SKINNER, 2000, p.342)

Com o tempo, a unidade cristã na Europa se rompeu e foi possível assistir ao surgimento das religiões protestantes nas suas diversas variações, sendo as principais o Luteranismo alemão, o Calvinismo suíço e o Anglicanismo inglês. Entende-se que estes novos pensamentos emergentes não se tratavam apenas de mudanças no pensamento religioso, pois “[a]s premissas teológicas de Lutero não somente levaram a atacar os poderes jurisdicionais da Igreja, como também a preencher o vazio de poder assim criado, procedendo a uma defesa correspondente das autoridades seculares” (SKINNER, 2000, p. 296).

Dessa forma, a jurisdição supranacional da Igreja foi rompida, ainda que muitas das autoridades seculares jamais se converteram de fato, apenas aderiram a uma proposta que contrariasse o poder que a Igreja Católica exercia na Europa como um todo, pois só rompendo com ela que seria possível ter o domínio de seus territórios e de seus súditos.

Com a desorganização eclesiástica e a recusa dos reinos a continuarem a se submeter à Igreja como centro de poder supranacional, o resultado foi o início da formação de um sistema internacional, pois foi durante a formação do Estado Nacional que ocorreu a formação da sociedade internacional enquanto sociedade entre Estados. Antes disso, não era possível dizer sobre sistema internacional, conforme ressalta Bull (2002): “Um *sistema de estados* (ou sistema internacional) se forma quando dois ou mais estados têm suficiente contato entre si, com suficiente impacto recíproco nas suas decisões, de tal forma que se conduzam, pelo menos até certo ponto, como partes de um todo” (BULL, 2002, p.15).

---

<sup>3</sup> A teologia de Lutero “propiciou o quadro para atacar não só o tráfico que o papado efetuava das indulgências, mas todo um conjunto de atitudes sociais e políticas assim como religiosas, que tinham ficado associadas aos ensinamentos da Igreja Católica” (SKINNER, 2000, p. 285).

Nessa mesma conjuntura<sup>4</sup>, da Reforma Protestante, ocorreu a ascensão do império dos Habsburgos, dinastia europeia que consolidou seu trono da Península Ibérica aos Balcãs e que após estratégica união matrimonial esteve diante de uma associação com a Áustria. (LESSA, 2008). Carlos V, católico incontestado, foi o herdeiro desse vasto império que consagrou os Habsburgos no continente europeu.

Considerando as rivalidades existentes entre os estados europeus, a concentração de tal poder nas mãos dos Habsburgos foi razão suficiente para motivar a contenção da sua influência política e religiosa no continente. O segundo fato é a divisão irreversível da cristandade com o advento da Reforma Protestante e com a reação da Contra-Reforma Católica, o que motivou ferozes lutas religiosas a partir de então. (LESSA, 2008, p. 19)

Os dois fatores (o avanço dos Habsburgos e a Reforma Protestante) marcaram o início do embate contra a dominação de um Império na Europa, possibilitando aos Estados recém-formados a plena atuação em um sistema que logo passa a ser reconhecido como um sistema internacional.

### **2.1.2. A Guerra da Europa e a Paz de Westfália**

Diante de tanta tensão nessa sociedade internacional emergente, em 1555, foi assinado o Tratado de Paz de Augsburg, entre Alemanha luterana e o Sacro Império Romano, forjando uma estabilidade nas questões religiosas e determinando que os reinos com reis protestantes se submetessem à religião dos mesmos e não necessariamente à Igreja Católica.

No entanto, o Tratado fracassou e no período de Rodolfo II (1576-1612), neto de Carlos V, os atritos começaram. “Os dois ramos da dinastia Habsburgos, o espanhol e o austríaco, tiveram muitas frentes de batalha no longo período em que se empenharam em conter a expansão da Reforma no Ocidente e no centro europeu [...]” (LESSA, 2008, p.20).

Igrejas protestantes foram destruídas e as liberdades religiosas passaram a ser cerceadas. Conforme exemplifica Bobbitt (2002), a “assinatura da Paz de Augsburg em 1555, ratificando a constituição da sociedade de Estados principescos, foi posta em questão em 1608, quando o príncipe Maximiliano da Baviera anexou e recatolicizou a cidade luterana de Donauworth” (BOBBITT, 2002, p. 477).

Surge então uma União Evangélica e uma Liga Católica, prontas para defenderem seus direitos ligados ao poder de exercício dos reis em seus reinos. Assim, a “etapa final e

---

<sup>4</sup> Frente a tais movimentos, a Igreja Católica também se coloca disposta a criar o seu e em 1545 dá-se início ao Concílio de Trento e tem-se assim o movimento da Contra-Reforma

realmente decisiva da evolução do luteranismo como ideologia política se alcançou quando as autoridades seculares, que de início apenas roçavam a heresia, passaram a exigir dos súditos a aceitação de suas novas ordenações quanto à Igreja” (SKINNER, 2000, p. 370). Na mesma medida estavam as ações católicas para sustentar o poder. O maior exemplo foi a sucessão de trono na Boêmia (República Tcheca), quando o rei Fernando II consegue apoio católico (da Espanha, dos católicos e do papa) para suceder ao poder. Os protestantes da Boêmia estavam revoltados com a situação que se instalava contra suas igrejas e exigiram uma postura do rei católico que nada fez.

Em 1618, a primeira significativa guerra dos Estados Nacionais se inicia com um ato que ficou conhecido como a Defenestração de Praga, pois os protestantes, indignados com o que estava acontecendo, invadiram o palácio de Praga e defenestraram dois ministros e um dos secretários. A partir daí, atos violentos instalaram-se na Europa, incluindo as revoltas holandesas de 1621 e o conflito franco-habsburgo de 1635, decisivo na guerra.

Nota-se que, apesar de não ter dado início imediato à guerra, a França foi o apoio mais relevante aos protestantes, como se verificou com a batalha de 1635. Essa demonstração do poderio francês é importante para se entender como ela se consolida como potência europeia nos anos que se seguem (LESSA, 2008)

A guerra que durou 30 anos, como o próprio nome sugere, foi uma das mais devastadoras da história europeia. Envolveu como principais atores a Alemanha, a Suécia, os Países Baixos e a França, contra o poderio do Império dos Habsburgo.

No entendimento de Barbas Homem (2003), “Vestefália assinala o triunfo dos modernos Estados Soberanos, tanto na ordem interna como na ordem internacional [...]” (HOMEM, 2003, p. 8), pois

[a] assinatura dos tratados de paz conduz à definição de novas fronteiras internas de grande parte dos Estados europeus e a uma consequência importante para a Europa: o significado de Vestefália na geopolítica europeia traduziu-se na separação entre Europa ocidental e Europa oriental, que persistirá até aos nossos dias; de outro lado, assistimos à fragmentação política da Europa central e ao difícil jogo dos equilíbrios regionais; finalmente, Vestefália trouxe a superação definitiva do tema da religião como obstáculo às relações diplomáticas (HOMEM, 2003, p. 8)

O fim da guerra dos 30 anos foi acompanhado pela assinatura de sucessivos tratados entre os Estados modernos emergentes da época. O primeiro tratado foi assinado em 30 de janeiro de 1648, pela Espanha e pela Holanda e o último foi assinado em Osnabrück, no dia 24 de outubro de 1648, entre o imperador do Sacro Império, Ferdinando III, e os Estados da

Suécia e da França. A contribuição desses tratados fomentou a nova trama nas relações entre os Estados da região europeia, consolidando a sociedade internacional.

Da anarquia que caracterizou os derradeiros estágios da Guerra dos Trinta Anos, emergiu uma sociedade de Estados dotada de maior solidez e coerência, cuja estrutura legal foi redefinida por uma nova constituição – a série de tratados conhecidos coletivamente como Paz de Vestfália (BOBBITT, 2002, p. 477).

Com isso, nota-se que todos estes tratados possuíram um propósito de delimitar as atuações de poder dos Estados, ao mesmo tempo em que preservaram a soberania absoluta de cada Estado Nacional recém-nascido. As regras estabelecidas nesses tratados serviram como base para acordos posteriores entre os atores da sociedade internacional.

Segundo, Bobbitt (2002), toda sociedade tem uma constituição. Não necessariamente uma constituição escrita, como é o exemplo da sociedade britânica, porém “toda sociedade possui uma constituição, pois para ser uma sociedade, é necessário ser constituída de alguma forma” (BOBBITT, 2002, prólogo, s/página). Assim, pode-se compreender que a sociedade internacional é constituída em 1648 com os tratados de Vestefália e depois deles, por diversas vezes os Estados continuariam e continuam a reescrever suas constituições, uma vez que “[t]odas as grandes conferências de paz que encerram uma guerra momentosa elaboraram uma constituição para a sociedade de Estados” (BOBBITT, 2002, prólogo, s/página).

Nesse sentido, pode-se considerar que foi a partir de 1648 que se presenciou a consolidação da sociedade internacional, logo após a Guerra dos Trinta Anos, marcada pela sua intensidade ideológica. Nesse período, nota-se que alguns Estados, como o Império Otomano, declinaram aos poucos, enquanto outros, como a Rússia e a Grã-Bretanha, iniciaram a sua ascensão.

No entanto, ressalta-se que o estabelecimento do equilíbrio de poder na formação da sociedade internacional e a consolidação dos Estados modernos europeus não foi um movimento linear, assim sendo, a construção dos Estados Nacionais foi marcada por sua historicidade caracterizada por continuidades e descontinuidades.

Do início do século XVI ao final do século XIX, a França, a Grã-Bretanha, a Espanha, a Áustria, a Rússia, a Prússia e a Holanda alternaram-se nos papéis de poderes emergentes e decadentes da cena internacional europeia, e os conflitos que travaram entre si, tanto quanto a evolução das alianças diplomáticas e militares que estabeleceram para atingir os seus objetivos, compõem o pano de fundo da evolução do sistema internacional (LESSA, 2008, p.17).

Assim, argumenta-se que a sociedade internacional se estabeleceu na Idade Moderna, se consolidando ao longo dos anos. Para tanto, a doutrina consagrou a Paz de Westfália, no

ano de 1648, como o marco do surgimento de um direito que passou a reger as relações dessa sociedade que se formava no cenário internacional. A partir de então, o direito internacional se organizou, acompanhando o próprio desenvolvimento da sociedade que regula, servindo de instrumento para a consolidação de tratados e outras fontes normativas sucessivas que visavam o estabelecimento daquilo que denominavam como paz, porém como escopo do equilíbrio de poder dessa sociedade.

Entende-se, aqui, que o que a racionalidade humana, até os dias de hoje, reconhece por *paz* é apenas o seu sentido negativo, isto é, paz nada mais é do que ausência de guerra. Outra abordagem para paz seria impossível de se deduzir pela razão. No entanto, a pretensa paz estabelecida nos tratados sucessivos de Westfália, não foi simplesmente ilusória, pois neste arcabouço jurídico esteve também determinadas questões como a soberania dos Estados Nacionais, cada vez mais fortalecidos ao longo do tempo, fazendo com que a questão da paz estivesse orquestrada em uma dimensão política, isto é, a paz duradoura passa a ser vista como fruto de um equilíbrio de poder estabelecido entre os Estados.

### **2.1.3. O Congresso de Viena: novas guerras e um novo modelo de paz.**

O equilíbrio de poder estabelecido em Westfália, formado pela pentarquia França, Grã-Bretanha, Império Austro-Hungaro, Prússia e Rússia, durou pouco, pois não foi capaz de manter a paz e conter as rivalidades das grandes potências europeias. O sistema de Estados formado nessa época estava comprometido pelas ações de interesses nacionais dos atores, como os planos hegemônicos de Napoleão, por exemplo (HÖFFE, 2005)

Com ações soberanas e individualistas de cada Estado conforme seus próprios interesses, a França havia se tornado um Estado poderoso, desde a nomeação de Luís XIV e seu desenvolvimento atingiu o ápice em 1815.

A ascensão rápida da França à condição de primeira potência se deu em contexto de grande rivalidade nas relações intereuropéias [sic], o que facilitou a consolidação do poderio francês, na medida em que os seus oponentes estavam entretidos em guerras de atrito uns contra os outros pelo menos até 1685. [...] O crescimento da França motivou, então, a intervenção das demais potências europeias encabeçadas pelos ingleses [...] a fase é caracterizada, antes de tudo, por ser um grande período de guerra (1689- [...] 1802) (LESSA, 2008, p.23).

Quando na década de 1810 a Europa se viu completamente desfigurada pela guerra anglo-francesa iniciada em 1803, a ideia de Paz processada em Westfália foi retomada, porém com um sentido mais forte de equilíbrio de poder, que, a partir de então, estava baseado não

mais apenas pela necessidade de ausência de guerra e contenção de avanços imperialistas, mas como também pela relação estabelecida nesta época entre o desenvolvimento financeiro e a política de poder dos Estados potências.

Assim, durante o Congresso de Viena, as regras da diplomacia foram codificadas. A distribuição de poder no sistema de Estados, as regras do jogo imperialista, a formulação de uma legislação internacional e a manutenção da paz entre os Estados europeus foram os principais temas tratados ao longo do século (HERZ, HOFFMAN, 2004, p. 32-33).

O Congresso de Viena, que reuniu as potências vencedoras nas guerras napoleônicas entre 1814 e 1815, representou a articulação das forças conservadoras diante da ameaça que a difusão do ideário revolucionário francês representava para a antiga ordem aristocrática. Do ponto de vista político o congresso definiu estratégias de ação coletiva, assegurando uniformidade de procedimentos das potências e o fortalecimento da resposta reacionária.

No período posterior ao Congresso de Viena, verificou-se que o progresso do direito internacional estava centrado na Europa, com o domínio das relações pelos Estados cristãos, isto é, pelas nações civilizadas<sup>5</sup>.

Paradoxalmente, enquanto o direito internacional se internacionalizava geograficamente através da expansão dos impérios europeus, ele se tornou menos universalista em suas concepções e mais, teoricamente bem como praticamente, um reflexo dos valores europeus (SHAW, 2008, p.27, tradução nossa)<sup>6</sup>.

Nos momentos seguintes ao Congresso de Viena, ainda no século XIX, não houve guerras que envolvesse a Europa como um todo, prevalecendo a paz (ao menos no continente Europeu), mas não pois havia uma ideologia de preservação da paz, apenas o Equilíbrio de Poder como fruto do interesse dos Estados para que pudessem desenvolver suas economias em um ambiente de tranquilidade, não permitindo, assim, que eclodisse um conflito.

Obviamente que nem todos os Estados estavam conseguindo progredir dentro dos padrões comuns que o equilíbrio de poder permitia. Nesse sentido, e sem um direito internacional que regulasse essas disparidades entre os Estados, a Europa caminhou lentamente para uma guerra que eclodiu no início do século XX<sup>7</sup>.

<sup>5</sup> A ideia de Nações civilizadas marcou por muito tempo o Direito Internacional, como se pode verificar no art. 38, 1, c, do ECIJ.

<sup>6</sup> Paradoxically, whilst international law became geographically internationalised through the expansion of European empires, it became less universalist in conception and more, theoretically as well as practically, a reflection of European values.

<sup>7</sup> Sobre o séc. XX e XXI ver seção 2.2.1. e seguintes.

Hodiernamente, essas relações societárias para o alcance do interesse estatal continuam presentes nas relações internacionais, formando parte do que se entende, por ordem internacional. Dessa maneira, o direito internacional nasce como o marco regulatório de uma sociedade de interesses pautada nas políticas de poder exercidas por cada Estado, fomentadas pela capacidade financeira de cada ente e que, acima de tudo, estão blindadas pelo princípio consagrado nos séculos XVII e XVIII, qual seja, o princípio da soberania.

## **2.2. Processo de institucionalização na sociedade internacional: O novo ator internacional na realização do interesse comum**

Os grandes marcos históricos para o desenvolvimento do Direito Internacional, como os tratados de Westfália, Utrecht, e Viena, foram estabelecidos para a manutenção da paz e, sobretudo, para o fortalecimento e para o equilíbrio de poder dos Estados soberanos na Europa. No entanto, os Estados passaram por grandes desajustes e reajustes desses poderes na Europa desde que a economia passou a ser determinante para o sustento e manutenção do poder estatal.

No decorrer do séc. XIX mudanças na política e na economia europeia afetaram o Congresso de Viena e o equilíbrio de poder por ele sustentado, dando lugar à hegemonia europeia, mais precisamente à expansão inglesa. Logo em seguida, com a crise da grande depressão de 1873 a 1896, a Grã-Bretanha dá sinais ainda imperceptíveis de declínio, momento em que, por outro lado, passa-se a sobressair o poderio econômico dos EUA e a predominância alemã na Europa.

Assim, desde Viena, a história ficou marcada pela força do desenvolvimento econômico e financeiro dos Estados. Esses atores já não mais estavam fortemente ligados a uma pretensão de segurança e de poder pelo poder, mas sim, por um poder influenciado pela economia, pois é através dessa que cada Estado passa a avançar.

### **2.2.1. Do fim da Pax Britannica ao Tratado de Versalhes**

A instituição de blocos e alianças entre os Estados no cenário internacional primeiramente atendeu às necessidades funcionais e imediatas dos Estados, para posteriormente evoluírem às Organizações Internacionais.

Os Estados compreenderam que existem certos problemas que não podem ser resolvidos por eles sem a colaboração dos demais membros da sociedade

internacional. As organizações internacionais são as resultantes deste fator e é dentro delas que mais se sente a atuação das ideologias ou blocos sócio-culturais nas soluções dos mais diferentes problemas. É a nossa época caracterizada como sendo a do associacionismo internacional (MELLO, 2004, p. 53).

O último quartel do séc. XIX foi marcado pela conclusão das guerras de unificação da Alemanha, pela ascensão dos EUA, mas principalmente pelo declínio da *Pax Britannica*. Durante a primeira fase desse período acontecia a Segunda Revolução Industrial, na qual, EUA e Japão se preparavam e se desenvolviam para marcar a política mundial na fase subsequente. A França, introspectiva e derrotada pela Alemanha, se dedicava a resgatar seu prestígio no cenário internacional. A Áustria-Hungria disputava com a Rússia o comando das regiões do Império Otomano. A Itália, também recém-unificada, sofria com o atraso econômico que vivia, mas não mais do que a Espanha e Suécia que perderam de vez o papel na Europa de grande potência.

O fato mais relevante dessa época foi a unificação da Alemanha que fez surgir um novo ator da política europeia, alterando esta, definitivamente. “Fruto da engenharia política do chanceler prussiano Otto Von Bismarck, o Império Alemão ocupou o centro da política europeia, influenciando boa parte das suas dinâmicas mais fundamentais” (LESSA, 2008, p. 133).

Bismarck objetivava em primeiro lugar a integridade do Império Alemão, principalmente contra a França que poderia reergue-se e reivindicar revanche. Para isto, cria o primeiro sistema de alianças, em 1872, que buscou alinhamento com Austria-Hungria e Rússia<sup>8</sup>, sob o pretexto da solidariedade monárquica, formando a *Entente dos Três Imperadores*, concluindo a aliança com a Itália em 1874. Posteriormente, uma segunda aliança, agora com a Austria-Hungria e Itália foi necessária na prevenção contra os russos, recebendo o nome de *Tríplice Aliança* com a Itália<sup>9</sup>.

Nessa composição de poderio, a Grã-Bretanha se mantinha fora das disputas de poderes da Europa Continental, seria o que ficou conhecido como *isolamento esplêndido*. Ainda assim, Bismarck avançava com os chamados Acordos do Mediterrâneo, feitos pela Tríplice Aliança e conseguiu, ainda, a adesão da Grã-Bretanha e Espanha, o que configurou o terceiro sistema de alianças do chanceler prussiano.

---

<sup>8</sup> A disputa entre Rússia e Austria-Hungria pelo território turco dos Bálcãs fragilizou a Entente. Bismarck presidiu a revisão do Tratado de San Stefano, em 1878, determinando que a área de influência na região dos Bálcãs fosse remanejada e dividida entre russos e austríacos. Com resultado disso, teve-se a insatisfação da Rússia para com a Alemanha.

<sup>9</sup> Bismarck, com medo de uma aproximação da Rússia com a França, celebra, com a primeira, o Tratado Secreto do Resseguro, em 1887.

Essa fase ficou, por isso, conhecida como *Europa bismarkiana*, momento em que se tornou cada vez mais complexas as relações intereuropeias, mas que constituiu um caráter duradouro às relações internacionais, uma vez que as alianças bismarkianas foram as bases para a formação de blocos de poder na 1ª Grande Guerra<sup>10</sup>.

[...] o período compreendido entre 1848 e 1914, pode ser encarado como a era do sistema do “equilíbrio de poder”. Esse sistema dependia de vários fatores, tais como um número mínimo de participante (aceitos, enfim, como cinco), que formariam alianças temporárias com a finalidade de fortalecer os fracos e enfraquecer os fortes, sendo exemplo disso as coalizões em que a Inglaterra entrou para intimidar a França. Era essencial para esse sistema que nenhum país desejava destruir totalmente os outros, mas basicamente humilhá-los e enfraquecê-los, e isso contribuía para a estabilidade da ordem (SHAW, 2008, p. 57, tradução nossa)<sup>11</sup>.

Assim, as ambições internacionais da Alemanha continuaram sob o comando de Guilherme II, que fizeram crescer a tensão entre as potências europeias, que se alinhavam em blocos cada vez mais divergentes, tornando o equilíbrio de poderes cada vez mais inviável. Em outras palavras, a Alemanha buscou mais espaço condizente com seu poderio econômico e militar e rompeu a tradição homogênea de poder, trabalhada desde o Congresso de Viena, dando lugar à tensão que vai inflar cada vez mais até a eclosão da 1ª Grande Guerra<sup>12</sup>.

Dentre as fricções que geraram tal tensão estava, principalmente, o assunto Alsácia e Lorena, entre França e Alemanha, enquanto conflitos menores extra-europeus, mais precisamente com relação aos EUA e ao Japão, eclodiram na periferia do mundo. Enfim, vários incidentes internacionais do início do séc. XX contribuíram para a formatação final europeia para a 1ª Grande Guerra<sup>13</sup>.

<sup>10</sup> Em 1890, Bismarck renuncia, por não concordar com a política interna do então imperador Guilherme II. Com a saída de cena de Bismarck, acaba a comedida política externa alemã que dá lugar ao impetuoso projeto expansionista do jovem Guilherme II. Seu Reich ficou caracterizado pela substituição da *Realpolitik* de Bismarck para a *Weltpolitik* (política mundial), pela corrida armamentista e pelo grande sentimento nacionalista.

<sup>11</sup> [...] the period between 1848 and 1914 can be retreated as the era of “balance of power” system. This system depend upon a number of factors, such as a minimum number of participants (accepted as five), who would engage in a series of temporary alliances in an attempt to bolster the weak and restrict the strong, for example the coalitions Britain entered into to overawe France. It was basic to this system that no nation wished totally to destroy any other state, but merely to humble and weaken, and this contributed to stability of the order

<sup>12</sup> Não obstante a política austera do Kaiser Guilherme II, outros focos de tensões, como a corrida pela África, agravavam os últimos anos do séc. XIX.

<sup>13</sup> Os primeiros incidentes dizem respeito à Entente Cordiale. Ao saber dos termos da Entente, o Kaiser Guilherme II desembarcou em Tanger, onde proferiu um belicoso discurso deixando claro que a Alemanha estava disposta a defender a soberania marroquina, se necessário pelas armas. Alguns anos depois, em 1911, o próprio sultão marroquino pediu uma intervenção militar francesa no país, que fez com que o governo de Berlim mobilizasse imediatamente parte de sua esquadra de guerra para o Porto de Agadir. No entanto, a diplomacia de Jules Cambon e Alfred von Kiderlen resultou em um acordo franco-germânico, transformando o Marrocos em protetorado da França, mediante a entrega de parte do Congo francês à Alemanha. Os alemães, porém, consideravam insatisfatórias as concessões. Ainda, incidentes relacionados aos Bálcãs também marcaram as tensões pré-guerra. Pelo Congresso de Berlim, em 1878, a Bósnia e a Herzegovina foram entregues à administração da Austria-Hungria. Em 1908, sob o pretexto do movimento dos jovens turcos, o Império Austro-

Assim, em 1914, os Estados europeus e não europeus estavam novamente diante de uma guerra, que neste ponto tomou uma proporção inesperada e maior do que as anteriores, sob a qual deveriam ser tomadas atitudes ainda mais severas do que as atitudes tomadas, visto que a 1ª Grande Guerra teve como consequência a modificação da ordem no mundo que a antecedia. O quadro geral da Europa, no ano de 1919, era em todo dilapidado econômica, política, social e culturalmente. Milhões de pessoas deslocadas de seus países, a Europa sem infraestrutura mínima e a economia abalada. A Alemanha descontente por ter sido responsabilizada pela guerra e seus civis sofrendo retaliações nos países vizinhos. Reorganizações geográficas na Europa constituíram dezenas de novos países sem capacidade para se desenvolver. Foi, então, o fim do domínio europeu e de suas grandes potências no mundo, dando lugar a uma nova ordem mundial.

Para definir essa nova ordem mundial, os Estados se viram obrigados a retomar os tratados de paz, com um caráter ainda mais específico do que os últimos já estabelecidos ao longo da história, pois foi quando os Estados passaram a perceber que “não mais podiam exercer funções públicas individualmente” (TRINDADE, 2003, p. 722).

Dessa forma, na tentativa de garantir os acordos firmados no pós-guerra e marcar por definitivo o fim da 1ª Grande Guerra, a Conferência de Paris e o Tratado de Versalhes constituíram a Liga das Nações. Em 1920, no entanto, a Liga das Nações já dava sinais do fracasso com a rejeição do Senado dos EUA ao Tratado de Versalhes. Assim, a Liga das Nações começava deixando de fora as três grandes potências da época: EUA, Rússia e Alemanha.

No entanto, a anarquia internacional preexistente à 1ª guerra não poderia mais retornar e a Liga deveria ser a organização capaz de manter a ordem e sancionar econômica e militarmente qualquer país que tentasse contra essa nova ordem.

A primeira Guerra Mundial (1914-1918) é o marco a partir do qual se registra uma primeira evolução do grupo social internacional para alcançar sua organização atual, por obra de vários fatores. Entre os mais decisivos está o aumento da cooperação pacífica entre Estados, que deu origem ao surgimento de numerosas organizações internacionais, universais e regionais; de sorte que o grupo social tem se institucionalizado (CAMPOS et al., 1998, p. 66, tradução nossa)<sup>14</sup>

---

Húngaro anexou definitivamente os dois territórios ao seu, gerando revolta por parte da Sérvia, apoiada pela Rússia. A Alemanha, em 1909, interveio reforçando o domínio austríaco, irritando a Rússia e fortalecendo a Tríplice Entente. Ainda, em 1912 e 1913, com o fortalecimento da Sérvia, as tensões aumentaram, bem como os movimentos nacionalistas das minorias e o sentimento de correção e revanchismo por parte do Império Austro-Húngaro. A gota d'água foi com o assassinato do herdeiro do trono austríaco Francisco Ferdinando, ocorrido em Sarajevo, no ano de 1914, dando início à 1ª Grande Guerra (LESSA, 2008, p. 157-164)

<sup>14</sup> La Primera Guerra Mundial (1914-1918) es el hecho a partir del cual se registra una primera evolución del grupo social internacional para llegar a su organización actual, por obra de varios factores. Entre los más decisivos, el incremento de la cooperación pacífica entre los Estados, que ha dado lugar a la aparición de

Em 28 de junho de 1919 criou-se o primeiro tratado constitutivo de uma organização internacional para a manutenção da paz e da segurança internacional, resultante de um gradual processo de cooperação pacífica entre os Estados. Assim, estava firmado o Tratado de Versalhes e como parte dele o Pacto da Liga das Nações.

Para tanto foi constituído uma Corte (Corte Permanente de Justiça Internacional, em Haia, com Estatuto próprio que, inclusive, foi a base para o Estatuto da Corte Internacional de Justiça da ONU), um Conselho com membros permanentes, uma Assembleia Geral em Genebra e um Secretariado.

A Liga das Nações teve que lidar com 66 disputas internacionais, das quais 35 foram resolvidas satisfatoriamente, enquanto 20 foram transferidas para outros focos de negociação e 11, de grande importância, permaneceram sem solução.

O sistema de tomada de decisões da Liga das Nações favoreceu o fracasso contínuo da mesma. O Conselho, que já padecia da ausência do esperado membro EUA, tomava as decisões por unanimidade incluindo os membros não permanentes, totalizando nove membros em 1926. A Assembleia, por sua vez, também decidia por unanimidade, tornando impraticável decidir.

Esses fracassos, com a resolução de conflitos estavam, também, intimamente ligados com a ausência de poder independente da Liga e a ausência de Estados de grande potência internacional como membros da mesma, tornando as decisões da Corte fracas e inefetivas.

Ainda, o texto convencionado da Liga das Nações, doravante denominado Pacto, era confuso no quesito segurança, não definindo os meios de coerção, enfraquecido quanto ao arbitramento e irrealizável quanto ao desarmamento, lembrando a teoria dos jogos de poder.

Com tantas fraquezas, sem os Estados Unidos para ajudar a fazer valer os termos da Liga e com a Grã-Bretanha exercendo política comedida, pois acreditava ter acontecido um certo exagero contra os fracassados da guerra, a França se encontrava isolada e sozinha para lidar com a vizinha Alemanha, que mesmo com as perdas da guerra, ainda contava com 65 milhões de pessoas e um relevante potencial econômico. Sem poder, também, aliar-se a Rússia, a França realizou acordos militares com a Bélgica, Polônia, Tchecoslováquia, Romênia e Iugoslávia como reforço para conter a Alemanha. Esse era o formato constituído pela ordem de Versalhes.

Como uma nova tentativa para amenizar as tensões na Europa Continental, a Liga procedeu ao Protocolo de Genebra que optava pela arbitragem, mas esperou por uma

Conferência do Desarmamento, que nunca aconteceu. Resultado disso foi o abandono do protocolo.

No ano de 1925, a quantidade de acordos regionais, fora do âmbito da Liga das Nações reforçou o seu fracasso e deu novos rumos às relações internacionais da época. Os Estados Unidos, com dólares e perspectivas de melhorias econômicas, fortalecem as negociações na Europa. A União Soviética entra para a Liga das Nações. França e Alemanha passam por uma conjuntura conciliadora, com os chanceleres Aristide Briand e Gustav Stresemann, respectivamente.

Em 1926, a Alemanha adere à Liga e resiste à entrada da Polônia na mesma, no mesmo ano em que o Brasil se retira dela, tornando cada vez mais inviável uma organização com caráter global de paz. Outros fatores, como o Pacto Kellogg-Briand de 1928, o Plano Young de 1929, a evacuação da Renânia em 30 (cinco anos antes do previsto), demonstraram a eficiência e a autonomia da política externa do francês Briand, agindo desconexo à Liga das Nações.

Ainda, até o final da década de 20, podia-se dizer que a Liga avançou em algumas resoluções de disputas fronteiriças (desavenças entre Iraque e Turquia, Bulgária e Grécia, Polônia e Lituânia). No entanto, mudanças de conjunturas, como o crack da bolsa em 1929, nos EUA, fizeram afundar ainda mais a Liga tornando cada pequeno avanço, em menor ainda.

O Japão despontava como potência e fazia crescer ambições que impactaram diretamente na sustentação da Liga. Em 1931, o projeto japonês expansionista, militar e econômico, levou à invasão da Manchúria. A condenação da ação por parte da Liga resultou na retirada do Japão da mesma em 1933.

Mais claramente estava a intenção de Hitler em romper com o Tratado de Versalhes e assim atropelar a Liga, da qual, Hitler se retirou em 1933 sob o argumento de ausência de acordo internacional de desarmamento e alegando que a Alemanha se desarmaria por si só. Ainda, Hitler enfraqueceu o cordão sanitário que os isolava quando assinou um tratado de não agressão com a Polônia, levando os franceses a se preocuparem e reforçarem seus laços com a Bélgica e a Suíça. Mesmo fora da Liga, Hitler foi por ela advertido quando em 1935 montou um exército de 600 mil homens.

A Itália, também com pretensões expansionistas, invadiu a Abissínia em outubro de 1935, trazendo para este ponto todas as atenções das potências europeias. Votando a favor de sanções a serem impostas à Itália, estavam 52 nações. Mesmo assim, os embargos comerciais foram ignorados pelos EUA, Alemanha e Rússia que ainda era parte da Liga.

Dessa feita, não restava mais expectativas em fazer valer a Liga das Nações. Sem poder de ação, a Liga não tinha mais condições de sustentar o ideal de segurança coletiva. Em 1937, o ambiente político europeu já estava polarizado, entre fascistas e comunistas, e tudo caminhava para a guerra.

### **2.2.2. A Conferência de São Francisco**

O arranjo europeu ao final da Liga das Nações colocava a Alemanha em destaque, visto a relutância dos britânicos e dos franceses em sumir uma posição de liderança na Europa. Enquanto isso, uma guerra civil da Espanha servia de teste para Hitler e Mussolini quanto ao seu poderio ofensivo.

A dependência econômica dos países europeus e americanos havia se consolidado e, especialmente para Grã-Bretanha, o ideal era manter o *status quo*, na manutenção de uma estabilidade na sociedade internacional, nomeadamente de paz. Nesse aspecto, as alianças para uma armada contra os avanços extremistas do nazismo e do fascismo só se concretizaram em 1939. Sem uma união entre os Estados que mantivesse a segurança internacional sob controle, foi impossível conter a guerra.

A Segunda Grande Guerra foi um resultado do desequilíbrio europeu, principalmente no cenário econômico e, conseqüentemente, no bélico. A Alemanha havia passado os últimos anos se mobilizando financeiramente para a guerra. Em contrapartida, a França e a Grã-Bretanha ficaram anos sem investir nos seus armamentos e foi só ao final dos anos 30 que voltaram a se armar.

Fora da Europa, os EUA e a URSS se mantinham isolado. O primeiro pelo trauma da 1ª grande guerra seguido da crise financeira, já o segundo se preocupava com os problemas internos.

Com a guerra instalada e sem poder algum para intervir no avanço alemão, a Alemanha tomou primeiro Viena, sem nenhuma contestação, avançando para o sucesso da concessão de autonomia de 50% de todo território tcheco aos alemães que viviam na fronteira e que almejavam se reunir à Alemanha. Mas as pretensões de Hitler eram maiores e foi quando os britânicos e franceses se mobilizaram para impedir a tomada total das áreas dos sudetos pelo fûrer. Mas já não havia como impedir o avanço e os sudetos foram concedidos a Hitler. Talvez essa fosse uma tentativa de rearranjar a Europa, fatiando o território tcheco e estabilizando pretensões. Mas o equilíbrio de poder não foi instaurado e o “acordo de

Munique, divulgado por Chamberlain como um acordo que garantia a paz na Europa e no mundo foi um verdadeiro fiasco” (LOHBAUER, 2005, p. 73).

O expansionismo alemão estava deflagrado e uma revolução diplomática aconteceu. Britânicos e franceses anunciaram resistência a qualquer agressão alemã dirigida à Holanda, Bélgica ou Suíça. Anunciaram apoio à Polônia sobre a disputa com Hitler em Danzig e no corredor polonês e deram garantias de apoio à Grécia e à Romênia, após a invasão da Albânia pela Itália em abril de 1939 (LOHBAUER, 2005, p. 74).

Com a invasão da Polônia a guerra foi finalmente declarada, não pelos alemães que já há tanto tempo estiveram preparados, mas pelos franceses e britânicos que viram no momento uma oportunidade de se reerguerem enquanto potências, contando com o sucesso na guerra, bem como novamente estabilizarem a política europeia.

Foram o Reino Unido e a França que declararam guerra e não a Alemanha. O caminho para a guerra vinha de uma ou outra forma sendo anunciado desde 1938. Pode-se argumentar que a mudança na opinião pública ajudou na decisão de declarar guerra além da razão idealista de lutar contra o fascismo. Mas o que fez realmente franceses e britânicos declararem guerra foi a percepção de que o tempo trabalhava contra eles e ainda era possível retornar ao palco internacional como grandes potências se o confronto ocorresse naquele momento (LOHBAUER, 2005, p. 76)

O fim da 2ª Guerra mascou o início da hegemonia norte-americana no ocidente, bem como o começo da Guerra-Fria. Ainda, esse marco mostrou para o mundo o horror do racismo militarista do nazismo traduzido nas atrocidades cometidas durante a guerra, bem como a necessidade de se estabelecer um patamar, ainda que mínimo, porém fundamental, da dignidade da pessoa humana que deve ser respeitada acima de qualquer outro valor.

Para o Direito Internacional contemporâneo o fato preponderante do fim da 2ª Grande Guerra, foi a constituição de mais uma conferência para a restituição da paz ao cenário internacional. Muitos autores se apegam à ideia de que essa conferência nada mais foi do que uma repetição dos outros grandes marcos para a história do Direito Internacional, quais sejam, a Paz de Westfália, o Congresso de Viena e a Conferência de Versalhes. De toda sorte, a Conferência de São Francisco rendeu maiores frutos e raízes mais profundas do que as conquistas anteriores da sociedade internacional.

O fruto principal da Conferência de São Francisco foi a criação da Organização das Nações Unidas em 1945, um reflexo da formação de alianças da 2ª Guerra e recebeu o nome midiático que se dava aos aliados na época, isto é, as Nações Unidas. A organização nasceu com o propósito primeiro de manter a paz e a segurança internacional. Todos os demais objetivos decorrem logicamente desse propósito.

Todo o sistema ONU está estruturado dentro da lógica pós 2ª Guerra, inclusive a formação do sistema de segurança coletiva consagrado no Conselho de Segurança<sup>15</sup>. No entanto, ela nasce também como um reflexo da tensão sociedade vs. comunidade internacional, tendo em vista que em outros aspectos ela se pauta em valores e defesa da pessoa humana como condição essencial para manter a paz.

### **2.2.3. As organizações internacionais para o Direito Internacional Contemporâneo**

Muitas ligas, coalizões e organizações não governamentais já haviam se estabelecidos ao longo da história, quando na segunda metade do século XX originavam-se a maioria das organizações existente hoje. Cumpre ressaltar que diversos fatores contribuíram para o que se conhece hoje como organização internacional.

As grandes conferências de Estados ocorridas desde o século XVI, e que contribuíram para fixar muitas das normas que definem as relações internacionais modernas, também são precursoras das OIGs. Finalmente, a prática do multilateralismo, desde os primeiros séculos da era moderna, está associada à história das organizações internacionais (HERZ, HOFFMAN, 2004, p. 32)

Herz e Hoffman (2004) ainda citam o concerto europeu, estabelecido em Viena, como um importante antecessor das organizações internacionais. Contudo, o aumento do fluxo de contatos e da coordenação entre os Estados fez com que fossem desenvolvidas ações para a cooperação internacional dentro de uma rede de relações econômicas. Isto é, quanto mais coordenados e correlacionados se viam os Estados, mais se percebia a necessidade de cooperar, uma vez que eles passam a estar cada vez mais interdependentes.

Nesse sentido, formou-se no séc. XIX, um grande número de organizações funcionais, também conhecidas como união públicas internacionais, que tiveram como fatores preponderantes “as transformações econômicas, a assunção de maiores responsabilidades econômicas e sociais pelos Estados e o desenvolvimento tecnológico” (HERZ, HOFFMAN, 2004, p. 35).

Segundo Keohane (1977), as organizações internacionais surgem como forma de facilitar a cooperação e institucionalizar e interdependência que já acontecia na política mundial. A criação das Organizações Internacionais para que todos os Estados estivessem, a partir de então, um ponto em comum, fez com que o ideal westfaliano não mais dominasse exclusivamente a nova ordem internacional.

---

<sup>15</sup> Sobre o C.S. ver seção 5.1.1.1. infra.

[...] com o advento das organizações internacionais, os Estados perderam o monopólio da condução das relações internacionais, e não podem ignorar ou negligenciar os esforços de tais organizações em assegurar o respeito e a observância das normas de Direito Internacionais. Pela via do multilateralismo, no seio das organizações internacionais, os Estados mais vulneráveis buscaram mitigar até certo ponto suas preocupantes desigualdades fáticas. E pela mesma via do multilateralismo todos os Estados passaram a buscar, conjuntamente, a realização de objetivos comuns (TRINDADE, 2003, p. 726)

A conferência de Codificação e desenvolvimento do Direito Internacional demonstra a formação de um consenso e enfraquece a ideia da necessidade de consentimento. Nota-se uma considerável produção normativa das Organizações Internacionais.

Assim, por influência direta das organizações internacionais, o processo de formação das normas de Direito Internacional tornou-se complexo e multifacetado, no propósito de lograr uma ampla regulamentação que atendesse as necessidades e aspirações da comunidade internacional como um todo (TRINDADE, 2006, p. 90)

O direito internacional é assim um direito aplicável a entidades soberanas, nesse sentido, no processo de institucionalização na sociedade internacional, não há o que se falar em relativização da soberania. Ocorre que, ao se proporem relacionar em uma formatação organizacional, os Estados devem delegar à organização emergente a soberania que lhes é própria, permitindo assim a atuação plena dessa organização em função daquilo que já foi aceito previamente pelos Estados. Assim, concordando com a perspectiva funcional<sup>16</sup>, acredita-se que:

a cooperação nessas esferas de ação do Estado não representaria uma ameaça frontal à soberania e não teria implicações para a formulação autônoma de políticas externas voltadas para o interesse nacional [...] A soberania não seria superada, como em propostas de formação de um governo mundial, mas compartilhada; uma parcela de soberania seria transferida para uma nova autoridade (HERZ, HOFFMAN, 2004, p. 59)

A delegação da soberania a um organismo internacional é fruto da dinâmica da sociedade e ela acontece em maior ou menor medida, de acordo com a área de abrangência da organização.

Assim, ao longo da história o que se viu foi uma sociedade internacional dinâmica que constitui-se diferentemente em cada momento. Hoje, com o advento das organizações internacionais, pode-se dizer que o desenvolvimento da segurança coletiva e da cooperação funcional, através da delegação de soberania a organismos supranacionais, faz com que a

---

<sup>16</sup> O Funcionalismo é uma corrente teórica de estudo das OI's, que tem como expoente David Mitrany.

sociedade internacional, tal como constituída em Westfália, coexista com um ambiente comunitário em diversas áreas no cenário internacional.

### 3 A FUNDAMENTAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL COMO RESULTANTE DA DINÂMICA DA SOCIEDADE

*A gama de teorias e abordagens do direito internacional e, não menos, a ênfase na íntima relação entre o direito internacional e as relações internacionais, dão testemunho da importância da matéria e das dificuldades intrínsecas com que ele se depara (SHAW, 2008, p. 67, tradução nossa) <sup>17</sup>.*

A fundamentação do Direito Internacional é o foco de grandes debates teóricos desde o início da formação desse sistema jurídico. Uma das grandes dificuldades para se entender tal fundamentação está no problema da determinação do meio social, isto é, torna-se difícil encontrar uma teoria única sobre o carácter obrigatório da norma internacional devido ao dinamismo do meio social no qual a norma está inserida.

Procurar o fundamento do direito equivale a perguntar qual é, nas origens, o fator que explica a sua força obrigatória. Tal questão põe-se logicamente aos que reflectem sobre o direito. Entre eles, está longe de existir um acordo. No que respeita ao direito internacional, o problema é particularmente difícil de resolver pois trata-se nada menos do que determinar as razões pelas quais ele pode impor-se às entidades soberanas que são os Estados. Uma resposta satisfatória consolidaria a sua existência e reforçaria a sua legitimidade.

Esta questão tem como consequências práticas importantes e está no centro das controvérsias doutrinárias apaixonadas. Hoje em dia, a principal clivagem é entre os que procuram no próprio direito a explicação do carácter obrigatório das suas regras e os que, recusando este formalismo jurídico, consideram que é fora do direito que reside o fundamento do seu carácter obrigatório. (PELLET, 2003, p. 100)

Para muitos autores, principalmente positivistas, o Direito é uma ciência que deve ser pensada enquanto tal, dessa forma, é extremamente necessário repousar seu fundamento dentro de uma única perspectiva. Os formalistas em geral, percebem um direito internacional fundamentado em um ato formal, qual seja o consentimento, ou em uma norma derivada das ações comuns de vontade própria dos Estados em se obrigar. Assim, é nesses atributos formais que repousa a obrigatoriedade de se cumprir tal direito.

Essa visão está muito ligada ao direito internacional clássico, ou westfaliano, momento em que se consolidou a ideia de um direito formado por normas produzidas e destinadas aos Estados.

---

<sup>17</sup> The range of theories and approaches to international law and not least the emphasis upon the close relationship between international law and international relations testifies both to the importance of the subject and the inherent difficulties it faces.

Os acontecimentos ao longo da história modificaram em alguns aspectos a formação das normas internacionais, consolidando valores e modificando o entendimento sobre a obrigatoriedade do direito.

O primeiro concentra-se na medida em que as verdades legais são fruto da obediência a regras arbitrárias, ou seja, regras que não possuem nenhuma relação necessária com algum conteúdo específico [...] Em contrapartida, o naturalista, no direito internacional, como Grotius ou Bluntschli (ou Hume), sustenta que a relação entre o conteúdo das legislações e o mundo justifica sua verdade ou falsidade. A legislação deve estar de acordo com a natureza do homem no universo. [...] Tanto no caso do Naturalismo quanto no do Formalismo, a verdade de uma dada lei depende de algo existente no mundo – mas, no caso do Naturalismo, esse algo está relacionado ao conteúdo da lei em questão, ao passo que, no formalismo, o algo guarda relação com o status da regra enquanto lei, independentemente de seu conteúdo (BOBBITT, 2002, p. 611)

O certo é que os dois entendimentos coexistem, tendo em vista que o primeiro nunca deixou de existir por completo.

### **3.1. A visão clássica do direito internacional**

Acredita-se que o primeiro tratado de paz entre dois povos foi celebrado em 1200's a.C pelo soberano dos Hititas, Muwatalli e Ramsés II, faraó egípcio. Este tratado foi uma estratégia estatal para tecer um acordo de paz que marcaria o fim da guerra nas terras sírias (PELLEGRINO, 2008).

Pode-se considerar que os tratados são os instrumentos mais significativos, isto é, uma das fontes principais que se pode reconhecer hoje no Direito Internacional Público. Eles estiveram presentes em toda a história em momentos de grande importância.

No entanto, tais tratados não foram suficientes para demarcar as fronteiras do que seria uma futura sociedade internacional regulada por normas que compusessem uma ordem jurídica própria.

Alguns autores defendem a ideia de que o Direito Internacional surge antes dos Estados, porém sob uma perspectiva de existência de normas entre coletividades, não sendo comprovado necessariamente um ordenamento capaz de reger uma sociedade própria composta de atores e sujeitos.

Uma ordem jurídica enquanto tal precisa de sujeitos que serão os detentores de direitos e de deveres. Assim, acredita-se que a ordem jurídica que comporta o Direito Internacional clássico é aquela que rege uma sociedade internacional, isto é, entre Estados.

Dessa forma, apenas após a formação dos Estados Nacionais é possível investigar mais consistentemente as relações entre os povos enquanto componentes de ordens sociais distintas e, conseqüentemente, construir uma investigação sobre a formação de uma sociedade internacional.

### **3.1.1. *Sociedade internacional: as características da ordem jurídica clássica***

O termo “sociedade” é utilizado para referir-se ao agrupamento de sujeitos no cenário internacional, prevalecendo a opção por esse termo na doutrina, principalmente pelos teóricos que reconhecem apenas o cenário clássico da ordem internacional, formada em Westfália e único até antes de 1945.

Sendo assim, a ideia de uma sociedade internacional se caracteriza por um agrupamento formado voluntariamente como “um produto do pensamento, dominada pela ideia de finalidade” (MELLO, 2004, p. 55). Na sua forma mais clássica a sociedade é composta por um ente principal, sujeito de deveres e de direitos, qual seja, o Estado, que são regidos por normas estabelecidas por eles, sob uma forma de contrato.

Em outras palavras, pode-se dizer que na ordem jurídica clássica, que rege esta sociedade, o membro originário é o Estado, soberano, definidor e destinatário de seu próprio direito, isto é, do Direito Internacional.

O Direito Internacional foi durante longo tempo interestatal e ainda se apresenta, apesar das atenuações, predominantemente sob este aspecto. A sua moderna configuração nasceu na Europa Ocidental em época que os grandes Estados Nacionais já estavam formados. É assim o Estado o seu membro originário e principal sujeito (MELLO, 2004, p. 52)

Na época do surgimento da moderna configuração do Direito Internacional, a preocupação maior era com o reforço das fronteiras para fortalecer o poder dos reis e dos príncipes. Dentro do território determinado o poder soberano estava protegido, legitimado e seguro.

Almejando alcançar tamanha autonomia e segurança em seus territórios, os Estados entendem que passa a ser necessário articular medidas que os protegeriam enquanto tal. Esse foi o resultado objetivado dessa demanda, principalmente, em Westfália e em Viena, conforme contextualizado no tópico supra.

Com isso, a reunião dos Estados no ambiente internacional se deu por uma formação voluntária, necessária e dentro dos interesses de cada ente. A partir dessa conjuntura, o que se

tem é uma sociedade historicamente formada por grupos heterogêneos coexistindo diante de uma tensão permanente de domínio (MELLO, 2004, p. 55).

Torna-se difícil negar que na esfera internacional os Estados se relacionam, em sua maioria, dentro de um ambiente societário. A ordem jurídica existente, que rege essa sociedade internacional, nasce junto com esta. Nessa perspectiva, as características dessa ordem são um reflexo dessa conjuntura societária na qual se forma.

Dessa forma, a sociedade internacional está inserida em uma ordem jurídica descentralizada, tendo em vista que a coexistência de diversos entes soberanos, como ponto de partida para a realização de um Direito Internacional, não traz nenhum eixo central de surgimento dessas normas. Assim, estas surgem de uma interação entre os sujeitos autores e ao mesmo tempo destinatários da norma.

O sistema normativo é relaciona, ou seja, decorre da interação direta entre os atores que concorreram para a sua formação. Assim, há uma exata coincidência entre eu autor e destinatário. Pelo fato de não haver qualquer poder central (anarquia) ou valor que agregue essa sociedade, pode-se afirmar que esta é descentralizada, o que significa dizer que são os próprios Estados os que formulam e aplicam as normas (LAGE, 2008, p. 24).

Há de se observar, assim, que, sendo a vontade a fonte material do Direito Internacional Clássico, o surgimento das normas internacionais, repousa em uma fonte complexa e múltipla, que aparece a cada relação constituída entre os mais diversos Estados. Em outras palavras, a cada Estado que sobrevier a vontade de estabelecer uma regra para si em sua relação com outro Estado, tem-se uma nova norma internacional constituída.

Sendo cada ente soberano para manifestar seu consentimento em se obrigar a norma internacional, cada regra produzida por dois ou mais Estados, emana da mesma fonte, qual seja, a vontade estatal. Nesse sentido, nenhuma norma terá capacidade de se sobrepor a outra e com isso a ordem internacional descentralizada carrega duas outras características, quais sejam, a horizontalidade das normas - dessa forma, se o sistema se mantivesse preso a essa ideia clássica do Direito Internacional, seria impensável a produção de uma norma imperativa<sup>18</sup> - bem como a característica de coordenação dos entes em suas relações.

Ao passo que todas as estruturas legais de todas as sociedades, exceto as mais primitivas, são hierárquicas e a autoridade é vertical, o sistema internacional é horizontal, sendo constituído por mais de 190 Estados independentes, todos iguais teoricamente (uma vez que todos possuem a característica da soberania)

---

<sup>18</sup> Sobre esse assunto, ver tópico 2.2.2 infra.

reconhecendo todos que não há nenhuma autoridade superior à sua própria (SHAW, 2008, p.6) <sup>19</sup>.

Nesse sentido, a ordem jurídica clássica torna-se ambiente favorável à prevalência do poder, no qual o arranjo estatal está livre para se refazer sempre que necessário.

### 3.1.2. *As teorias formalistas*

O marco inicial desse direito clássico será em, 1648, em Westfália, mas desde o início da Idade Moderna, já se teria conhecimento da teoria voluntarista e que se tornou a base teórica que fundamenta a composição dessa sociedade por Estados soberanos, capazes de consentir em se obrigar e com isso se relacionar nessa nova ordem social e equilibrar seus poderes em tratados internacionais.

As teorias formalistas compõem o núcleo das teorias positivistas do direito, que o estabelecem como uma ciência que deve ser observada enquanto tal. Nesse sentido, ele deve ser despojado de qualquer valoração ou elementos éticos, rejeitando assim qualquer ideia de direito natural inerente ao homem, conforme expõe Malcolm Shaw (2008):

A proliferação de poder dos Estados e a crescente sofisticação das legislações nacionais deram força à ideia de que as leis eram basicamente comandos emanados por uma pessoa ou uma instituição soberana. As questões de ética e moral foram irrelevantes nas discussões sobre a validade das leis feitas pelos homens. Essa abordagem foi transferida para cenário internacional e imediatamente viu-se de frente com a realidade da falta de uma autoridade soberana.

Uma vez que a lei dependida em última instância da vontade de um soberano, parece poder-se concluir que o direito internacional depende da vontade dos Estados soberanos. (SHAW, 2008, p. 29, tradução nossa) <sup>20</sup>.

De fato, a busca das teorias formalistas estava sempre voltada para algum fundamento que se restringisse à ideia do direito, enquanto ciência, pois só assim seria certo encontrar o elemento formal que o fundamentasse.

Dentre as teorias formalistas, não há receio em concluir que a teoria que mais se destacou foi a voluntarista, que por vezes é trabalhada como um núcleo independente e

<sup>19</sup> While the legal structure within all but the most primitive societies is hierarchical and authority is vertical, the international system is horizontal, consisting of over 190 independent states all equal in legal theory (in that they all possess the characteristics of sovereignty) and recognizing no one in authority over them.

<sup>20</sup> The proliferation of the powers of states and the increasing sophistication of municipal legislation gave force to the idea that laws were basically commands issuing from a sovereign person or body. Any question of ethics or morality was irrelevant to a discussion of the validity of man-made laws. The approach was transferred onto the international scene and immediately came face to face with the reality of a lack of supreme authority. Since law was ultimately dependent upon the will of the sovereign in national systems, it seemed to follow that international law depended upon the will of the sovereign states.

distinto de teorias. Outra teoria que merece destaque dentre as formalistas é a teoria normativa de Kelsen, que por vários doutrinadores é colocada como uma teoria objetivista, por conter um fundamento diverso do subjetivo, isto é, da vontade estatal. No entanto, compartilha-se aqui da posição de Celso Mello (2004) que a teoria kelseniana se classifica também como uma teoria formalista, uma vez que está pautada em um aspecto formal, qual seja, uma norma consuetudinária que dá a obrigatoriedade ao direito internacional.

### **3.1.2.1. Teoria voluntarista clássica**

O estudo da teoria voluntarista é importante para se perceber sobre quais bases o direito internacional se forma, uma vez que, sendo a primeira dentre as teorias seguintes que tentarão fundamentar o direito internacional consolidado em Westfália, é possível compreender como a sociedade internacional se apresentava no momento histórico em que a preocupação maior era estabilizar os novos Estados bem como fortalecer, estrategicamente, a ideia de soberania.

Para tanto, dois institutos clássicos serão os principais na teoria Voluntarista: soberania e Estado. O Estado é o que determina a própria existência do Direito Internacional, visto que para Vattel, por exemplo, se está diante de um sistema interestatal edificado pelo Antigo Regime, modernizado ao longo do desenvolvimento da sociedade internacional (PELLET, 2003).

Com a formação dos Estados Nacionais, a desvinculação dos reinos de uma entidade superior, como era o caso da Igreja, e a ênfase da ideia de soberania para legitimar o poder absoluto nas mãos dos reis e príncipes, configura-se uma sociedade entre Estados que se interagem a medida das suas necessidades.

Essa interação pautada no interesse será o fundamento de diversas doutrinas nos mais diferentes ramos, como a doutrina realista no ramo das relações internacionais. Pelo aspecto do Direito, a teoria voluntarista defende que os Estados só serão capazes de se interagirem, ainda que por interesse próprio, através da manifestação do consentimento em vincular-se a essas relações, visto que são entidades soberanas, dotadas de vontade própria.

Articulados com essa perspectiva analítica, os teóricos voluntaristas, ao defenderem a vontade estatal como a máxima das relações entre si, baseiam sua tese no princípio da soberania, proposto primeiramente por Bodin (1993), como o mais forte e perpétuo poder do Estado.

A doutrina considera o teórico Jean Bodin (1993) como um dos primeiros a trabalhar essa ideia que passou a ser fonte da explicação do absolutismo dos reis dos novos Estados Nacionais. Isto é, essa abordagem sobre soberania proposta por Bodin (1993) constituiu-se como ponto central para a justificação do poder emanado pela autoridade central.

A ideia de soberania é extremamente importante para se contemplar o processo de consolidação do principal sujeito da ordem internacional, qual seja, o Estado. Nesse sentido, é pertinente e importante entender que um Estado só pode ser compreendido como tal, quando se tratar de uma comunidade autônoma capaz de exercer plenamente a sua soberania. (BULL, p. 13).

Ainda, segundo Pellet (2003), é certo que o “Estado não é a única colectividade humana que pode gabar-se de dispor de uma população, de um território e de um <governo> efectivo”. No entanto, só merece a designação de Estado, “as colectividades cujo governo é independente e soberano” (PELLET, 2003, p. 432).

Assim, o Estado se caracteriza pela soberania. No entanto, esta, por vezes, se encontra distorcida em vários aspectos quando interpretada no ambiente internacional. Utilizando da expressão de Pellet (2004), muitas vezes o que se vê são definições “jornalísticas” de soberania, que a tornam incompatíveis com a realidade jurídica internacional.

A noção de soberania está positivada no âmbito interno como um princípio norteador do Estado, facilmente verificada nas Constituições internas, a exemplo da Constituição Brasileira de 1988, em seu artigo 1º, I.

Assim, como critério do direito interno, soberania é algo absoluto e ilimitado. Isto é, dentro de seu território, o Estado há de ser absolutamente soberano, não havendo nenhum outro comando que não o seu próprio, ainda que o poder soberano emane do povo, como a maioria das Constituições liberais da atualidade prevê. Ainda, esta atuação interna há de ser ilimitada, no sentido de não haver nenhuma restrição ao próprio Estado quanto à sua autodeterminação.

Com isso, verifica-se que no cenário internacional “há tantos entes soberanos quanto são os Estados, ao número de mais de 190 no mundo contemporâneo” (PELLET, 2004, p. 5)

A soberania é então um princípio que deve ser respeitado, visto a sua regulamentação da sociedade internacional, mas, principalmente, deve ser entendido como uma característica plena que “significa somente que o Estado não está subordinado a nenhum outro mas que deve respeitar regras mínimas garantindo privilégio a todos os outros” (PELLET, 2003, p. 85). Dessa forma, deve-se entender que não há o que se falar sobre relativização de soberania.

Não é necessário todavia aderir a concepção absolutista da soberania, quanto mais não seja porque, na sociedade internacional contemporânea, amplamente interestatal, a soberania de cada Estado colide com as dos outros Estados, concorrentes e iguais. Portanto, contrariamente ao que escrevem os autores voluntaristas, a limitação da soberania não deriva da vontade do Estado mas das necessidades da coexistência dos sujeitos de direito internacional. (PELLET, 2003, p. 434)

Assim, na sociedade internacional “coexistem entidades iguais, tendo as mesmas pretensões ao exercício da soberania absoluta” (PELLET, 2003, p.85) e é o direito internacional que irá regular a coexistência das diversas soberanias no âmbito internacional, sendo sua atuação indispensável. Não é possível imaginar um Estado se sobressaindo solitariamente, pois, até mesmo para o reconhecimento de sua existência, é necessária a aprovação de outro Estado. A boa regulamentação da sociedade internacional por um direito próprio que irá mediar a coexistência das soberanias é o que torna possível a própria existência de um Estado.

Com a teoria voluntarista clássica, a soberania ficou registrada como o elemento principal das relações estatais. É através dessa teoria que se estabelece, pela primeira vez na doutrina, o extremo respeito à vontade estatal, que só poderá se manifestar através do consentimento, visto o caráter soberano do Estado e com isso fundamentando as novas bases para as relações estatais que passam a surgir no âmbito internacional.

A teoria do voluntarismo jurídico é a considerada corrente principal do pensamento formal do direito internacional. A partir da consagração da soberania, como instituto principal na manutenção do status quo dos Estados, a doutrina clássica fundamentou a norma internacional na vontade estatal, que deve ser manifestada através do consentimento em obrigar-se. Isto é, o direito internacional é, para os formalistas, um sistema normativo oriundo da figura formal do consentimento. Este é de fato o elemento central da formação da norma internacional, mas que com o tempo e por outros doutrinadores, deixou de ser o único.

Para essa teoria o ato criacional da norma internacional é formado por dois elementos, subjetivo e objetivo, tendo como o elemento subjetivo, a vontade, por se tratar de ato livremente expresso, (seria essa vontade o fundamento da norma internacional) e como objetivo o consentimento, enquanto procedimento para se expressar a vontade. Nesse sentido, o elemento objetivo (formal) está assentado no elemento subjetivo.

Por se tratar da própria vontade, os Estados, mesmo para a doutrina voluntarista, não perdem sua independência ou soberania ao contraírem obrigações internacionais. Ao contrário, contrair obrigações com outros Estados é também um exercício da própria soberania.

O que não pode haver é alguma norma regulando essa vontade. Nesse sentido, “[o]s autores que defendem uma concepção voluntarista da sociedade internacional e do DIP, isto é, aqueles que sustentam serem ambos o resultado da vontade dos Estados, não podem admitir a existência de normas imperativas” (MELLO, 2004, p. 85)

Conclui-se que inexistente norma sem vontade e consentimento, no entanto, cria-se com isso insegurança jurídica, pois, muda-se a vontade, muda-se a norma. Nesse sentido, aos poucos a teoria voluntarista clássica foi se enfraquecendo na sua integralidade, no entanto, é percebendo-a que se é capaz de vislumbrar o quanto a vontade, o consentimento e a soberania se tornaram os fundamentos jurídicos mais relevantes no período westfaliano de consolidação do Direito Internacional clássico.

### **3.1.2.2. Teoria normativista kelseniana: instituição da norma fundamental**

A teoria jurídica de Hans Kelsen tomou como base a corrente de pensamento iluminista (do século XVIII) que tinha como pressupostos o racionalismo, a clareza e a brevidade. Os iluministas acreditavam que o direito até então era um amontoado de normas e valores acumulados no decorrer de toda história da humanidade.

Nesse sentido, Kelsen procedeu ao desenvolvimento de uma teoria jurídica que fosse capaz de conhecer o direito puro, sem interferências de outras ideias que estivessem carregadas na sociedade. De certa forma ele desconsidera o contexto social e foca somente na rigidez do texto jurídico, desconsiderando especificidades para criar um rigor padrão geral, pressupondo a norma. Para Malcolm Shaw (2008), essa de teoria pura foi o extremo em que chegaram as ideias positivistas:

Esse tipo de entendimento do direito na sociedade chegou ao ápice com a “teoria pura do direito”, de Hans Kelsen. Kelsen definia o direito unicamente em função de seus elementos e deixava completamente de lado qualquer elemento da justiça, que deveria ser examinada pela disciplina da ciência política. Política, sociologia e história foram todas extraídas dessa teoria pura, cuja meta era construir uma estrutura lógica unificada baseada numa avaliação formal (SHAW, 2008, p. 49-50, tradução nossa)<sup>21</sup>.

Kelsen (2003) acreditava na ideia de que o direito só existe como tal se for codificado, para que mantivesse toda a objetividade que seus ideais propunham. Nesse aspecto, o

---

<sup>21</sup> This kind of approach to law in society reached its climax with Kelsen’s “Pure Theory of Law”. Kelsen defined law solely in terms of itself and eschewed any element of justice, which was rather to be considered within the discipline of political science. Politics, sociology and history were all excised from the pure theory which sought to construct a logical unified structure based on a formal appraisal.

fundamento de vigência da norma interna se assentaria em uma norma posta, qual seja, a norma fundamental constitucional.

No entanto, Kelsen (2003) passa a perceber que nem sempre o Direito se fundamentaria de uma norma posta. Seria o caso, quando um novo governo, formado por revolução, modifica a ordem interna e determina uma nova. Assim, não haveria em que se falar em Constituição anterior que o legitimasse, mas sim no reconhecimento desse governo pelo Direito Internacional.

Nesse sentido, o Direito Interno estaria assentado na norma fundamental do Direito Internacional. O problema de Kelsen (2003) estava, então, em desvendar essa norma. Primeira observação é que essa norma seria uma norma pressuposta e não posta como a interna, tendo em vista que “ela representa o pressuposto sob o qual o chamado Direito internacional geral, isto é, as normas globalmente eficazes, que regulam a conduta de todos os Estados entre si, são consideradas como normas jurídicas que vinculam os Estados” (KELSEN, 2003, p. 240)

Para os voluntaristas, esse pressuposto seria a vontade, no entanto, a vontade seria demasiadamente volúvel para ser considerada uma norma fundamental, ainda que pressuposta. Assim, Kelsen (2003) entende que para gerar segurança seria necessário que o consentimento assentasse na própria ideia de direito e não tão somente na vontade do Estado soberano, contrariando o fundamento formal da teoria voluntarista, mas tão somente objetivando colocar outro fundamento no lugar.

Primeiramente, Kelsen (2003) verifica que as normas do direito internacional são constituídas pela conduta efetiva dos Estados, que em seu ato mais simples se caracteriza pelo costume em criar obrigações, isto é, em produzir o Direito. Esse costume por sua vez é permitido se instituir por base da norma fundamental que o legitima.

Essa norma fundamental diria que: “os governos dos Estados, devem conduzir-se nas suas relações mútuas em harmonia com um dado costume dos Estados, ou: a coação de um Estado contra outro deve ser exercida sob os pressupostos e pela forma correspondentes a um dado costume” (KELSEN, 2003, p. 250).

Assim, a norma fundamental se formula através de um princípio, qual seja, o *pacta sunt servanda*, pressuposto fundamental de todo o Direito consuetudinário. Em outras palavras, para Kelsen (2003), para que se tenha a formação de uma norma, deve-se assentar em um pressuposto fundamental, traduzido em forma de princípio, que determina que uma vez pactuado, tem-se uma norma internacional que deve ser respeitada. Esse é o fundamento sob o qual se constitui uma norma.

Segundo Celso A. de Mello (2004), posteriormente Kelsen abandona a ideia do *pacta sunt servanda* e considera a norma costumeira como a norma capaz de gerar a obrigatoriedade do Direito, sem explicar qual seria esse fundamento, isto é, sem explicar o motivo de ser a norma obrigatória. Assim, ainda na concepção de Celso Mello (2004), a teoria kelseniana é formalista, por se pautar em um ato formal constituidor da norma, que apenas explica o Direito já existente, o que a torna uma teoria a serviço da política existente, pois não define previamente como esse direito deve nascer.

Outras teorias formalistas também irão explicar a obrigatoriedade do direito com base em regras e princípios, muitas vezes indemonstráveis, e que torna limitada a pesquisa sobre o verdadeiro fundamento do Direito visto que se deve apenas aceitar o princípio tal qual ele é.

### **3.2. O desenvolvimento de uma comunidade internacional: da Ordem pública internacional ao reconhecimento do *jus cogens***

O enfraquecimento da figura do Estado fez com que a dinâmica da sociedade internacional evoluísse para uma nova perspectiva sob a qual não mais se vislumbra a intensa necessidade de reforçar as condições de manutenção do status quo desses entes como sendo os únicos a comandar o sistema internacional.

A globalização do capitalismo faz com que o poder não esteja mais disponível apenas nas mãos de quem detém o controle do território. Isto é, os governantes não mais possuem o controle e a submissão da população em suas mãos e não são os únicos sujeitos nem os mais importantes, pois já não é mais o Estado o único ente capaz de fortalecer a economia e garantir a segurança aos indivíduos.

Ainda, o surgimento de novos Estados, os fatos decorrentes dos desajustes de uma sociedade internacional pautada exclusivamente na soberania, como as guerras, e o incremento da cooperação pacífica para atingir certos interesses comuns dos atores internacionais, fizeram com que junto a essa sociedade internacional passasse a subsistir um novo ambiente de relações entre os Estados, qual seja, a comunidade internacional, na qual novas regras de direito internacional serão contempladas a fim de regular as ações comuns, pautadas em valores também comuns a todos os sujeitos nela envolvidos.

A comunidade internacional é hoje um grupo social em transição, porque sobre ela incide, por um lado, o passado de vários séculos como uma sociedade de Estados soberanos, ainda presente em boa medida na atualidade. Mas também, por outro lado, as mudanças experimentadas a partir da primeira Guerra Mundial e que têm

sido acentuadas na era das Nações Unidas (1945), orientam para outras finalidades (CAMPOS et al. 1998, p. 64, tradução nossa)<sup>22</sup>.

Nesse sentido, percebe-se que a ideia de sociedade não mais explicaria o sistema, devendo esta, aos poucos, ser substituída por comunidade, quando se verifica o reconhecimento de valores comuns a serem protegidos em detrimento aos interesses estatais próprios a serem alcançados.

A dinâmica da ordem internacional, bem como do direito que a regula passa a enfraquecer a ideia exclusiva de consentimento em diversas situações na realidade internacional. Principalmente depois do fortalecimento da busca da segurança coletiva pela punibilidade, como por exemplo, com os tribunais penais (TPI e outros), mesmo antes da ONU, 1945, quando os Estados começam a reconhecer o movimento de delegação do consentimento a entidades internacionais tais como os Tribunais. A delegação da soberania, principalmente no tocante à ONU demonstra o movimento dos Estados em prol de interesses comuns, em uma estrutura multilateral.

Para Cançado Trindade (2006) é possível, com base na análise da jurisprudência e da doutrina internacional contemporânea, depreender

o despertar de uma consciência jurídica universal [...], para reconstruir, neste início do século XXI, o Direito Internacional, com base em um novo paradigma, já não mais estatocêntrico, mas situando o ser humano em posição central e tendo presentes os problemas que afetam a humanidade como um todo (TRINDADE, 2006, p. 91).

Um novo paradigma pressupõe o fim de um velho. Neste caso, há de se ressaltar que o presente trabalho não entende a evolução do Direito Internacional como uma ruptura de um paradigma tradicional para um novo, pois ainda não se vislumbra o fim do Direito Internacional na sua forma tradicional. De toda sorte, há sim uma nova consciência que surge para fazer a força contrária ao movimento tradicional da ordem internacional, gerando nesta uma tensão que sustenta a dinâmica atual do cenário internacional, ora com caráter societário, ora com caráter comunitário.

O importante é perceber que com a dinâmica da sociedade internacional desenvolvendo-se em termos de comunidade, torna-se possível ao Direito Internacional se portar em prol de uma busca social por valores comuns.

---

<sup>22</sup> La comunidad internacional es hoy un grupo social en transición, pues sobre ella inciden, de un lado, el pasado de varios siglos como sociedad de Estados soberanos, aun presente en buena medida en la actualidad. Pero también, de otro lado, los cambios experimentados a partir de la Primera Guerra Mundial y que se han acentuado en la era de las Naciones Unidas (1945), orientándola hacia otras finalidades diferentes

### ***3.2.1. Comunidade internacional: a consolidação de valores na ordem pública internacional***

A ideia de uma formação de comunidade no ambiente internacional é fortemente refutada por uma larga gama de jusinternacionalistas<sup>23</sup>. O termo “comunidade” é conhecido por caracterizar um ambiente de formação natural, no qual se manifestam o prazer, os hábitos comuns, bem como onde se reconhece uma memória que une os indivíduos que pertencem ao grupo e que não se reúnem por uma escolha consciente, mas sim por cooperação natural (MELLO, 2004).

Os adeptos à ideia de existência de uma comunidade internacional defendem a união dos sujeitos, pautados em valores comuns que existiram desde sempre, mas que primordialmente e conscientemente estão cada vez mais definidos, desde 1945, com a criação das Nações Unidas e a necessidade de manutenção da paz e da segurança internacional.

Assim, desde as revoluções burguesas, pôde-se perceber a preocupação dos indivíduos em retomar seu papel na sociedade como um todo. O século XVIII, ainda arraigado do ideal estatal na ordem internacional, já dava sinais da manifestação do indivíduo enquanto senhor de si e protagonista da história, porém muito mais no âmbito interno do que no âmbito internacional.

As revoluções americana e francesa marcaram o pensamento da época encorajando a sociedade a defender a liberdade dos indivíduos acima do poderio estatal. Em decorrência de tais revoluções foi possível estabelecer os direitos liberais, considerados os direitos de primeira geração do tardio direitos humanos, mas principalmente marcando o início do pensamento dos direitos fundamentais, isto é, do âmbito interno.

Teorias sobre as liberdades individuais surgiram no pensamento político da época. A maioria desses pensamentos estava ligada ao âmbito interno. No entanto, algumas chegaram a serem concluídas no âmbito internacional, isto é, pensadores, como Immanuel Kant, por exemplo, já percebiam que as realizações das liberdades individuais só estariam completas e só fariam sentido se findassem em uma busca para além das fronteiras estatais. Assim, percebe-se que, aos poucos, os valores internos deveriam ser transferidos para o âmbito internacional.

---

<sup>23</sup> O motivo pelo qual não se aceita o emprego dessa expressão está baseado na descrença da formação do ambiente internacional por escolhas inconscientes. Ao contrário, a grande maioria da doutrina internacionalista garante que o cenário internacional está formado por uma escolha consciente com objetivos individuais a serem buscados por cada membro.

Parte-se, portanto, de um direito descentralizado e horizontal para se dirigir na direção de uma analogia com uma Constituição material, definida como um conjunto de valores estruturados de uma determinada sociedade. Este conjunto normativo, independente das fontes formais e originárias, prevê uma hierarquia de valores a serem protegidos (BRANT, 2002, p. 281).

Com valores estabelecidos e regendo as relações no ambiente internacional, o direito se torna capaz de ter como fundamento algo novo, que não mais, a vontade soberana. Isto é, formando as relações entre os atores internacionais com base em valores comuns, o direito que delas surgir será fundamentado nesses valores e não mais no que interessar particularmente a cada sujeito internacional.

A partir de então, viu-se o aparecimento de novos sistemas normativos, no âmbito do direito internacional, regidos por ideais não mais baseados puramente nas vontades estatais, como por exemplo, o Direito Humanitário, que surge no século XIX<sup>24</sup>, estabelecendo limites às guerras com o intuito de torná-las mais dignas. É o exemplo da cláusula Martens.

A referida cláusula merece destaque, segundo Trindade (2006), pois sua trajetória histórica permeia mais de um século. Ela foi criada por Fredrich Von Martens, com base no direito natural e em regramentos das forças armadas do Reino Unido e Escócia datados de 1643, e apresentada à sociedade internacional na Conferência de Paz de Haia de 1899 e inserida nas convenções de 1899 e de 1907 sobre Direito Humanitário.

Como formulado em 1899, a cláusula Martens afirmou: "que nos casos não incluídos nos Regulamentos..., as populações e os beligerantes permanecem sob a proteção e o império dos princípios de direito internacional, tal como resultam dos usos estabelecidos entre as nações civilizadas, pelas leis da humanidade e as exigências da consciência pública" (MERON, 2003, p. 42, tradução nossa, grifos nossos)<sup>25</sup>.

A proposição da cláusula Martens foi estender proteção à civis e combatentes durante as guerras e quaisquer situações de conflito, invocando os princípios do direito internacional, com base nas leis da humanidade e de uma exigência de consciência pública, que demonstra um patamar mínimo de dignidade do ser humano já existente na consciência coletiva do mundo ocidental, ou como bem retratado na própria cláusula, das nações civilizadas.

A adaptação da cláusula Martens ao pensamento contemporâneo, em uma reedição nos Protocolos Adicionais da Convenção de Haia, consolidou a ideia de princípios da

<sup>24</sup> Sobre a inserção histórica do Direito Humanitário na sociedade internacional, ver capítulo 4, infra.

<sup>25</sup> As formulated in 1899, the Martens Clause stated: "that in cases not included in the Regulations..., populations and belligerents remain under the protection and empire of the principles of international law, as they result from the usages established between civilized nations, from the laws of humanity, and the requirements of the public conscience

humanidade, ao invés de leis da humanidade, bem como a ideia de ditames de consciência pública, no lugar de exigência de consciência. Assim, “[o]s princípios da humanidade e os ditames da consciência pública tem sido fatores de restrição da liberdade do Estado para fazer o que não é expressamente proibido por Tratados ou costumes” (MERON, 2003, p. 48, tradução nossa)<sup>26</sup>, isto é, consolidou a ideia de que existem valores para além da vontade estatal e que devem restringir a mesma no que diz respeito ao tratamento do indivíduo em tempos de guerra e de paz.

Segundo Trindade (2006), a cláusula Martens deve ter uma aplicação continuada, se sobressaindo ao longo do tempo, frente às novas situações e aos avanços de tecnologias.

A cláusula Martens continua, assim, a servir de advertência contra a suposição de que o que não esteja expressamente proibido pelas Convenções de Direito Internacional Humanitário poderia estar permitido; muito ao contrário, a cláusula Martens sustenta a aplicabilidade continuada dos princípios do direito das gentes, das leis de humanidade e das exigências da consciência pública, independentemente do surgimento de novas situações e do desenvolvimento da tecnologia. A cláusula Martens impede, pois, o *non liquet*, e exerce um papel importante na hermenêutica e aplicação da normativa humanitária (TRINDADE, 2006, p.95).

A cláusula Martens é considerada hoje, para Trindade (2006) a fonte material principal do Direito Humanitário e está inegavelmente dentro do domínio do *jus cogens*, isto é, seu alcance está para além do próprio Direito Humanitário, sendo ela afirmada a favor de todo ser humano dentro do direito internacional geral.

Por diversos momentos a cláusula foi invocada, como descreve Meron (2003): “A cláusula Martens influenciou governos, conferências internacionais e os meios de comunicação e, portanto, tem sido um fator significativo na obra de conferências internacionais de normalização, tribunais e relatores da organização das Nações Unidas” (MERON, 2003, p. 48, tradução nossa)<sup>27</sup>, nas jurisprudências da CIJ, quando, por exemplo, ausente os costumes ou convenções relativas ao problema das armas nucleares<sup>28</sup>; ainda, nos instrumentos de Direitos Humanos, exemplificada pela Resolução XXIII da Conferência de Teerã sobre Direitos Humanos de 1968, bem como utilizada em diferentes códigos militares pelo mundo, a exemplo dos códigos dos EUA, Reino Unido e Alemanha.

<sup>26</sup> The principles of humanity and the dictates of public conscience have been restraining factors on the freedom of State to do what is not expressly prohibited by treaty or custom

<sup>27</sup> [t]he Martens Clause has influenced Governments, international conferences, and the media, and has therefore been a significant factor in the work of international standard-setting conferences, tribunals, and United Nations rapporteurs

<sup>28</sup> Ver Parecer da CIJ sobre Nuclear Weapons no capítulo 4, infra.

No século XIX, a ideia de valores a serem respeitados no mundo foi proposta também por Heffter que entendia que os tratados não podiam violar a “ordem moral do mundo” no século seguinte, antes de se consolidar a ideia de *jus cogens*, George Scelle já acreditava que haviam normas costumeiras superiores a serem seguidas. Ainda nesse mesmo período, após a 2ª Grande Guerra, Mosler também defendia a ideia de valores fundamentais na ordem internacional (MELLO, 2004).

E será justamente após a 2ª Grande Guerra que se constatará o uso da expressão *ordem pública internacional* pela primeira vez, segundo Mello (2004). Nesse sentido, após uma retomada das doutrinas clássicas (do direito natural)<sup>29</sup> e com o advento da 2ª Grande Guerra que mostrou ao mundo a necessidade de controle sobre as pretensões humanas em prol das suas aspirações de paz e justiça, se consagrou a ideia de ordem pública internacional, formada de valores comuns e superiores capazes de regularem as ações dos sujeitos no cenário internacional.

O reconhecimento de certos *valores* fundamentais, com base em um sentido de justiça objetiva, tem em muito contribuído à formação da *communis opinio juris* nas últimas décadas do século XX e início do século XXI (com uma dimensão bem mais ampla que a de simples elemento subjetivo do costume internacional). Para isto têm em muito contribuído as organizações internacionais, sobre tudo as de âmbito universal, como porta-vozes dos interesses da comunidade internacional como um todo (TRINDADE, 2006, p. 403).

Assim, a consolidação de uma ordem pública internacional está permeada pela ideia de proteção do indivíduo, consagrada no Direito Humanitário e nos Direitos Humanos, seguido pela institucionalização, com a formação das organizações internacionais e firmado pela reafirmação de valores existentes na comunidade internacional.

### **3.2.2. *Jus cogens: o processo de hierarquização dos valores***

A expressão que deu origem ao termo *jus cogens* foi utilizada pela primeira vez, ao que se têm notícias, na forma *iure cogente*, em um texto para tratar do assunto de adoção, não estando assim muito próxima do que se conhece hoje (MELLO, 2004). Outras utilizações desse termo foram verificadas ao longo da história do direito, porém, antes do século XX, sempre no Direito Interno, mais propriamente no Direito dos Estados que adotam a Common Law. De toda sorte, o surgimento dessas normas remonta a uma concepção do direito natural,

---

<sup>29</sup> Sobre esse assunto ver seção 3.2.3.1. infra.

na qual é possível verificar a existência de determinadas regras reconhecidas por um longo tempo como regras com prevalência sob as demais regras positivas.

Como explica o professor português Jorge Miranda (2012), no âmbito internacional

[o] desenvolvimento do *jus cogens* tem como pano de fundo alguns fatores ou tendências nem sempre coincidentes: a nova consciência do primado dos direitos das pessoas, após os cataclismos provocados pelos regimes totalitários e pela Segunda Guerra Mundial; as novas exigências de paz e de segurança coletiva e a crise de soberania; a ideia de autodeterminação dos povos e o aparecimento de novos Estados empenhados em refazer a ordem internacional; e o impulso dado pela ciência internacionalista (MIRANDA, 2012, p. 118).

Uma discussão doutrinária versa sobre o primeiro aparecimento da ideia de *jus cogens* para o sistema internacional. Sabe-se ao certo que as primeiras referências ao termo *jus cogens*, no direito internacional, estão marcadas nos relatórios da Comissão de Direito Internacional, da ONU.

Na relatoria de Hersch Lauterpaht, em 1953, há a ideia de uma norma imperativa, porém sem atribuí-la a algo específico. Isto é, como se pode verificar nos dois volumes do “Yearbook of International Law Commission” (ONU, 1953a/b) do referido ano, não existe menção expressa a essa ideia exata de *jus cogens*.

A menção exata do termo será constatada apenas nos relatórios de 1958, (ONU, 1958b), quando tratou em alguns artigos (17, 18 e 22) de casos de invalidade de normas ao entrarem em conflito com “regras imperativas e absolutas ou proibições do direito internacional de natureza de *jus cogens*” (ONU, 1958b, p. 27, tradução nossa)<sup>30</sup>.

No entanto, o *jus cogens* só aparece como se conhece atualmente em 1963, com Humphrey Waldock na relatoria da CDI.

"Jus cogens" significa uma norma peremptória do direito internacional geral, da qual nenhuma derrogação é permitida exceto em uma situação especificamente sancionada pelo direito internacional geral, e que pode ser modificada ou anulada apenas por uma ulterior norma de direito internacional geral (ONU, 1963b, p. 39, tradução nossa)<sup>31</sup>.

Assim, a instituição do *jus cogens* no direito internacional se deu em uma fase de “revisionismo jurídico”, forçado, principalmente, pelos novos Estados e pelos Estados socialistas.

<sup>30</sup> absolute and imperative rules or prohibitions of international law in the nature of *jus cogens*

<sup>31</sup> “Jus cogens” means a peremptory norm of general international law from which no derogation is permitted except upon a ground specifically sanctioned by general international law, and which may be modified or annulled only by a subsequent norm of general international law

Essas normas especiais, denominadas regras de *jus cogens*, ou direito cogente, imperativo ou vinculativo, possuem força jurídica superior a qualquer outra norma de Direito Internacional, com a característica de serem evolutivas e suscetíveis de transformação e de enriquecimento pelo aditamento de novas normas.

A conceituação desse instituto se deu oficialmente na Convenção de Viena sobre Direitos dos Tratados, em seu artigo 53:

Artigo 53 - Tratado em Conflito com uma Norma Imperativa de Direito Internacional Geral (*jus cogens*)

É nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza. (ONU, 1969)

Como se vê, as normas imperativas de direito internacional geral são normas hierarquicamente superiores às demais e possuem uma força jurídica própria que vai além da vontade dos sujeitos de direito internacional e que somente podem ser derogadas por outras normas de mesma natureza, ou seja, de *jus cogens*.

Importante destacar duas características: i) que não há hierarquia de fontes, mas somente hierarquia de normas jurídicas internacionais, tal como se verifica pela prevalência das normas imperativas sobre as demais normas previstas em tratados e outras fontes do Direito Internacional; ii) nenhuma norma é eternamente irrevogável, ocorre que em alguns casos haverão normas com procedimentos específicos de revogação, isto é, no DIP existem normas (as imperativas) que são insuscetíveis de derrogação por livre vontade dos Estados, enquanto outras podem ser facilmente derogadas. Assim, para Campos (1998), a não derrogação da norma, ou a sua imperatividade, significa que os destinatários devem “ajustar sua conduta ao conteúdo da norma” (CAMPOS, 1998, p. 104, tradução nossa)<sup>32</sup>.

Após o reconhecimento da existência da norma de *jus cogens* para a comunidade internacional, o problema passou a ser a identificação de tais normas dentre tantos princípios de direito dedutíveis.

Celso Mello (2004), concordando com Salcedo, entende que podem ser consideradas normas de *jus cogens*: i) igualdade jurídica dos Estados e o princípio de não-intervenção; 2) a proibição do uso da força nas relações internacionais e a obrigação da solução pacífica das

<sup>32</sup> ajustar su conducta al contenido de la norma.

controvérsias; 3) o princípio da autodeterminação dos povos; 4) os direitos fundamentais do homem. Porém, Celso Mello (2004) admite que somente o princípio da proibição do uso da força é de fato considerado *jus cogens*.

Concordamos com o internacionalista espanhol de que tais normas devem ser *jus cogens*, mas na realidade parece-nos que só uma é reconhecida como tal nas relações internacionais: a proibição do uso da força. Outros exemplos que têm sido apontados como sendo de *jus cogens* é a liberdade dos mares e o direito humanitário. Ou ainda a ideia de patrimônio comum para a Área que pelo art. 311 da Convenção de Direito do Mar (1982) se estabelece que os Estados se comprometem a não fazerem emendas e nem participarem de acordos que contrariem este princípio (MELLO, 2004, p. 86)

A discussão a respeito da identificação das normas de *jus cogens* é ampla. Mas de fato é recorrente na doutrina o reconhecimento da proibição do uso da força e dos princípios de Direito Humanitário como tais normas. Outros princípios também são, varias vezes, qualificados como *jus cogens*, como a proibição ao genocídio, à escravidão, à pirataria, entre outros. No entanto, como bem ressalta Meron (2003),

convenções multilaterais que proíbem a escravidão, pirataria e genocídio contêm cláusulas de denúncia. Se o Estado pode ser liberado através de denúncia de tais obrigações convencionais, como podem estas convenções instituírem normas que Estados não podem derogar por outros Tratados? (MERON, 2003, p. 205, tradução nossa)<sup>33</sup>.

O certo é que as normas de *jus cogens* criam obrigações *erga omnes*<sup>34</sup> e são derivadas dos ideais jusnaturalistas. Nesse sentido, identificar a norma de *jus cogens* é um trabalho constante que dá a essa norma o seu caráter substancial e axiológico, avesso à necessidade de formalidade.

O conceito de *jus cogens* baseia-se na aceitação de valores fundamentais e superiores dentro do sistema e com os devidos limites está relacionado com a noção de ordem pública ou interesse público nos ordenamentos jurídicos nacionais. Ele também reflete a influência do pensamento jusnaturalista (SHAW, 2008, p. 125-126, tradução nossa)<sup>35</sup>.

Ademais, pode-se dizer sobre as normas de *jus cogens* que: i) essas normas são uma criação que recebeu maior empenho dos Estados do 3º mundo, mas adaptando-se sempre aos

<sup>33</sup> multilateral conventions which prohibit slavery, piracy, and genocide contain denunciation clauses. If State can be released through denunciation from such conventional obligations, how can these conventions State norms from which States cannot derogate by treaty?

<sup>34</sup> Sobre esse assunto ver seção 4.2.3. infra.

<sup>35</sup> The concept of *jus cogens* is based upon an acceptance of fundamental and superior values within the system and in some respects is akin to the notion of public order or public policy in domestic legal orders. It also reflects the influence of Natural Law thinking.

interesses europeus, uma vez que, por exemplo, é aceito como tal o princípio da proibição do uso da força, mas negado a caracterização econômica dessa força como desejado pelos Estados marginais (CAMPOS, 1998); ii) não é necessário, para a consagração de um *jus cogens*, a aceitação unânime dos mais de 190 Estados que compõe a comunidade internacional, sendo exigida tão somente uma ampla maioria composta pelos mais diversos tipos de Estados ao redor do globo (MELLO, 2004) <sup>36</sup>; iii) por fim, “o *jus cogens* é uma criação antipositivista, porque ele aniquila os tratados injustos a despeito de sua validade formal” (MELLO, 2004, p. 87), mas também porque se pode dizer que “não existe hoje nenhum texto internacional no qual se identifique as normas de *jus cogens*” (CAMPOS, 1998, p. 106).

Cumprе ressaltar que outras posições na doutrina sobre as normas de *jus cogens* também são verificadas, com autores, por exemplo, que nem ao menos reconhece a existência de tais normas, ainda que esta já esteja positivada e defendida também na jurisprudência internacional.

### **3.2.3. As teorias idealistas para o fundamento do direito da comunidade internacional**

A consciência de uma sociedade internacional formada na Idade Moderna está composta por ideais da máxima da vontade dos Estados soberanos, o que enrijece o sistema internacional nas mãos dos Estados que possuem a maior força de imposição de suas vontades, mantendo-o aos olhos de muitos doutrinadores como um sistema irremediavelmente anárquico.

Mas as condições sociais foram modificando-se no século XIX,

[a] força do movimento positivista diminuiu [...], tão logo as velhas certezas se desintegraram e agitação social cresceu. A Lei, como sempre, começou a refletir a pressão dominante da época e novas teorias sobre o papel do direito na sociedade foram desenvolvidas (SHAW, 2008, p. 52, tradução nossa) <sup>37</sup>.

É por necessidade ao desapego a essa ideia irrefutável de não subordinação a uma ordem superior à ordem estatal que diversos autores propõem o abandono imediato da teoria voluntarista, como exprime claramente Celso Mello (2004): “a concepção positivista-

<sup>36</sup> Para Malcolm Shaw (2008) seria fundamental a aceitação de todos da comunidade internacional, para não se correr o risco de impor uma ideologia a uma minoria contrária, mas em seguida retoma sua posição à aceitação por uma maioria significativa.

<sup>37</sup> [t]he strength of the positivist movement waned [...] as the old certainties disintegrated and social unrest grew. Law, as always, began to reflect the dominant pressures of the age and new theories as to the role of law in society developed.

voluntarista [...] deve ser abandonada, porque não explica como um novo Estado na sociedade internacional está sujeit[o] às normas internacionais mesmo que não queira se subordinar a elas” (MELLO, 2004, p. 56).

Para tanto, foram desenvolvidas teorias que ficaram conhecidas como idealistas, por retratarem um direito internacional fundamentado em valores comuns, colocando o indivíduo como centro das relações e como objetivo último das realizações da comunidade internacional. Tais teorias buscaram inspiração no chamado direito das gentes, proposto pelos jusnaturalistas dos séculos XVI e XVII, antecessores e contemporâneos da Paz de Westfália

### **3.2.3.1. Teorias jusnaturalista**

Para os jusnaturalistas, há um Direito Natural existente, superior ao direito estatal e ao positivo. A ideia de um Direito inerente ao homem e superior a qualquer outra regra imposta pelo homem, surge desde a Antiguidade, mas torna-se de suma importância na época de grande desenvolvimento do Cristianismo, com Santo Agostinho e redimensionada séculos depois com São Tomás de Aquino. Para Santo Agostinho, a lei eterna, conhecida pela Revelação espiritual, deve ser o fundamento das leis terrestre, já para São Tomás existiriam quatro níveis de lei: *lex divinae*, impossível de se deduzir pela razão, é a lei de Deus, *lex aeterna*, é o projeto de Deus para todo o universo, lei natural que é tudo que se pode deduzir racionalmente da *lex aeterna* e a *lex humanae*, que é a lei criada pelo homem com observância à lei natural. Esses teólogos seguem respectivamente as tradições platônicas (revelação, como a saída da caverna) e aristotélicas (razão). De toda sorte, há para as duas tradições uma lei superior que, independente de como deve ser conhecida (por revelação ou pela razão), é o fundamento do Direito criado pelos homens. Essa ideia de Direito Natural oriunda de Deus colocava o homem como parte de uma comunidade, com valores comuns, que aproximavam os indivíduos, com simples princípios, como o de fazer o bem e evitar o mal, por exemplo.

Ainda, a corrente do Direito Natural teve um ápice nas teorias de Vitoria e Suárez, dominicano e jesuíta, das Universidades de Salamanca e Coimbra, respectivamente. No entanto, as suas teorias foram teorias encomendadas pela Igreja e por isso os teólogos tiveram que tecer críticas contra o extermínio dos índios de maneira cautelosa. Assim, as relações de Vitória e Suárez com Deus devem ser considerada a medida que sua formação é na escolástica e ele escreve para a Igreja, nesse sentido, por exemplo, a ideia de intervenção em outros povos, pela Igreja, foi defendida por esses doutrinadores. Outro fator dessas teorias foi o reconhecimento do índio como ser capaz de decidir por si próprio, baseado na ideia do Direito

Natural, que inerente a todos os seres humanos, dava aos índios igualdade enquanto seres. Com isso, os espanhóis estabelecem o diálogo com os índios, com contratos que deveriam ser reconhecidos, pois os índios já deviam ser vistos como seres capazes de firmar tais contratos.

Nota-se que tais autores são anteriores à consolidação do Estado Nacional, quando a soberania foi proposta como algo absoluto. Nesse sentido, os autores mencionados ainda eram capazes de pensar o direito sem as amarras políticas instituídas no pós Westfália, mas estavam, por outro lado, amarrados aos ideais da Igreja católica. Ainda assim foram capazes de discordar e muito quanto a algumas posições da Igreja. Com isso, pode-se dizer que “[s]e Vitória e Suárez desempenharam um papel decisivo na formação do direito internacional, foi porque puderam fundamentar este num elemento exterior e superior aos Estados, o direito natural que, na sua época, era dotado de uma autoridade incontestável” (PELLET, 2003, p. 106).

A laicização do jusnaturalismo é instituída por Hugo Grócio, em 1625 (a secularização do DI foi pregada também por Gentili, da mesma época), que determinou, ainda que parcialmente, a razão como o fundamento desse direito, isto é, haveria um direito natural que deveria ser deduzido pela razão, mas não reconhece tal direito como um direito oriundo de Deus. O desenvolvimento do jusnaturalismo racional resumiu toda a doutrina do direito natural nessa, tendo sido os juristas católicos deixados de lado. Cumpre ressaltar, ainda, que Grócio não abandonava a ideia de existência do direito voluntário (ou positivo), como explica Pellet (2003):

Grócio colheu essa herança [o direito natural de Vitória e Suárez], que o génio remodelou através da criação da dualidade: direito natural e direito voluntário ou positivo: por um lado, pode provir validamente das vontades estatais em virtude do próprio princípio de direito natural *pacta sunt servanda*; por outro lado, é obrigatório por que o seu conteúdo é conforme aos outros princípios do direito natural. Assim, mesmo admitindo a existência de um direito internacional voluntário, Grócio não era voluntarista. A sua demonstração apoia-se, ao mesmo tempo, na forma e no fundo (PELLET, 2003, p. 106)

Mas um direito natural, universal, dedutível da razão, era uma ideia muito controversa, pois afastava o fundamento do direito de uma realidade social e, ao trazer o homem isolado como ponto de partida, individualizou-o em um estado natural e egoísta, base para o pensamento liberal tempos depois.

Levada às últimas consequências, a procura da realização do direito natural pode levar, por outro lado, a uma exaltação do individualismo incompatível com as exigências elementares da vida em sociedade.

É evidente que, de início, o recuso ao direito natural contribuiu eficazmente para a criação do direito internacional. Mas foi também, apoiando-se na autoridade do mesmo direito natural que Vattel construiu a sua própria teoria dos direitos fundamentais do Estado, assimilados abusivamente por ele aos direitos individuais, teoria que tanto travou o progresso do direito internacional (PELLET, 2003, p. 107)

Nesse sentido, por anos, o que sobreveio foram as correntes formalistas do direito internacional até que a comunidade internacional precisou resgatar valores que se sobrepusessem às arbitrariedades estatais.

O resgate do Direito Natural veio em um momento de crescente preocupação com a justiça internacional e a formação de instituições internacionais. Muitas das ideias e princípios do direito internacional hoje estão enraizados na noção de Direito Natural e na relevância de padrões éticos para a ordem jurídica, tais como os princípios de não-agressão e direitos humanos (SHAW, 2008, p. 54, tradução nossa)<sup>38</sup>

Assim, as correntes derivadas do jusnaturalismo são constantemente retomadas em momentos de crise na humanidade, isto é, quando o direito deve ser retomado enquanto instrumento de realização da justiça e das aspirações sociais.

### **3.2.3.2. Teoria kantiana da Paz Perpétua**

A teoria kantiana não apresenta apenas uma fundamentação do direito internacional, mais que isso, ela propõe o direito cosmopolita como o ponto final da evolução da sociedade de indivíduos, deixando de lado a figura do Estado, como a maioria das doutrinas idealistas que concebem a ideia de uma comunidade internacional.

Devemos lembrar ainda que, diversos autores, como Emeric Crucé, Abbé de Saint Pierre e Immanuel Kant, desenvolveram propostas de transformação do sistema internacional, que são precursoras das propostas que acabariam gerando as modernas organizações internacionais (HERZ, HOFFMANN, 2004, p. 31)

O direito cosmopolita proposto por Kant (2008) estaria fundamentado na autonomia da pessoa humana. Assim, a paz perpétua é o objetivo último da filosofia de Immanuel Kant para manutenção da liberdade, buscada desde o início do seu período crítico, quando é demonstrada a construção filosófica de liberdade, seguido pela apresentação prática.

Pode-se afirmar que estabelecer a paz universal e duradoura constitui não apenas uma parte da doutrina do direito, mas todo o propósito final da doutrina do direito

<sup>38</sup> The revival of Natural Law came at a time of increasing concern with international justice and the formation of international institutions. Many of the ideas and principles of international law today are rooted in the notion of Natural Law and the relevance of ethical standards to the legal order, such as the principles of non-aggression and human right

dentro dos limites exclusivos da razão, pois a condição da paz é a única condição na qual o que é meu e o que é teu estão assegurados sob as leis a uma multidão de seres humanos que vivem próximos uns dos outros e, portanto, submetidos a uma constituição (KANT, 2003, p. 197).

Há de se ressaltar que a obra “A Paz Perpétua: Um Projeto Filosófico” foi escrita em momento anterior à conclusão da “Metafísica dos Costumes”, na qual Kant apresenta a liberdade de cada ser humano a ser efetivada na prática individual.

Entretanto, sabe-se que a lógica do pensamento de Kant deve ser entendida tendo a obra sobre a paz perpétua como último aspecto, posterior a compreensão da filosofia prática. Kant, no decorrer de sua obra, aponta para princípios inovadores e também para aqueles que já são vistos como requisitos imprescindíveis para elaboração de qualquer constituição ou legislação de âmbito internacional, pautado nos princípios do que hoje se entende como Estado Democrático de Direito, o que seria para Kant, à época, como os princípios do republicanismo.

Com isso, a obra é dividida em duas partes. Primeiro apresentam-se os artigos preliminares que trazem proibições aos Estados para o alcance da liberdade e em seguida estão expostos os artigos definitivos, de natureza mandamental, para a permanência das liberdades e como consequência do alcance da Paz <sup>39</sup>.

Os artigos preliminares são seis e regulam a relação entre os Estados; têm o objetivo alcançar um estado de paz duradoura e, mesmo que haja guerra, estes artigos preveem maneiras pelas quais isto possa ser solucionado sem dirimir a paz no futuro. Mas ressalta-se que esses artigos não solucionam por completo as questões das guerras e, só com eles, não se concretiza a paz perpétua.

No centro da filosofia kantiana está a liberdade como fundamento da justiça e necessária a todos individual e coletivamente <sup>40</sup>. No primeiro artigo, Kant compreendia que quando há, em qualquer tratado de paz, lacunas para a guerra este se torna apenas em um

---

<sup>39</sup> Esses artigos, como quase toda filosofia kantiana, são considerados por muitos críticos como uma utopia filosófica, ao passo que para os estudiosos de Kant, seus ideais comportam elementos formadores de uma teoria não-ideal. Nesse sentido, o projeto para a paz perpétua deveria ser encarado como um modelo, um guia (como toda filosofia kantiana) para o ser humano, que dessa forma só tenderia a seguir para melhor. Seria, ainda, uma espécie da “Aposta de Pascal” aplicada à teoria kantiana: se for possível alcançar assim a paz perpétua, a humanidade teria feito a coisa certa e o objetivo seria atingido, entretanto se assim não possível, ao menos foram dados bons passos ao longo da história.

<sup>40</sup> Por isso, Kant dispõe os artigos preliminares como direção para os Estados no caminho da restituição das liberdades, sendo uns artigos com lei proibitiva (artigos 1º, 5º e 6º) e outros (artigos 2º, 3º e 4º) com lei mandatária, no sentido de autorização para adiar a execução, tendo em vista o limite do razoável para tal, uma vez que, deve-se logo restituir a estabilidade que será o pressuposto para os artigos definitivos.

instrumento de adiamento das hostilidades. Para tanto, deve haver o firme propósito dos Estados, que celebrem o tratado, em optarem pela solução pacífica de conflitos, haja vista que, em Kant, a paz significa o fim de todas as hostilidades e, dessa forma, o fim das hostilidades, ou seja, a paz deve ser o objetivo último do tratado de paz a ser celebrado.

Com referência à teoria do Contrato Social no aspecto interno, Kant argumenta que no estado de natureza, cada Estado tem a guerra como prerrogativa para preservação de seus interesses, prerrogativa esta que deverá ser abdicada para celebração da paz <sup>41</sup>.

No estado de natureza entre os Estados, o direito de ir à guerra (envolver-se em hostilidades) constitui a maneira pela qual se permite a um Estado exercer seu direito contra um outro [sic] Estado, a saber, mediante sua própria força, quando crê ter sido prejudicado pelo outro Estado, pois isso não poder ser feito no estado de natureza por meio de processo (o único meio pelo qual os litígios são resolvidos numa condição jurídica) (KANT, 2003, p.188)

Kant chama a atenção, no segundo artigo, para o fato de que o Estado não é patrimônio, ou bem, que possa ser simplesmente negociado, porque há nele pessoas que juntas significam muito mais do que uma sociedade de homens sob um território.

Um Estado não é patrimônio (patrimonium) (como, por exemplo, o solo em que ele tem a sua sede) [...]. Enxertá-lo noutro Estado, a ele que como tronco tem sua própria raiz, significa eliminar a sua existência como pessoa moral e fazer desta última uma coisa, contradizendo, por conseguinte, a ideia do contrato originário, sem a qual é impossível pensar direito algum sobre um povo. (KANT, 2008, p. 131)

Há de se interpretar, grosso modo, tal artigo como forma de barrar situação excepcional, mas a verdade é que à época e local em que o projeto foi escrito (Prússia de Frederico II), era um contexto no qual a administração política estatal tratava pessoas como simples aglomerado de coisas era algo recorrente, ao contrário de como é considerado qualquer pessoa atualmente, como cidadãos portadores de direitos e deveres.

O teor do artigo terceiro indica que deverão os Estados desfazer-se dos exércitos, ainda que, a princípio, isto seja algo difícil de imaginar acontecer. Entretanto, [...] quando alguém escolhe integrar uma comunidade de Direito, deixa para trás a possibilidade de coação privada, em favor de uma coação exercida por um órgão superior que seja representativo da vontade geral da sociedade em questão. (SANTOS, 2008, p.35)

Este seria para muitos um ponto alto de contradição em Kant, tendo em vista que, num primeiro momento, o filósofo não sugere os vínculos entre os Estados, ou seja, não propõe

---

<sup>41</sup> A exceção quanto à guerra será a “doutrina da guerra justa”, o que seria a “autodefesa” no Contrato Social, que Kant trata no artigo sexto dessa mesma obra.

gerar algo superior que controle a vontade de guerra entre os Estados, mas ao mesmo tempo, os despe de força coercitiva.

Deve-se entender que "o interesse pela paz é o bastante para reprimir a guerra" (SANTOS, 2008, p.36), pois, dessa forma, melhor se adequará a interpretação do artigo terceiro em consonância com o que foi desenvolvido em todo pensamento kantiano, tendo em vista que todo homem é ser racional que coloca suas atitudes no crivo do imperativo da razão controlando seus instintos naturais e, assim, age por dever, sendo desnecessário o artifício para impor ordem no direito dos povos. "Os povos decentes respeitarão naturalmente os princípios do Direito dos Povos porque está em seu melhor interesse fazê-lo" (SANTOS, 2008, p.36). Nesse sentido, Kant (2008) não pretende deixar os Estados desprotegidos, haja vista que, ainda, não se há de ter conquistado o estado pleno de paz. Por isso, lembra Salgado (2008) que a "solução, apontada por Kant, estaria nos exércitos periódicos formados por cidadãos dispostos a garantirem a sua segurança e a segurança do Estado" (SALGADO, 2008, p. 142).

O artigo quarto traz consigo a forma central (principalmente nos dias de hoje em que a globalização move-se em respeito à economia - como será demonstrado mais a frente, neste trabalho) de impedir que, através do controle econômico, ou melhor, de ameaça econômica, os Estados influenciem na soberania uns dos outros.

Deter o poder é algo inerente ao homem e, no mesmo traço que os demais instintos naturais, devem-se observar e impedir o desenvolvimento desse instinto negativo tendencioso ao poder, para desfazer este grande obstáculo à paz. Kant (2008) observa, ainda, que o crescimento de um Estado implica o crescimento de outro dentro de uma sociedade dos povos e, da mesma forma, a bancarrota.

Consequentemente, a emissão de dívidas a mais de um Estado, além desse controle imediato dos detentores do poder, implica também a aliança dos Estados economicamente ameaçados, transformando a cobrança econômica em mais um motivo para as hostilidades.

O artigo quinto, por sua vez, diz respeito à interferência de um Estado na Constituição e governo de outro. Isto se torna um impedimento à paz à medida que os problemas internos de um povo dizem respeito a ele e a interferência de um Estado enfraquece e retira a autonomia do Estado interferido. E dessa forma de todos os outros, pois se abrem as possibilidades de intervenção quando convier a qualquer outro.

A única exceção se dá na existência de anarquia, ou seja, dissolução de um Estado pelo não mais reconhecimento de parte do seu povo, sendo cabível, pois apenas no que diz respeito ao final da discórdia para restabelecer a ordem e não ao meio para dividir o que for.

No sexto artigo, Kant (2008) tratará da doutrina da guerra justa, dizendo que mesmo em guerra devem-se ter apenas atitudes que resguardem a confiança mútua para uma futura paz; e dessa forma abre a possibilidade desta paz que caso contrário tornaria a guerra em eterna ao alcance do extermínio.

Ainda que se admita que haja guerra numa liga das nações, tal aconteceria não por impulso de satisfazer interesses, mas apenas por não restar alternativas. A guerra injustificável ou, ainda que, justificadas fossem pelo desrespeito dos inimigos e pelo que hoje, entende-se por direitos humanos, “cria um sentimento de revanchismo” (SANTOS, 2008, p.38) que, mais tarde, irá interferir em qualquer tentativa de paz.

Os artigos definitivos trazem três principais passos que propiciariam a humanidade o alcance da paz. Dizem respeito à situação interna e externa dos Estados e ao direito cosmopolita. Sob o pressuposto da liberdade, os artigos definitivos garantem o relacionamento e influência entre todos com devida participação, ou seja, não há impedimento obstacularização na atuação de algum indivíduo.

Três níveis diversos de organização: Estatal, o que se deve fazer em nível interno; Interestatal, entre os estados, ou seja, entendendo que a diferença entre estes esta na posição homem no Estado com outros Estados; e cosmopolita sendo que este se dará em um nível jurídico e não filantrópico. O nível cosmopolita é o que Kant (2008) definirá como ápice de reconhecimento entre os Estados.

O artigo primeiro trará a Constituição de todos Estados sob a forma republicana. Para Kant (2008), governo republicano é o ideal, está em conformidade com a ideia de contrato originário e garante a liberdade dos seus cidadãos. "A liberdade é o fundamento e também o fim do Estado e encontra-se garantida na república" (SALGADO, 2008, p.144)

A Constituição republicana há de ser fundada no Princípio da liberdade dos homens (caráter privado), sendo esta, liberdade externa pautada no ideal republicano, que é “a faculdade de não obedecer a quaisquer leis externas senão enquanto lhes pude dar o meu consentimento” (KANT, 2008, p.138). Também será fundada no Princípio da dependência de todos a uma legislação comum (enquanto súditos) que está implícito no conceito de constituição política. Por fim, a constituição republicana irá se fundar na Lei da igualdade dos mesmos (enquanto cidadãos). Igualdade, esta, exterior num Estado que será a relação entre os cidadãos segundo o qual nenhum pode vincular juridicamente o outro sem que ele se submeta ao mesmo tempo à lei e podem ser reciprocamente também de igual modo vinculado por ela.

Republicanismo é o modo de governar, representativamente, o povo, seja quem for seu governante, ou seja, é uma forma de governo, *forma regiminis*, diferentemente da democracia

que é forma de soberania - *forma imperii* - formada por sociedade do povo, considerada, pelo filósofo, necessariamente uma forma de despotismo, justificando o sistema representativo como o único capaz de tornar possível uma forma republicana.

Segundo SANTOS, "O republicanismo em Kant está mais de acordo com a visão atual de Estado Democrático de Direito do que o que ele chama de Democracia" (2008, p. 39).

A proximidade do republicanismo com o Estado Democrático de Direito, pode ser observada, ainda, pelo seu princípio, que é o princípio político de separação dos poderes executivo e legislativo.

Os agentes políticos do poder estatal devem ser reduzidos para a representação do mesmo ser cada vez maior para que, de forma gradual, possa-se chegar à plenitude republicana em conformidade com o contrato originário e, conseqüentemente, garantir a liberdade dos cidadãos. Observa Kant (2008), que é impossível tal graduação na democracia, pois esta só terá condições de ceder lugar ao Republicanismo mediante revolução violenta.

Com isso, Kant (2008) coloca que o republicanismo, proveniente do contrato original, é o único modo de governar capaz de dar espaço a algum tipo de legislação internacional.

O segundo artigo definitivo tem um alcance interestadual. Kant (2008) entende que a federação de povos se dará quando cada homem estabelece com quem bem entender as leis que devam obedecer, criando assim uma constituição própria semelhante à civil. 296

Entretanto esta formação não seria um Estado de povos, pois isto pressupõe relação de um superior com um inferior. Ainda, Kant (2008) irá observar que os Estados vivem entre si uma relação baseada no estado de natureza como se diria no caso dos seres humanos, pois não há leis que estipulem suas interações. E dessa forma, o estado de natureza é sempre estado de guerra presente, pelo menos, enquanto possibilidade.

Os Estados devem repreender esta situação, como fazem os cidadãos quanto aos selvagens que vivem sem lei, e não mais alegar soberania com o intuito de não sofrer coação legal externa, pois o contrário fragiliza o povo.

Neste artigo, Kant (2008) critica as inúmeras vezes que foram citados códigos de cunho internacional pelos Estados, pois se faz referência ao direito, mas sem ao menos pretender usá-lo para coação externa, tornando este uso apenas uma homenagem ao direito.

[...] pois de outro modo a palavra direito nunca viria à boca desses Estados que se querem guerrear entre si, a não ser para com ela praticarem a ironia como aquele príncipe gaulês, que afirmava: "A vantagem que a natureza deu ao forte sobre o fraco é que este deve obedecer àquele" (KANT, 2008, p. 145).

Por isso, os Estados, que não são capazes de utilizar-se do direito para resolução de qualquer problema, fazem valer-se pela guerra.

Kant (2008), então, define a necessidade e alcance do direito das gentes, através da criação de uma liga entre os povos, para que não mais se admita a guerra como instrumento legítimo, nem mesmo guerra justa, sendo o direito o único meio de solução das controvérsias.

A união dos Estados dá origem à liga de paz, que não se confunde com um tratado de paz, sempre temporário. A liga possibilita o estabelecimento definitivo de um convívio pacífico. Assim, ficaria constituída uma federação na qual ninguém perde sua soberania, mas todos a garantem através do reconhecimento e da proteção da liberdade de cada um segundo um direito das gentes (SALGADO, 2008, p.149).

Por fim, o terceiro artigo, como dito anteriormente, trará a visão cosmopolita do projeto para a paz, ou seja, diz respeito ao Direito Cosmopolita, direcionado, como descreve Giltônio Santos (2008), aos cidadãos e aos Estados.

No mundo contemporâneo, o direito cosmopolita assume outra faceta, que é o fato de reconhecer a pluralidade dos povos; pluralidade de cultura de ideias de vida boa, que são conjugados em uma sociedade internacional, aberta à prática discursiva como forma de resolução de conflitos e formulação da normatividade. Podemos dizer que o terceiro artigo é direcionado igualmente aos Estados e aos indivíduos (SANTOS, 2008, p.41).

Neste ponto, Kant entende que os seres humanos devem ser tratados como cidadãos cosmopolitas e como tais devem ser recebidos, em qualquer Estado, com hospitalidade, não simplesmente por filantropia, mas no sentido de direito que se tem de não ser tratado com hostilidade, um direito de visita.

O direito de visita não inibe a soberania dos Estados, pois é expresso na obra que não se trata de hospedagem por certo tempo, o que deve ser feito por contrato especial. Esse direito abarca apenas a perspectiva de que ninguém é detentor exclusivo de um espaço na Terra e, dessa forma, todos devem suportar uns aos outros. Ainda, Kant indaga a dicotomia dos países europeus que se permitiam visitarem outros países e fixarem-se injustamente, colonizando-os, ao mesmo tempo em que não são receptivos com estrangeiros. Este questionamento remete ao imperativo categórico kantiano que determina que nenhuma ação deva ser praticada se não puder se tornar lei universal, logo, se não se pretendia permitir “invasão” também nos países colonizadores, não se devia ter praticado.

Nesse sentido, Kant demonstra que a definição de um direito cosmopolita se faz necessária, haja vista que se se pretende ver a Terra como de todos para dela gozar livremente, então se deve estabelecer tal prerrogativa como lei universal.

A ideia de um direito cosmopolita não é nenhuma representação fantástica e extravagante do direito, mas um complemento necessário de código não escrito, tanto do direito político como do direito das gentes, num direito público da humanidade em geral e, assim, um complemento da paz perpétua, em cuja contínua aproximação é possível encontrar-se só sob esta condição (KANT, 2008, p.151).

O direito cosmopolita, dessa forma, englobará a humanidade com um todo, deixando que todos, sejam como cidadãos de um país ou como representantes estatais, desfrutem livremente dos espaços globais, sem perder de vista o ponto de partida de onde vieram, bem como sua identidade originária, tornando assim possível a paz perpétua.

### **3.2.3.3 Teoria humanista**

A corrente humanista é hoje uma das mais recentes correntes doutrinárias sobre o fundamento do direito internacional, cujas bases, de modo geral, estão no jusnaturalismo. Em outras palavras, a corrente humanista de pensamento se situa dentro do movimento de renascimento do Direito Natural, movimento este que, segundo Pellet (2003) “é uma outra manifestação da reacção contra o positivismo clássico. Filosoficamente, situa-se na corrente anti-positivista e idealista. Objetivamente, baseia-se na necessidade de lutar contra os efeitos nefastos da anarquia das soberanias estatais” (PELLET, 2003, p. 81)

Os fatos presenciados no último século marcaram de tal forma as concepções de tantos juristas e doutrinadores do direito e da filosofia, que foram capazes de consolidar novas tendências persistentes na contemporaneidade <sup>42</sup>.

A convivência constante, como Juiz de um tribunal internacional de direitos humanos, com os relatos comprovados de sucessivas atrocidades e abusos praticados contra a pessoa humana, nos casos submetidos ao conhecimento do Tribunal Interamericano, - convivência esta refletida em mais de uma centena de sentenças internacionais de cuja elaboração e adoção tenho tido privilégio de participar ativamente, - tem reforçado minha convicção quanto à premente necessidade de sustentar e promover o atual processo histórico de *humanização* do Direito Internacional, e de buscar a consolidação do novo *jus gentium* do século XXI (TRINDADE, 2006, p. X).

Para essa corrente, o direito não é só social, só política. Assim, as teorias humanistas fundamentam o Direito Internacional em valores dedutíveis de uma “consciência jurídica universal” alheia à vontade política estatal.

---

<sup>42</sup> Após a Primeira Guerra Mundial, Vollenhoven dia que é chegada a hora de Grócio (PELLET, 2003)

Enquanto que para Immanuel Kant o Direito Internacional, cuja evolução lida em um direito cosmopolita, carrega como princípio basilar a autonomia da pessoa humana, para a corrente humanista o Direito Internacional é e deve ser um instrumento de garantia da dignidade da pessoa humana. Interessante observar dessa ressalva que a autonomia e a dignidade da pessoa humana são dois dos três princípios fundamentais do moderno Direitos Humanos<sup>43</sup>.

Ainda, a corrente humanista tem como perspectiva a ideia do multilateralismo. Não é possível que haja uma correta adequação das normas de Direito Internacional com as ações estatais se o mundo ainda permitir que uma única nação, ou um bloco coeso e pequeno de Estados, se sobressaia enquanto potência maior na ordem internacional, como estabelece Trindade (2006):

Na antiguidade como em nossos dias, o unilateralismo armado tem um profundo efeito descivilizador. Haja vista as notícias que hoje nos chegam do Iraque e Guantánamo. Não se sustenta uma ordem internacional que se pretenda criada pela livre vontade dos Estados, pois é por sua livre vontade que os Estados – mormente os mais poderosos – a violam. A perigosa escalada de violência neste início do século XXI só poderá ser contida mediante o fiel apego ao Direito e a seus princípios básicos. Acima da força está o Direito, assim como acima da vontade está a consciência (TRINDADE, 2006, p. 398).

O acesso à justiça internacional é outro aspecto abordado pelos teóricos humanistas. Para estes, o direito internacional cujo fundamento se sustenta pela proteção da humanidade, deve consagrar o princípio do acesso à justiça, para que o indivíduo seja capaz de pleitear seus direitos sem depender do Estado ao qual esteja vinculado, isto é, sem que estejam submetidos às vicissitudes do direito interno.

Em uma ordem multilateral, na qual o indivíduo passa a ser sujeito com acesso a justiça no âmbito internacional, a consagração de valores universais é, ao mesmo tempo, indispensável como também decorrência lógica desse cenário.

Para uma doutrina que busca a humanização do direito internacional, reconhecer valores universais é característica principal dessa linha de pensamento, como expressa Trindade (2006): “Na medida em que se estender reconhecimento aos valores universais, a comunidade internacional se moverá do *jus inter gentes* ao novo *jus gentium*, o direito internacional da humanidade” (TRINDADE, 2006, p. 405).

---

<sup>43</sup> Sobre os princípios dos Direitos Humanos ver seção 5.2.1.1.infra.

## 4 CASUÍSTICA DAS CORTES INTERNACIONAIS FRENTE A TENSÃO SOCIEDADE VS. COMUNIDADE INTERNACIONAL

Os estudos de casos que tiveram impacto considerável nas reflexões sobre o direito internacional são importantes marcos, visto a variação de posições ao longo dos anos, acompanhando toda a tendência da sociedade internacional, partindo de concepções voluntaristas, chegando até a consagrar decisões em prol de interesses comuns.

### 4.1. As decisões das Cortes sob a perspectiva do interesse estatal

A Corte Permanente de Justiça Internacional, bem como a Corte Internacional de Justiça, trataram em alguns de seus casos sobre a vontade dos Estados, a questão do consentimento e o princípio da soberania como algo absoluto, dentre eles estão o parecer consultivo sobre o *Estatuto da Carélia Oriental*, em 1923, e o contencioso *caso Lotus*, de 1927.

#### 4.1.1. *Necessidade de consentimento e o princípio da Carélia Oriental*

A Carélia Oriental era um território localizado na região da Carélia, na fronteira entre a Finlândia e a Rússia. A sua tortuosa história enfrentou vários momentos de tensão, desde a Era do Gelo, quando era inabitada, até às disputas entre Finlandeses e Russos.

Em 1923, uma destas supramencionadas disputas, foi levada a discussão à Liga das Nações, que, por sua vez, procedeu a um pedido de parecer pela Corte de Haia, com a seguinte pergunta:

Os artigos 10 e 11 do Tratado de paz entre a Finlândia e Rússia, assinado em Dorpat [Tartu] em 14 de outubro de 1920 e a anexa declaração da delegação russa em relação a autonomia da Carélia Oriental, constituem compromissos de carácter internacional, que coloca a Rússia obrigados a Finlândia quanto à realização das disposições nele contidas? (CPJI, 1923, p. 9, tradução nossa)<sup>44</sup>.

<sup>44</sup> Do Articles 10 and 11 of the Treaty of Peace between Finland and Russia, signed at Dorpat on October 14th, 1920, and the annexed Declaration of the Russian Delegation regarding the autonomy of Eastern Carelia, constitute engagements of an international character which place Russia under an obligation to Finland as to the carrying out of the provisions contained therein?

Na época da discussão, a Finlândia já era um Estado-Membro da Liga das Nações, ao contrário da Rússia, o que fez com que a Corte, ao receber o pedido de parecer, procedesse primeiramente à uma notificação à República Russa sobre o procedimento a ser instaurado perante a CPJI, para que o Estado pudesse expor seus argumentos.

A Rússia, com base na sua soberania em consentir ou não com uma jurisdição internacional, recusou-se a se submeter à CPJI e, até mesmo, à Liga das Nações, conforme declaração abaixo:

O governo russo categoricamente se recusa a tomar qualquer parte no exame desta questão pela Liga das Nações, ou pela Corte Permanente. Para além de considerações de direito, segundo a qual a questão do estatuto da Carélia é uma questão de jurisdição nacional russa, o governo soviético é obrigado a afirmar que ele não pode considerar a chamada Liga das Nações e a Corte Permanente como imparcial nesta matéria, tendo em conta o fato de que a maioria das potências pertencentes à Liga das Nações não têm ainda concedido o governo soviético reconhecimento *de jure*, e várias delas se recusam mesmo a estabelecer relações *de facto* com ele (CPJI, 1923, p. 13-14, tradução nossa) <sup>45</sup>.

A Rússia declarou, ainda, que a maioria das decisões tomadas, até então, pelo Conselho da Liga foram diretamente contra os interesses do governo soviético e que, por tais razões, se recusava a se submeter às decisões da Corte. Diante da recusa russa, a Corte se viu impedida de prosseguir à análise do caso e, mais ainda, impossibilitada de conhecer todas as razões de ambas as partes, em igualdade, para proceder a um parecer indubitável sobre o caso.

Sobre tal recusa, respeitando a vontade soviética, a CPJI declarou que a manifestação lícita e formal de vontade é a única forma capaz de vincular o Estado a qualquer obrigação internacional, endossando, assim, o princípio do consentimento como base do Direito Internacional (TRINDADE, 2006).

está bem estabelecido no direito internacional que nenhum Estado pode, sem o seu consentimento, ser obrigado a submeter seus litígios com outros Estados, à mediação ou arbitragem ou qualquer outro tipo de assentamento Pacífico. Consentimento pode ser dado uma vez por todas sob a forma de uma obrigação livremente assumida, mas ele pode, ao contrário, também pode ser administrado em um caso especial para além de qualquer obrigação existente (CPJI, 1923, p.27, tradução nossa) <sup>46</sup>.

<sup>45</sup> the Russian Government categorically refuses to take any part in the examination of this question by the League of Nations or by the Permanent Court. Apart from considerations of law, according to which the question of the status of Carelia is a matter of Russian domestic jurisdiction, the Soviet Government is compelled to affirm that it cannot consider the so-called League of Nations and the Permanent Court as impartial in this matter, having regard to the fact that the majority of the Powers belonging to the League of Nations have not yet accorded the Soviet Government *de jure* recognition, and several of them refuse even to enter into *de facto* relations with it.

<sup>46</sup> it is well established in international law that no State can, without its consent, be compelled to submit its disputes with other States either to mediation or to arbitration, or to any other kind of pacific settlement. Such

A partir de então, foi possível entender que existe um vínculo explícito entre consentimento e autoridade normativa, isto é, para a CPIJ, no referido posicionamento, nenhum Estado estará obrigado a se submeter a qualquer solução pacífica de controvérsias, sem o seu consentimento, concretizando o primeiro mais importante posicionamento jurídico da sociedade internacional clássica sobre o princípio do voluntarismo no DI.

#### **4.1.2. O marco voluntarista no caso *Lotus***

Uma colisão entre o navio a vapor francês *Lotus* e o navio cargueiro turco *Boz-Kourt*, no dia 02 de Agosto de 1926, deu origem ao memorável *Caso Lotus*, julgado perante a Corte Permanente de Justiça Internacional.

Devido à colisão, a cinco ou seis milhas náuticas ao norte de Mitilene, na Grécia, o cargueiro *Boz-Kourt* se partiu em duas partes, ocasionando a morte de oito turcos. Outros dez que estavam a bordo, incluindo o capitão do navio, sr. Hassan Bey, foram resgatados pela tripulação do vapor *Lotus*, que seguiu viagem para o seu destino final, Constantinopla, lá chegando no dia 03 de Agosto.

Ao atracarem no porto da cidade turca, os policiais locais procederam às investigações do acidente. Nos dias que se seguiram, as investigações continuaram perante as autoridades turcas, culminando na prisão preventiva do Tenente Demous do navio *Lotus*. O caso foi julgado pela corte Criminal de Istambul no dia 28 de agosto, mesmo com a contestação francesa de que a referida Corte não teria jurisdição. No dia 11 de setembro o francês conseguiu a liberdade mediante o pagamento de fiança de 6.000 libras turcas. Os comandantes dos dois navios foram processados e condenados.

Diante dos incidentes diplomáticos que surgiram por causa o julgamento da Corte local, o Governo da Turquia, declarou no dia 02 de setembro que não havia objeções em levar o caso à CPJI, para os devidos esclarecimentos. O mesmo fez o Governo francês quatro dias depois.

Com as declarações de consentimento feitas pelos dois Estados, o caso foi julgado perante a Corte de Haia. No julgamento, sob grande influência teórica do pensamento de Anzilotti, que presidiu a sessão, a Corte observou que: i) não houve discussão sobre uma possível jurisdição de terceiro Estado, visto que o acidente foi em alto mar; ii) não se questionava o julgamento da Corte Criminal turca, o questionamento das partes se restringia à

---

consent can be given once and for all in the form of an obligation freely undertaken, but it can, on the contrary, also be given in a special case apart from any existing obligation

existência ou não de violação de princípios de Direito Internacional, perante a imposição de jurisdição do Estado da Turquia.

Segundo a França, para que houvesse o exercício da jurisdição da Corte turca, era imprescindível que esta apontasse as regras de Direito Internacional que a legitimasse. Já o Governo turco entendeu que o artigo 15 da Convenção de Lausanne<sup>47</sup>, de julho de 1923, assinada por França e Turquia, entre outros, permitia que se qualificasse a competência turca desde que a determinação dessa jurisdição não confrontasse com algum princípio de Direito Internacional.

A CPJI observou que, no caso em contexto, o termo do artigo 15 se refere a “princípios que estão em vigor entre todas as nações independentes e que, portanto, aplicam-se igualmente a todas as partes contratantes” (CPJI, 1927, p. 17, tradução nossa)<sup>48</sup>, ainda que fora contestado à época da assinatura da Convenção pela França e Itália, como alegado pelo Governo francês, pois a Corte entendeu que

Deve-se acrescentar a estas observações, que o projeto original do artigo relevante, que limita a jurisdição turca para crimes cometidos na própria Turquia, também foi descartado pelo Comitê de redação; esta circunstância pode, com justificação igual, dar a impressão de que a intenção dos autores da Convenção não era limitar essa competência de nenhuma maneira.

As duas propostas opostas [francesa e italiana] foram concebidas para determinar definitivamente a área de aplicação penal Turco assim tendo sido descartadas, o texto finalmente adoptado de comum acordo para artigo 15 só pode se referir aos princípios do direito internacional geral, relativas à competência (CPJI, 1927, p. 17, tradução nossa)<sup>49</sup>.

Assim, como nenhuma das partes se opuseram ao texto final do artigo 15, apenas ao draft, a Corte considerou, por fim, que não havia limitações da jurisdição da Turquia além daquelas já garantidas pelos princípios gerais de Direito Internacional.

Outro ponto interessante de se observar sobre tal discussão e a “correção” que a Corte faz ao pedido da França. A CPJI não entende que existam princípios que devam legitimar a

---

<sup>47</sup> A Convenção de Lausanne é um tratado de paz firmado em 24 de julho de 1923 na cidade suíça de Lausanne por Turquia, de um lado, e Reino Unido, França, Itália, Japão, Grécia, Romênia e o Reino dos Sérvios, Croatas e Eslovenos, no qual ficou reconhecida a sucessão da República da Turquia ao Império Otomano.

<sup>48</sup> principles which are in force between all independent nations and which therefore apply equally to all the contracting Parties

<sup>49</sup> It should be added to these observations that the original draft of the relevant article, which limited Turkish jurisdiction to crimes committed in Turkey itself, was also discarded by the Drafting Committee; this circumstance might with equal justification give the impression that the intention of the framers of the Convention was not to limit this jurisdiction in any way.

The two opposing proposals designed to determine definitely the area of application of Turkish criminal law having thus been discarded, the wording ultimately adopted by common consent for Article 15 can only refer to the principles of general international law relating to jurisdiction.

jurisdição da Turquia, mas sim princípios que possam ter sido violados pelo Governo Turco, ao impor sua jurisdição. A Corte ressalta que:

O Direito Internacional rege as relações entre Estados independentes. As regras de vinculação de lei aos Estados, por conseguinte, emanam de vontade própria expressa nas convenções ou por usos geralmente aceitos como expressando princípios do direito e estabelecidos para regular as relações entre estas comunidades independentes coexistentes ou tendo em vista a consecução de objetivos comuns. Restrições sobre a independência dos Estados, portanto, não podem ser presumidas. (CPJI, 1927, p. 18, tradução nossa)<sup>50</sup>.

Tais esclarecimentos sobre as questões a serem apreciadas pela Corte são preponderantes para moldar o caráter voluntarista clássico da decisão sobre a formação do Direito Internacional, que não permite que o fundamento da norma internacional esteja respaldado por outro componente que não a vontade do Estado. Isto é, a jurisdição pode ser limitada por regras que emanem das vontades dos Estados, como os princípios gerais do Direito Internacional, mas não se pode entender que o Direito Internacional deve “autorizar” essa jurisdição, pois desta forma o fundamento de validade dessa jurisdição repousaria no Direito Internacional e não na soberania inerente ao próprio Estado, independente do Direito Internacional.

Nesse sentido, a decisão da Corte de Haia é clara: “Nestas circunstâncias, tudo o que pode ser exigido de um Estado é que ele não deve ultrapassar os limites que o Direito Internacional coloca em sua jurisdição; dentro destes limites, seu título de exercer uma jurisdição baseia-se em sua soberania” (CPJI, 1927, p. 19, tradução nossa)<sup>51</sup>.

A Corte, então, passou à análise de quais seriam os princípios que poderiam limitar a jurisdição e ao final concluiu que a Corte turca, ao julgar o caso, não agiu em conflito com o Direito Internacional, consagrando assim mais um caso cujo fundamento se baseou na teoria voluntarista do Direito Internacional.

Sobre esse caso, Délber Lage e Leonardo Brant (2011) ressaltam que se trata de uma jurisprudência fortemente contestada, hodiernamente, porém é o marco para demonstração de como as bases voluntaristas clássicas resultam em estruturantes jurisprudenciais.

---

<sup>50</sup> International law governs relations between independent States. The rules of law binding upon States therefore emanate from their own free will as expressed in conventions or by usages generally accepted as expressing principles of law and established in order to regulate the relations between these co-existing independent communities or with a view to the achievement of common aims. Restrictions upon the independence of States cannot therefore be presumed.

<sup>51</sup> In these circumstances, all that can be required of a State is that it should not overstep the limits which international law places upon its jurisdiction; within these limits, its title to exercise jurisdiction rests in its sovereignty.

#### **4.1.3. O cumprimento de obrigação como decorrente do exercício da soberania: o caso Vapor Wimbledon**

O caso do Vapor Wimbledon trata-se de uma controvérsia entre Grã-Bretanha, França, Itália e Japão de um lado, que ainda contou com o apoio da Polônia durante os procedimentos orais, contra a Alemanha, de outro, devido à recusa do Estado requerido em ceder passagem ao navio a vapor francês<sup>52</sup>, Wimbledon, pelo Canal de Kiel. O referido caso correu perante a CPJI com submissão inicial em 16 de Janeiro de 1923 e julgamento no dia 17 de Agosto do mesmo ano.

As nações requerentes relataram a Corte de Haia que na manhã do dia 21 de março de 1921, o vapor Wimbledon foi impedido de passar pelo Canal Kiel, sob o argumento de neutralidade da Alemanha frente à guerra Russo-Polonesa.

Ao ter sido negada a passagem, a França reiterou diplomaticamente o pedido à Alemanha dois dias depois, com base no artigo 380 do Tratado de Versalhes, que determinava que “O canal de Kiel e seus acessos deverão estar sempre livres e abertos para os navios de comércio e de guerra de todas as nações em paz com a Alemanha em termos de igualdade para todos” (CPJI, 1923, p. 21, tradução nossa)<sup>53</sup>.

Novamente a Alemanha negou o pedido, alegando que o vapor estava carregado de armamento e munição que seriam entregues à Missão Militar da Polônia em Danzig e, com base na ordem de neutralidade da Alemanha, se recusava a facilitar a passagem da carga.

Os Estados Requerentes afirmavam que essa cláusula do art. 380 do Tratado de Versalhes era clara em determinar que o canal devesse ser mantido aberto aos Estados em paz com a Alemanha. A Corte, por sua vez, acolheu tais alegações.

A Corte considera que os termos do artigo 380 são categóricos e não dá margens a dúvidas. Segue-se que o canal tenha deixado de ser um interno e navegável nacional, cuja utilização pelos navios de Estados que não o Estado ciliar é deixado inteiramente ao critério do Estado, e que se tornou uma navegação internacional com a intenção de fornecer, por garantia de Tratado, acesso mais fácil para o Báltico em benefício de todas as Nações do mundo. Sob o novo regime, o Canal de Kiel deve ser aberto, em base de igualdade, a todos os navios, sem fazer qualquer distinção entre navios de guerra e navios de comércio, mas sob uma condição expressa, qual

<sup>52</sup> O navio a vapor é materialmente inglês, no entanto, a bandeira era francesa, por ser usado para transporte de armamentos de uma empresa desta nacionalidade. Por esse motivo, optou-se aqui por considerar o navio como francês, tendo em vista que os danos materiais pelo atraso na entrega da carga foram sofridos pela França.

<sup>53</sup> The Kiel Canal and its approaches shall be maintained free and open to the vessels of commerce and of war of all nations at peace with Germany on terms of entire equality

seja que estes navios devam pertencer às Nações em paz com a Alemanha (CPJI, 1923, p. 22, tradução nossa)<sup>54</sup>.

Na decisão do caso Vapor Wimbledon, a Corte coloca que se obrigar em convenções é, propriamente, um exercício da soberania, isto é, a obrigação existe e deve ser cumprida, pois foi pactuada pelo Estado soberano, livre para decidir se obrigar.

A Corte se exime de ver na celebração de qualquer Tratado, pelo qual um Estado compromete-se a realizar ou abster-se de realizar um determinado ato, como um abandono de sua soberania. Sem dúvida alguma uma Convenção criando uma obrigação deste tipo coloca uma restrição sobre o exercício dos direitos soberanos do Estado, no sentido de que obriga a serem exercidos de determinada maneira. Mas o direito de firmar compromissos internacionais é um atributo da soberania do Estado (CPJI, 1923, p. 25, tradução nossa)<sup>55</sup>.

Essa emblemática decisão retrata, mais uma posição da CPJI em consonância com o pensamento formalista e voluntarista. Nesse sentido, para Leonardo Brant e Délber Lage (2011): “[i]dentificar soberania como a capacidade normativa representa o primeiro passo da construção do pensamento próprio do positivismo voluntarista” (BRANT; LAGE, 2011, p.77).

#### ***4.1.4. Breves considerações sobre o Caso Lockerbie: a jurisdição da CIJ vs. a imperatividade do CS***

O fato que deu origem ao caso Lockerbie se iniciou quando um avião da empresa PanAm sobrevoava a cidade britânica de Lockerbie explodiu em decorrência de um atentado a bomba. O atentado foi atribuído a um terrorista líbio, que na Líbia se encontrava, em uma época em que o presidente Khadafi era visto como um patrocinador do terrorismo em seu país.

---

<sup>54</sup> The Court considers that the terms of article 380 are categorical and give rise to no doubt. It follows that the canal has ceased to be an internal and national navigable waterway, the use of which by the vessels of states other than the riparian state is left entirely to the discretion of that state, and that it has become an international waterway intended to provide under treaty guarantee easier access to the Baltic for the benefit of all nations of the world. Under its new régime, the Kiel Canal must be open, on a footing of equality, to all vessels, without making any distinction between war vessels and vessels of commerce, but on one express condition, namely, that these vessels must belong to nations at peace with Germany.

<sup>55</sup> The Court declines to see in the conclusion of any Treaty by which a State undertakes to perform or refrain from performing a particular act an abandonment of its sovereignty. No doubt any convention creating an obligation of this kind places a restriction upon the exercise of the sovereign rights of the State, in the sense that it requires them to be exercised in a certain way. But the right of entering into international engagements is an attribute of State sovereignty

Diante dos fatos e com intuito de julgar o responsável pelos danos causados pela explosão da aeronave, a Grã-Bretanha, com o apoio dos EUA, recorreu ao Conselho de Segurança das Nações Unidas exigindo que a Líbia entregasse o terrorista. O CS entendeu pela entrega do terrorista que deveria, então, ser julgado pelo Grã-Bretanha.

Mas a Líbia, por sua vez, se recusou a entregar seu nacional e decidiu recorrer à CIJ com base no Tratado de Montreal, que estabelece duas opções para tais casos: i) entrega ao Estado que requer ou ii) julgamento interno, no Estado de origem. Considerando que EUA, Grã-Bretanha e Líbia eram signatários do Tratado de Montreal, pode-se entender que a Líbia defendeu seu direito de julgar o caso internamente, com base no Tratado, e pediu à CIJ para afirmar esse seu direito, na tentativa de, com isso, findar o assunto.

Houve, no entanto, um pedido de medida cautelar<sup>56</sup> da própria Líbia, para impedir que no decorrer do julgamento perante a Corte, o CS invadisse o seu território para fazer cumprir a decisão de entrega compulsória do terrorista. Em outras palavras, a Líbia pediu que a CIJ afirmasse que o CS não poderia exercer a coerção, que lhe é função estabelecida na CNU, para valer sua Resolução, ao menos enquanto o caso estivesse sendo julgado.

A referida cautelar foi negada pela CIJ, o que evitou futuros embaraços para os órgãos das Nações Unidas, uma vez que, se deferida fosse, a cautelar estaria consagrando um poder de “controle jurisdicional” ou um “controle de legalidade” das decisões do CS.

Nota-se que, de fato, todo pedido inicial da Líbia era que a CIJ fizesse essa espécie de “controle de legalidade” sobre a decisão do CS, ou seja, se a Corte confirmasse razão à Líbia, estaria afirmando que o CS, ao demandar a entrega do nacional, estaria cometendo uma decisão arbitrária, talvez até mesmo ilegal, o que poderia ensejar em uma grande repercussão sobre o sistema internacional.

A Corte, nesse caso, nunca declarou se poderia fazer ou não esse “controle de legalidade” do CS, mas, ao negar a cautelar, deixou margem à interpretação de que as decisões oriundas do CS são superiores a qualquer tratado. E com isso, essa decisão manteve a inércia da CIJ, e conseqüentemente da sociedade internacional, frente ao poder político latente no CS.

---

<sup>56</sup> Medida Cautelar busca preservar o objeto levar em conta o mérito da questão, de forma que seja reversível. São princípios que regem a Medida Cautelar: “fumaça do bom direito” e “Perigo da demora”, isto é, demonstrar que a parte tem razão e que a demora na decisão poderia levar à perda do objeto, respectivamente, como no direito interno. Nesse sentido a CIJ afirmou que não havia o requisito da “fumaça do bom direito”, com base no art. 103 da CNU – em caso de conflito com a Carta da ONU, prevalece esta. Como a Carta (nas atribuições do CS) manda entregar e o Tratado de Montreal manda julgar internamente, prevaleceria a Carta da ONU.

Por fim, diante da negatória da cautelar, a Líbia resolveu usar a entrega do indivíduo como poder de barganha para se aproximar dos países ocidentais, acordando em deixar que o suposto terrorista fosse julgado na Holanda por um tribunal escocês. E assim foi feito, aproximando, na época, Khadafi dos países ocidentais.

#### **4.2. As decisões das Cortes com fundamentos no interesse comum da Comunidade Internacional**

As decisões das Cortes Internacionais se iniciaram dentro de um processo de manutenção do status quo da sociedade internacional, isto é, elas surgiam para manter a ordem e o equilíbrio dos Estados para que nenhum deles fosse capaz de se sobrepor à vontade de outros. Mas, assim como a ordem internacional evoluiu, as Cortes também, pois tiveram que acompanhar as novas necessidades e aspirações dessa ordem.

Quando se trata de consolidar uma posição no Direito Internacional, as decisões das Cortes Internacionais são primordiais, tendo em vista que passam a ser critérios de estudos nas doutrinas, consagram costumes internacionais e constituem o próprio reflexo do entendimento da comunidade internacional.

##### **4.2.1. O reconhecimento de princípios fundamentais do Direito Internacional**

A pergunta que foi feita à Corte, no *Parecer Consultivo sobre Legalidade do uso de Armas Nucleares (1996)*, iniciou uma discussão quanto à legalidade ou ilegalidade do recurso ao uso de armas nucleares, que não findou no mesmo instrumento.

Tendo em vista a ausência de tratados e de normas costumeiras, uma vez que a sociedade internacional estava dividida sobre essa posição e não se verificava uma *opinio iuris* que abordasse uma posição, a CIJ reconheceu, que havia, pois, princípios e regras de direito humanitário e de direito de neutralidade que deviam ser observadas e respeitadas.

Foram, então, citados alguns princípios de direito humanitário, bem como a Cláusula Martens <sup>57</sup> que, por conclusão da Corte, devem ser observados quanto ao uso de armas nucleares, indispensavelmente, sem qualquer exceção.

No entanto, devido a uma série de dúvidas e devido à época em que tais princípios foram instituídos, a Corte não achou que fosse conveniente se pronunciar em definitivo

---

<sup>57</sup> Sobre a Cláusula Martens ver seção 3.2.1. supra.

quanto a essa legalidade ou não das armas nucleares. Ela ressaltou ao final, ainda, quanto à obrigação dos Estados em negociarem o desarmamento nuclear.

É certo que não se chegou a uma resposta definitiva nesse parecer, o que de fato não contribuiu em muito quanto à uma possível proibição ou legalização do uso dessas armas, no entanto o referido parecer contribuiu para a jurisprudência que reconhece o Direito Internacional como uma ordem jurídica dotada de princípios fundamentais que devem ser respeitados independente de regulamentação específica ou ausência de normas relativas a um caso concreto.

Dessa forma, expõe T. Meron (2003) com propriedade, ressaltando ainda que esse reconhecimento de princípios fundamentais não foi tão completo, por não tocar na questão da natureza do *jus cogens*, o que por outro lado não retira o aspecto marcante da decisão:

No parecer consultivo Armas Nucleares, juízes Bedjaoui, Weeramantry e Koroma foram de opinião que os princípios fundamentais do direito internacional humanitário seriam de natureza *jus cogens*. A própria Corte não achou necessário discutir a questão da natureza *jus cogens* de certas regras de direito humanitário, mas ela manifestou a opinião de que certas regras fundamentais do direito humanitário constituíam "princípios do direito internacional consuetudinário intransigíveis" (MERON, 2003, p. 205, tradução nossa)<sup>58</sup>.

Assim, no referido parecer, a Corte de Haia se eximiu de discutir a questão da natureza de *jus cogens*, porém admitiu a existência de princípios intransigíveis na ordem internacional. De toda sorte, o reconhecimento, pela Corte, de princípios fundamentais no ordenamento internacional contribuiu para a consolidação do Direito Internacional, enquanto ordem jurídica com vocação aspiracional.

#### **4.2.2. Competência da Corte Internacional de Justiça: o caso das Atividades Militares e Paramilitares da Nicarágua (1984)**

Na década de 1980, a Nicarágua elegeu um governo de tendência esquerdista e os EUA, para enfrentá-los, financiava grupos armados de direita que buscavam derrubar o governo de esquerda. Somado a isso, promovia atividades militares marítimas na fronteira da Nicarágua, regulando a entrada e saída de navios.

---

<sup>58</sup> In the Nuclear Weapons Advisory Opinion, Judges Bedjaoui, Weeramantry and Koroma were of the view that the fundamental principles of international humanitarian law were of a *jus cogens* nature. The Court itself did not find it necessary to discuss the issue of the *jus cogens* nature of certain rules of humanitarian law, but it expressed the view that certain fundamental rules of humanitarian law constituted "intransgressible principles of international customary law"

A situação se tornou preocupante para a Nicarágua, que decidiu recorrer à CIJ pedindo:

- Que os Estados Unidos deve imediatamente cessar e desistir de fornecer, direta ou indiretamente, qualquer apoio - incluindo treinamento, armas, munições, suprimentos, assistência, financiamentos, direção ou qualquer outra forma de apoio - para qualquer nação, grupo, organização, movimento ou indivíduo envolvido ou pretende se envolver em atividades militares ou paramilitares ou contra a Nicarágua;
- Que os Estados Unidos deve imediatamente cessar e desistir de qualquer atividade militar ou paramilitar, por seus próprios oficiais, agentes ou forças na ou contra Nicarágua e de qualquer outro uso ou ameaça da força nas suas relações com a Nicarágua (CIJ, 1984, p. 172, tradução nossa)<sup>59</sup>.

Os EUA contestaram dizendo que já haveria uma discussão multilateral sobre segurança na América Central, na qual ele participava, no órgão *Contadora*, da OEA. Segundo o Governo Norte-Americano, o procedimento judicial bilateral perante a CIJ poderia prejudicar o desenvolvimento das negociações no Contadora. Os EUA alegaram também que a CIJ atua apenas dentro dos limites que o Direito lhe permite, isto é, para os EUA, a CIJ funcionaria em função apenas de causas jurídicas, no entanto a questão da Nicarágua era política, cabendo então ao CS ou a Contadora da OEA.

[...] Estados Unidos considera o pedido como inadmissível, porque cada uma das alegações da Nicarágua constitui não mais do que uma reformulação e atualização de um único objeto fundamental, que os Estados Unidos estão envolvidos em um uso ilegal da força armada, ou violação da paz ou atos de agressão contra a Nicarágua, uma questão que, confirmada pela Carta e pela prática, é da competência de outros órgãos, em particular o Conselho de Segurança das Nações Unidas. Todas as alegações deste tipo são confidenciais para os órgãos políticos da Organização, para consideração e determinação; Estados Unidos citam o artigo 24 da Carta, que confere ao Conselho de Segurança a "responsabilidade primária pela manutenção da paz e segurança internacionais". As disposições da Carta para lidar com o uso da força armada não contém nenhum reconhecimento da possibilidade de liquidação pelo judiciário, em oposição aos meios políticos. Nos termos do artigo 52 da Carta, há também um compromisso de responsabilidade para a manutenção da paz internacional e segurança às modalidades e agências regionais e na opinião dos Estados Unidos o processo de Contadora é precisamente o tipo de arranjo regional ou agência que contempla artigo 52 (CIJ, 1984, p. 431-432, tradução nossa)<sup>60</sup>.

<sup>59</sup> - That the United States should immediately cease and desist from providing, directly or indirectly, any support - including training, arms, ammunition, supplies, assistance, finances, direction or any other form of support - to any nation, group, organization, movement or individual engaged or planning to engage in military or paramilitary activities in or against Nicaragua ;

- That the United States should immediately cease and desist from any military or paramilitary activity by its own officials, agents or forces in or against Nicaragua and from any other use or threat of force in its relations with Nicaragua

<sup>60</sup> [...] the United States regards the Application as inadmissible because each of Nicaragua's allegations constitutes no more than a reformulation and restatement of a single fundamental claim, that the United States is engaged in an unlawful use of armed force, or breach of the peace, or acts of aggression against Nicaragua, a matter which is committed by the Charter and by practice to the competence of other organs, in particular the United Nations Security Council. All allegations of this kind are confided to the political organs of the Organization for consideration and determination; the United States quotes Article 24 of the Charter, which

Os EUA afirmaram, ainda, que a CIJ não é instância recursal, tendo em vista que a questão já havia sido submetida ao CS e devido ao bloqueio do CS, que não se manifestou em virtude da ausência de todos os votos afirmativos, não caberia à Nicarágua recorrer à CIJ.

A CIJ, por sua vez, se julga competente para tratar de questões de Direito e Política, pois segundo ela, esses dois institutos não são separáveis e, ainda assim, ela tomaria sua decisão com base estritamente nas normas jurídicas que tratavam sim da questão do uso da força. Sobre as alegações do envio anterior ao CS, a Corte afirma com clareza que:

A Carta nesse sentido não confere responsabilidade exclusiva do Conselho de Segurança para esse assunto. Enquanto no artigo 12, há uma determinação para uma delimitação clara das funções entre a Assembleia Geral e o Conselho de Segurança, relativamente a qualquer litígio ou situação, que o primeiro não deve fazer qualquer recomendação em relação esse litígio ou situação a menos que o Conselho de Segurança assim o exija, não há nenhuma disposição semelhante em qualquer parte da Carta em relação ao Conselho de Segurança e a Corte. O Conselho tem funções de natureza política que lhe é atribuído, considerando que a Corte exerce funções puramente judiciais. Ambos os órgãos, portanto, podem executar suas funções distintas, mas complementares em relação os mesmos eventos (CIJ, 1984, p. 431-432, tradução nossa) <sup>61</sup>.

Uma parte da doutrina entende que não haveria real competência da CIJ para julgar o caso, mas este esforço de ampliar sua competência *ratione materiae* deu à CIJ grande confiança por parte dos países do Terceiro Mundo, levando a um aumento substancial de demandas por parte dos países subdesenvolvidos, favorecendo o Direito Internacional em sua função aspiracional.

#### **4.2.3. Obrigações “*erga omnes*”**

Por uma perspectiva do DIP Clássico seria possível acreditar que uma obrigação de um Estado está correlata com o direito subjetivo do outro. Caso em uma relação bilateral não

---

confers upon the Security Council "primary responsibility for the maintenance of international peace and security". The provisions of the Charter dealing with the ongoing use of armed force contain no recognition of the possibility of settlement by judicial, as opposed to political, means. Under Article 52 of the Charter there is also a commitment of responsibility for the maintenance of international peace and security to regional agencies and arrangements and in the view of the United States the Contadora process is precisely the sort of regional arrangement or agency that Article 52 contemplates

<sup>61</sup> The Charter accordingly does not confer exclusive responsibility upon the Security Council for the purpose. While in Article 12 there is a provision for a clear demarcation of functions between the General Assembly and the Security Council, in respect of any dispute or situation, that the former should not make any recommendation with regard to that dispute or situation unless the Security Council so requires, there is no similar provision anywhere in the Charter with respect to the Security Council and the Court. The Council has functions of a political nature assigned to it, whereas the Court exercises purely judicial functions. Both organs can therefore perform their separate but complementary functions with respect to the same events

seja imperativo que o Estado faltoso cumpra a obrigação equivalente ao direito do outro, então não haveria obrigação nenhuma a cumprir.

Se apenas o Estado que sofreu os danos materiais fossem autorizados [sic] a apresentar uma reclamação, a obrigação seria vista unicamente como decorrente de uma relação bilateral entre o Estado mais imediatamente ferido e o Estado que faltoso. E na ausência de determinado dano sofrido pelo Estado A, como é o caso normalmente com violações de direitos humanos pelo Estado B, a responsabilidade do Estado por conduta incompatível com as obrigações internacionais poderiam, de forma alguma, ser acionada (MERON, 2003, p. 251, tradução nossa)<sup>62</sup>.

Contra essa ideia de obrigação *inter partes*, o DIP Contemporâneo vem consagrando a ideia de obrigação erga omnes, isto é, não é necessária a relação bilateral para determinar uma obrigação, mas sim, pelo entendimento de comunidade internacional, entende-se, pois que uma obrigação estatal está ligada a um critério universal, multilateral de obrigação, que atinge a todos independente das relações que se constituam.

Esse entendimento é importante na proteção dos Direitos Humanos, visto que um Estado que promova violação a seus nacionais, ainda que não prejudique o direito de outro Estado, viola o DIP dando direito a qualquer Estado que observe tal violação a provocar um tribunal e exigir a responsabilização do Estado violador. Assim, a ideia de obrigação erga omnes é tratada pela CIJ em marcantes decisões.

A Corte tratou dessa ideia de obrigação para além da vontade do Estado, já em 1951, no Parecer sobre Reservas à Convenção de Prevenção e Punição de Crimes de Genocídio (CIJ, 1951)<sup>63</sup>.

O pedido de parecer à CIJ foi feito pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16 de novembro de 1950, diante de inúmeras objeções que apareceram durante a 5ª sessão da AG sobre as reservas que estavam sendo feitas no draft da referida Convenção. Alguns argumentos contra tais reservas chamaram a atenção da sociedade de Estados, fazendo com que estes passassem a questionar o fundamento da Convenção, bem como a compatibilidade deste com a possibilidade de se promover reservas.

No momento em que a dúvida aparece à comunidade internacional, acontecia ainda a tentativa de codificação do Direito dos Tratados pela Comissão de Direito Internacional das

---

<sup>62</sup> If only the State that suffered material damage were allowed to present a claim, the obligation would be seen solely as arising from a bilateral relationship between the most immediately injured State and the wrongdoing State. And in the absence of specific damage suffered by State A, as is the case typically with violations of human rights by State B, State responsibility for conduct inconsistent with international obligations could not be triggered at all

<sup>63</sup> Advisory opinion about Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (1951)

Nações Unidas. Nesse sentido, essa situação foi determinante para se promover certos limites às vontades estatais com a posterior codificação de algumas normas na Convenção de Viena de Direito dos Tratados de 1969.

A Corte considerou o esforço que é feito pela ONU na tentativa de angariar o maior número possível de Estados para ratificar convenções como essa e observou ainda que o pedido por Parecer não incluía a questão da promoção da reserva em si, mas de como compatibilizar essas reservas com a realidade da Convenção, diante do número de objeções que estavam sendo feitas a essas reservas.

A Corte observou ainda que os princípios que determinam que as reservas não poderiam ser feitas se afetassem a razão de ser da Convenção ou se não fossem aceitas pela totalidade dos pactuantes, deveriam ter sido ressaltados no momento das negociações, o que não foi feito. Acreditou-se, pois, que tais decisões não foram tomadas nas negociações pelo interesse maior de concretizar o maior número de ratificações possíveis, sem obstaculizar a vontade de algum Estado. Por fim, ela considerou que tais formulações durante as negociações são características de procedimentos contratuais, porém, pela matéria a qual se trata a Convenção sobre Crimes de Genocídio, esse quesito deve ser avaliado por outra percepção que não puramente contratual.

Na decisão, a Corte esclarece que essa Convenção, assim como outras do mesmo caráter, se trata de positivizar princípios e obrigações que já existem independentemente de serem, ou não, convencionadas. Não se trata, pois, de instituir uma relação contratual perfeita que não gere dano a uma das partes. Não se trata de uma relação contratual bilateral e para a Corte, “todos esses fatores são manifestações de uma nova necessidade de flexibilização na operação das Convenções multilaterais” (ICJ, 1951, p. 22, tradução nossa) <sup>64</sup>.

Ainda, o Secretário Geral já havia feito comentário no *draft* da Convenção sinalizando que reservas não seriam cabíveis em uma Convenção cujo teor está ligado à preservação de um instituto na ordem internacional, e não às vontades estatais.

Assim, a Corte entendeu que reservas poderiam ser feitas, pois esta parecia ser a vontade de todos, por não criarem obstáculo anterior a isso, porém dever-se-ia discutir quais os tipos de reservas e objeções poderiam ser consideradas, visto a essência da Convenção. Sobre a essência da Convenção, a CIJ considerou a intenção das Nações Unidas em coibir ações de genocídio, tendo em vistas os princípios consagrados por todas as nações civilizadas.

---

<sup>64</sup> All these factors are manifestations of a new need for flexibility in the operation of multilateral conventions

As origens da Convenção mostram que era a intenção das Nações Unidas condenar e punir o genocídio como "crimes para o direito internacional" envolvendo uma negação do direito de existência de grupos humanos inteiros, uma negação que choca a consciência da humanidade e resulta em grandes perdas à humanidade, e que é contrária ao direito moral e o espírito e os objetivos das Nações Unidas (Resolução 96 (1) da Assembleia Geral, 11 de dezembro de 1946). A primeira consequência decorrente desta concepção é que os princípios fundamentais da Convenção são princípios que são reconhecidos pelas nações civilizadas como obrigatórias para Estados, mesmo sem qualquer obrigação convencional. Uma segunda consequência é o caráter universal da condenação do genocídio e da cooperação necessária "a fim de libertar a humanidade de um flagelo tão odioso" (Preâmbulo da Convenção). A Convenção de Genocídio foi, portanto, pretendida pela Assembleia Geral e pelas partes contratantes para ser definitivamente universal no seu escopo. De fato, foi aprovada em 9 de dezembro de 1948, por uma resolução, pela unanimidade dos cinquenta e seis Estados.

Os objetos de tal Convenção também devem ser considerados. Manifestamente, a Convenção foi adoptada para uma finalidade puramente humanitária e civilizadora. É realmente difícil imaginar uma Convenção que pode ter esse caráter dual em maior grau, uma vez que seu objeto, por um lado, é salvaguardar a existência de certos grupos humanos e por outro para confirmar e endossar os mais elementares princípios de moralidade. Em tal uma Convenção os Estados contratantes não tem quaisquer interesses próprios; eles, um e todos, apenas têm um interesse comum, ou seja, a realização dos objetivos que são a *raison d'être* da Convenção. Consequentemente, em uma Convenção desse tipo não se pode falar de vantagens individuais ou desvantagens aos Estados, ou da manutenção de um perfeito equilíbrio contratual entre direitos e deveres. Os altos ideais que inspiraram a Convenção fornecem, em virtude da vontade comum das partes, o fundamento e a medida de todas suas disposições (ICJ, 1951, p. 23, grifos nossos, tradução nossa) <sup>65</sup>.

Com essa emblemática passagem, a Corte consagra o ideal de interesse comum a se sobrepôr às vontades das relações contratuais da sociedade de Estados.

---

<sup>65</sup> The origins of the Convention show that it was the intention of the United Nations to condemn and punish genocide as "a crime under international law" involving a denial of the right of existence of entire human groups, a denial which shocks the conscience of mankind and results in great losses to humanity, and which is contrary to moral law and to the spirit and aims of the United Nations (Resolution 96 (1) of the General Assembly, December 11<sup>th</sup> 1946). The first consequence arising from this conception is that the principles underlying the Convention are principles which are recognized by civilized nations as binding on States, even without any conventional obligation. A second consequence is the universal character both of the condemnation of genocide and of the co-operation required "in order to liberate mankind from such an odious scourge" (Preamble to the Convention). The Genocide Convention was therefore intended by the General Assembly and by the contracting parties to be definitely universal in scope. It was in fact approved on December 9<sup>th</sup>, 1948, by a resolution which was unanimously adopted by fifty-six States.

The objects of such a convention must also be considered. The Convention was manifestly adopted for a purely humanitarian and civilizing purpose. It is indeed difficult to imagine a convention that might have this dual character to a greater degree, since its object on the one hand is to safeguard the very existence of certain human groups and on the other to confirm and endorse the most elementary principles of morality. In such a convention the contracting States do not have any interests of their own ; they merely have, one and all, a common interest, namely, the accomplishment of those high purposes which are the *raison d'être* of the convention. Consequently, in a convention of this type one cannot speak of individual advantages or disadvantages to States, or of the maintenance of a perfect contractual balance between rights and duties. The high ideals which inspired the Convention provide, by virtue of the common will of the parties, the foundation and measure of all its provisions.

No caso *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, cuja decisão foi proferida em 5 de Fevereiro 1970, ficou definitivamente consagrado a ideia de obrigações *erga omnes*.

A *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, é uma companhia holding, incorporada e com sede estabelecida em 1911 em Toronto, no Canadá. Essa holding tem a finalidade de criação e desenvolvimento de um sistema de produção e distribuição de energia elétrica na Catalunha (Espanha), e reúne um número de companhias subsidiárias operacionais, financiamento e exploração de concessão, com algumas registradas no Canadá e outras na Espanha.

O caso *Barcelona Traction* perante a CIJ deu início em 1958, quando o governo belga apresentou um pedido contra o governo espanhol buscando reparação por danos supostamente causados à companhia, no entanto essa primeira fase foi extinta com o caso retirado da lista da CIJ, mas foi a ela remetido novamente em 19 de julho de 1962, dando início à demanda propriamente dita.

Segundo o governo da Bélgica, uma boa parte do capital da *Barcelona Traction* foi comprada por empresas e pessoas físicas belgas. Diante disso, o governo belga apresentou reclamação quanto a danos causados pelo governo espanhol que tomou medidas que prejudicaram a referida companhia e, conseqüentemente, os acionistas belgas, pelos quais o governo se preocupava e representava diplomaticamente.

Houve, no entanto, objeção a essa representação, pois, de acordo com as alegações do governo espanhol, os atos demandados do governo espanhol estavam direcionados à companhia que se localizava no Canadá e não contra os acionistas. Nesse sentido, discutiu-se a questão do direito da Bélgica para exercer a proteção diplomática dos belgas acionistas de uma empresa que é uma entidade jurídica constituída em Canadá, pois os interesses belgas estavam vinculados às ações desta companhia, de outra nacionalidade.

O julgamento das questões apresentadas nesse caso foi bastante delicado, por se tratar, entre outros fatores, do comércio internacional e da necessidade de se manter a segurança jurídica desse setor, bem como do envolvimento de três distintos Estados que compreendiam:

Os Estados a que o presente caso referem-se, principalmente, são a Bélgica, o Estado nacional dos acionistas alegados, a Espanha, o Estado, cujos órgãos são acusados de ter cometido os atos ilícitos ora reclamados, e o Canadá, o Estado sob cujas leis foi incorporada a *Barcelona Traction* e no território do qual tem a sua sede

("sede" nos termos dos estatutos da Barcelona Traction) (CIJ, 1970, p. 13, tradução nossa) <sup>66</sup>.

No entanto, foi ainda mais importante, pois tratou da questão da obrigação *erga omnes*, como aquela obrigação de um Estado em relação à comunidade internacional como um todo, decorrente da proteção de direitos de grande importância, de preocupação de todos os Estados. Nesse sentido, a Corte se manifestou sobre a obrigação *erga omnes*:

Quando um Estado admite em seu território investimentos de estrangeiros ou cidadãos estrangeiros, ainda que pessoas físicas ou pessoas jurídicas, ele é obrigado a estender-lhes a proteção da lei e assume as obrigações relativas ao tratamento a lhe ser conferidas. Estas obrigações, no entanto, não são absoluta nem não são qualificadas. Em particular, uma distinção essencial é necessária entre as obrigações de um Estado em relação à comunidade internacional como um todo e os decorrentes *vis-à-vis* outro Estado no campo da proteção diplomática. Por sua própria natureza, os primeiros são a preocupação de todos os Estados. Dada a importância dos direitos envolvidos, todos os Estados podem ter um interesse jurídico em sua proteção; são obrigações *erga omnes*. (CIJ, 1970, p. 32, tradução nossa) <sup>67</sup>.

E em seguida procedeu a uma diferenciação do que seriam os direitos a serem preservados em decorrência da proteção ser uma obrigação *erga omnes*:

Tais obrigações derivam, por exemplo, no direito internacional contemporâneo, desde a proibição de atos de agressão e de genocídio, como também de princípios e regras relativas aos direitos fundamentais da pessoa humana, incluindo a proteção contra a escravidão e a discriminação racial. Alguns dos respectivos direitos de proteção entraram no corpo do direito internacional geral (reservas à Convenção sobre a prevenção e punição de crimes de genocídio, parecer consultivo, 1951, p. 23); outros são conferidos por instrumentos internacionais de carácter universal ou *quasi*-universal (CIJ, 1970, p. 32, tradução nossa) <sup>68</sup>.

---

<sup>66</sup> The States which the present case principally concerns are Belgium, the national State of the alleged shareholders, Spain, the State whose organs are alleged to have committed the unlawful acts complained of, and Canada, the State under whose laws Barcelona Traction was incorporated and in whose territory it has its registered office ("head office" in the terms of the by-laws of Barcelona Traction)

<sup>67</sup> When a State admits into its territory foreign investments or foreign nationals, whether natural or juristic persons, it is bound to extend to them the protection of the law and assumes obligations concerning the treatment to be afforded them. These obligations, however, are neither absolute nor unqualified. In particular, an essential distinction should be drawn between the obligations of a State towards the international community as a whole, and those arising *vis-à-vis* another State in the field of diplomatic protection. By their very nature the former are the concern of all States. In view of the importance of the rights involved, all States can be held to have a legal interest in their protection; they are obligations *erga omnes*.

<sup>68</sup> Such obligations derive, for example, in contemporary international law, from the outlawing of acts of aggression, and of genocide, as also from the principles and rules concerning the basic rights of the human person, including protection from slavery and racial discrimination. Some of the corresponding rights of protection have entered into the body of general international law (Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1951, p. 23); others are conferred by international instruments of a universal or quasi-universal character.

Dessa forma, uma obrigação *erga omnes* pode ter seu cumprimento cobrado por qualquer Estado. No caso concreto, porém, a Corte se pronunciou concluindo: i) com base no direito interno, que os direitos dos acionistas são diferentes dos direitos da Companhia; ii) que a violação foi aos direitos da pessoa jurídica; iii) e que, uma vez que a obrigação *erga omnes* de proteção a um direito, diz respeito aos direitos fundamentais, então, não haveria direito fundamental da Companhia que houvesse sido violado, o que não conferia à Bélgica o *jus standi* para a demanda.

Conclui-se, então, que a Corte, ao desenvolver tais teses em seus pareceres consultivos ou decisões de contenciosos está, ao mesmo tempo, refletindo a evolução do direito internacional e contribuindo para esta.

## 5 AS FUNÇÕES DO DIREITO INTERNACIONAL: DA DOMINAÇÃO À ASPIRAÇÃO

*O direito e a política não podem ser separados. [...] Nenhuma das duas disciplinas seria favorecida pela minimização da importância da outra (SHAW, 2008, p. 68, tradução nossa)*<sup>69</sup>.

O Direito Internacional é um sistema regulador de uma ordem social mundial formada por “[...] vários atores, de Estado e organizações internacionais a empresas e indivíduos; e, como tal, precisa atender às necessidades e aspirações de seus participantes” (SHAW, 2008, p. 67, tradução nossa)<sup>70</sup>.

Por isso, com certa frequência é possível perceber uma dualidade dos atores internacionais ao recorrer ao direito internacional. Algumas vezes, não é preciso ser Estados, nem mesmo grande potência internacional, para tender a um uso do direito ora em prol de seus interesses, ora com uma grande preocupação pelo interesse da humanidade.

Assim, pode-se perceber que o direito internacional é um paradoxo por se tratar de um instrumento jurídico construído pelos atores internacionais destinados a eles mesmos, sob o imperativo de seus próprios interesses como é o caso, por ex., do CS onde impera o vontade individual de 5 potências ou do FMI no qual os países de poucos recursos financeiros, tem que se submeter aos países que detém grande quantidade de capital para só assim terem condições econômicas viáveis para seu crescimento na eterna tentativa de acompanharem o desenvolvimento mundial.

Mas ao mesmo tempo, esse DI torna-se um regulador das ações dos seus atores colocando limites a essas vontades, com o objetivo de criar um ambiente no qual possa imperar a justiça, com igualdade para todos os atores, e, principalmente, um ambiente em que prevaleça a paz mundial.

Assim, o Direito Internacional, que está sendo desenvolvido ao longo da História, se adapta à dinâmica da ordem internacional, fazendo com que ora ele seja um regulador de um ambiente de interesses e ora ele seja regulador de um sistema axiológico, que se justifica em prol de um bem comum.

---

<sup>69</sup> Law and politics cannot be divorced [...] It does neither discipline a service to minimize the significance of the other

<sup>70</sup> [...] a range of actors from states to international organisations, companies and individuals, and such need to be responsive to the needs and aspirations of such participants.

## 5.1. O direito internacional como instrumento de poder

A sociedade internacional é permeada pelo conflito de interesses, que deve ser regulamentado pelo direito. O Direito Internacional, tradicionalmente constituído a partir dos tratados de Westfália de 1648, está marcado por um ambiente anárquico de relações pluralistas, nas quais cada Estado se posiciona na defesa de sua soberania absoluta, que apenas se modifica proporcionalmente à sua necessidade de atender aos seus interesses. Isto é, pautados no princípio do consentimento, as razões para rejeitar ou aceitar regras do direito internacional estão intimamente ligadas à questão política.

O problema reside no caráter fragilizado desse direito, visto que seu próprio mito de formação realizou-se em um ambiente no qual reinava a soberania e a vontade estatal acima de qualquer outro princípio.

Considerando Westfália como a constituição fundadora da sociedade internacional, deve-se ressaltar a ideia de Bobbitt (2002) de que

[...] cada constituição contém em si também as sementes de futuros conflitos [...] a constituição internacional outorgada em Westfália em 1648, não menos que as promulgadas em Viena em 1815 e em Utrecht em 1713, estabeleceu as condições para o conflito por vir, ao mesmo tempo que apaziguava o que acabava de chegar ao fim (BOBBITT, 2002, s/ página – prólogo)

O direito que nasce em Westfália torna-se o mais propenso instrumento de poder, de domínio, isto é, passa a estar a favor do mais forte, em desfavor do mais fraco, sob o falso argumento de interesse coletivo.

Essa prática comum de criação indescritível de regras leva a outra conclusão perturbadora, i.e. direito internacional tradicional reflete o poder político e o pluralismo. Como resultado, o direito internacional tradicional não alcança a justiça por si só (Bull, 1977: 122-155). Ao contrário, as regras da tradição pluralista do direito internacional tendem a refletir valores que se aproximam das ações das grandes potências (LASMAR, 2011, p. 37, tradução nossa)<sup>71</sup>.

Em se tratando de um ambiente anárquico, as regras são criadas de maneira difusa, isto é, cada Estado, em uma relação com outro, é capaz de criar a norma do direito internacional e a um terceiro Estado cabe à decisão de aceitar ou não tal regra, pautado no princípio do consentimento, consolidado em Westfália e decorrente da soberania.

---

<sup>71</sup> This common practice of creating elusive rules leads to yet another disturbing conclusion, i.e. traditional international law reflects the power politics and pluralism. As a result, the *traditional* international law does not pursue justice *per se* (Bull, 1977: 122-155). Instead, pluralist traditional international law rules tend to reflect values closer to great the powers management.

Nesse sentido, destaca com propriedade, o doutrinador Alain Pellet, ao considerar que: “afinal, se a lei não é meramente o poder, é um reflexo do poder” (PELLET, 1991, p. 245, tradução nossa)<sup>72</sup>.

A falta de uma legislação centralizada tem, pois, dois efeitos imediatos: o enrijecimento da descentralização do processo de criação das normas; e a subordinação do direito internacional às preferências estatais.

Enquanto instrumento de atuação do poder dominante, o Direito Internacional pode ser manipulado em três diferentes momentos: i) a partir da dominação das regras do jogo institucional, no que diz respeito às regras de constituição das organizações que terão para si delegadas o consentimento dos Estados que a constituem; ii) no domínio da agenda, isto é, controlar o que vai ou não ser discutido pelos sujeitos do direito internacional em conferências e reuniões de onde se extrairão decisões (também fonte do direito internacional) para atuação; e iii) dominando a interpretação da norma ou de um princípio, uma vez que, a interpretação normativa torna-se mais complexa por não se saber ao certo onde repousará a norma em questão, fazendo com que o conceito principiológico seja de difícil interpretação.

Dessa forma, o poder que atua na institucionalização da sociedade internacional e no domínio da agenda de discussão, normalmente dentro das próprias instituições, caracteriza uma nova forma de assimetria de poder, diferente da assimetria evidente e imediata que se deduz da contraposição entre os Estados fortes e os que se subordinam.

Já a reiterada interpretação dos princípios e das normas é um jogo, que pode ser usado por qualquer ator, que, por sua vez, terá mais sucesso quando sua interpretação convencer o maior número de atores, entre esses Estados, OI's e opinião pública, como ocorreu na Guerra do Golfo:

O papel que o direito teve na crise do Golfo foi relevante. Em primeiro lugar, pelo menos no início, os iraquianos invocaram princípios do direito internacional relativo às reivindicações sobre a fronteira, o óleo e a existência do Kuwait. Em segundo lugar, os EUA e seus aliados fizeram importantes usos das regras legais e seus instrumentos. Mais especificamente, eles invocaram argumentos jurídicos, principalmente com base na carta das Nações Unidas, em uma tentativa de legitimar o uso da força contra o Iraque. Em terceiro lugar, os aliados utilizaram o direito internacional como base para suas ações. Na verdade, o Presidente Bush e o Presidente Mitterrand definiram a guerra do Golfo como uma luta pelo direito internacional [...] Afinal de contas, neste caso preciso, direito e poder eram aliados (PELLET, 1991, p. 245-246, tradução nossa)<sup>73</sup>.

<sup>72</sup> After all, if law is not mere power, it is reflection of power

<sup>73</sup> The roles which law played in the Gulf Crisis were severalfold. First, at least at the beginning, the Iraqis invoked international legal principles regarding claims about the border, oil and the existence of Kuwait. Second, the U.S. and its allies made important use of legal rules and instruments. More specifically, they invoked legal arguments, mainly based on the UN Charter, in an attempt to legitimize their use of force against Iraq. Third, the

Pode-se entender que a figura da intervenção humanitária unilateral, por exemplo, nada mais é do que uma criação, decorrente da função política do Direito Internacional, entendido como objeto de manipulação pelos Estados que detém as regras do jogo de poder. Assim, muito antes de determiná-la como ilegal, percebe-se que ela é fruto de ações políticas que integram e fazem constituir a própria estrutura do Direito.

Em decorrência desse domínio de ação política, existe, pois, uma corrente teórica que chega até mesmo a negar a existência do Direito Internacional, enquanto direito, em decorrência de tais atos de ação política que parecem se sobressair a esse sistema normativo, como explica Alain Pellet (2003):

Tendo as suas origens nas ideias de Hobbes e de Espinosa, a corrente negadora do direito internacional aparece em todas as épocas. Reúne filósofos e juristas de renome. Foram a persistência das guerras e a frequência das violações deste direito que alimentaram as dúvidas sobre a sua natureza jurídica, quer dizer, sobre a sua existência enquanto corpo de regras obrigatórias (PELLET, 2003, p. 87).

Mas, como o próprio doutrinador observa, essas características do sistema internacional, são incorporadas e traduzidas na lógica jurídica do Direito Internacional, isto é, não é ideal que se negue a ordem jurídica internacional apenas por esta se caracterizar por elementos distintos do sistema jurídico interno.

[...] Na verdade, [o direito internacional] existe mas é diferente tanto no que respeita à elaboração das regras como à sua aplicação, ou mais exatamente, apresenta sob estes dois pontos de vista caracteres que não são desconhecidos em direito interno mas que não tem a mesma intensidade ou não se produzem com a mesma frequência estatística. [...] Na realidade, evolui segundo sua lógica própria e encontra na noção de soberania um facto essencial de diferenciação (PELLET, 2003, p. 87).

Nesse sentido, pode-se considerar que essa ação política do Direito Internacional é própria desse instituto e deve ser trabalhada para que haja diminuição desse curso de ação, ao invés de simplesmente negar sua interferência, o que acarretaria em uma ideia demasiadamente utópica, ou negar o próprio Direito Internacional.

---

allies utilized international law as the basis for their actions. Indeed, President Bush and President Mitterrand defined the Gulf War as a struggle for international law [...] After all, in this precise case, law and power were on the same side

### 5.1.1. *A assimetria de poder na sociedade internacional*

O Direito Internacional, instituído sob as bases de Westfália, é um instrumento que, por vezes, não coíbe, mas, ao contrário, legitima as ações políticas. Essa função é própria desse direito e, também, o caracteriza, não podendo ser negada.

O resultado desse curso de ação é a assimetria de poder, que pode ser verificada facilmente na relação entre os Estados, na medida em que uma grande potência impõe sua vontade a um Estado não tão forte - seja essa força militar ou econômica.

No entanto, quando a sociedade internacional se desenvolve, o controle na formação do Direito Internacional deixa de pertencer exclusivamente ao Estado que deve respeitar a norma e é diluído entre um novo ator, qual seja, a Organização Internacional. Nesse sentido, a perspectiva realista de construção de interesse explica que o descobrimento de objetivos comuns e as formalizações multilaterais dos mesmos convergiram para a institucionalização, que, por sua vez, retira a característica evidente de “autor-destinatário” da norma, constituída no cenário clássico, uma vez que o autor imediato da norma já não seria mais o destinatário.

Assim, será no próprio tratado constitutivo de uma Organização Internacional onde irá refletir a estrutura de poder, pois a institucionalização é incapaz de findar com o caráter enrijecido da sociedade internacional pautado na soberania, estabelecida na formação do direito internacional tradicional, na medida em que:

Era possível para potências europeias do século XIX começar a pensar sobre suas relações em termos de normas jurídicas, porque eles formalizaram relações entre soberanias e nenhum soberano que precisava sentir que suas políticas substantivas foram excluídas por elas (KOSKENNIEMI, 1990, p. 27-28, tradução nossa)<sup>74</sup>.

A ONU não é criada em uma sociedade hierarquizada, nem em perspectivas equivalentes à interna. Essa sociedade na qual ela se estabelece é composta por entidades soberanas. Ocorre que, os Estados ao entenderem pela institucionalização da sociedade, delegam a esta alguns aspectos de seus poderes soberanos, sendo que no início desse processo percebia-se pouco dessa delegação de soberania, mas que, ao longo do tempo, essa delegação se torna cada vez mais abrangente.

Algumas dessas formas de delegações da soberania, só conseguem se realizar em uma perspectiva societária, como é o caso do Conselho de Segurança, que só se sustenta, porque

---

<sup>74</sup> It was possible for 19th-century European powers to start thinking of their relationships in terms of legal rules because they formalized inter-sovereign relationships and no sovereign needed to feel that his substantive policies were excluded by them it.

possibilita a prevalência das vontades das potências, enquanto outras formas de delegação são possíveis em situações comuns, isto é, quando os Estados atuam perante uma realidade comunitária, caminhando para uma simetria nas relações de poder.

Quando os Estados se estabelecem perante uma organização internacional permitindo a imposição da vontade do mais forte, tem-se então um cenário de aproximação por interesse coletivo, que nada mais é do que a manutenção do status societário internacional.

#### **5.1.1.1. Conselho de Segurança das Nações Unidas**

No início da formação da sociedade internacional as “relações basearam-se no consentimento comum dos participantes [Estados soberanos], [que] não excluía[m ...] o recurso ao uso da força” (CAMPOS et al., 1998, p.66, tradução nossa)<sup>75</sup>. Os Estados, desde Westfália, tinham a convicção de que eles próprios podiam usar da força para fazer valer os seus direitos.

No entanto, na sociedade internacional contemporânea, viu-se necessário abandonar a ideia do uso indiscriminado da força, delegando à organização internacional a discricionariedade para decidir sobre isso. Assim, com institucionalização na sociedade internacional, através da criação da Liga das Nações e mais fortemente, em momento posterior, com a criação da ONU, os Estados entenderam pelo fim da concepção do uso irrestrito da força<sup>76</sup>.

Em 1945, com a assinatura do tratado constitutivo das Nações Unidas ficou estabelecido que para que fosse possível a manutenção da paz e da segurança internacional, não mais seria permitido o uso da força por um ou por um grupo de Estados, conforme consta no artigo 2º do referido tratado.

A ideia de proibição do uso da força, estabelecido nas N.U., define a estrutura do sistema de segurança coletiva, que comporta um dever de solução pacífica de controvérsias, seguido por medidas coletivas de sanção aos violadores. Dessa forma, os Estados criaram no âmbito da própria organização, um órgão que ficou responsável pela manutenção da paz e da segurança mediante o uso da força, isto é, através de medidas coletivas de sanção, caso o recurso de solução pacífica de controvérsia não seja mais eficaz.

---

<sup>75</sup> relaciones estaban basadas en el común consentimiento de los participantes [Estados soberanos], [que] no excluían [...] el recurso al uso de la fuerza

<sup>76</sup> Na Liga das Nações, 1920, não há uma proibição direta do uso da força, há apenas uma limitação, através do dever de tentativa de solução passiva de controvérsia, que deveria ser submetendo à Corte Permanente de Arbitragem, à CPJI ou ao Conselho da Liga. Caso o conflito não se resolvesse após essas tentativas em um prazo de 3 meses, então se tornava legítimo o uso da força.

Artigo 2. A Organização e seus Membros, para a realização dos propósitos mencionados no Artigo 1, agirão de acordo com os seguintes Princípios:

[...]3. Todos os Membros deverão resolver suas controvérsias internacionais por meios pacíficos, de modo que não sejam ameaçadas a paz, a segurança e a justiça internacionais.

4. Todos os Membros deverão evitar em suas relações internacionais a ameaça ou o uso da força contra a integridade territorial ou a dependência política de qualquer Estado, ou qualquer outra ação incompatível com os Propósitos das Nações Unidas. (ONU, 2012a, grifos nossos)

Assim, em 12 de Janeiro de 1946 foi criado o Conselho de Segurança da ONU, com responsabilidades sobre a segurança mundial e poder de autorizar intervenção militar e envio de soldados da paz (peacekeepers).

Estabelecido nos artigos 23<sup>77</sup> e seguintes da Carta das Nações Unidas, de 1945, o Conselho de Segurança é, hoje, considerada uma das máximas expressões da assimetria de poder, latente na sociedade internacional, na qual o poder decisório encontra-se disponível a um grupo de 15 (quinze) Estados, sendo 5 (cinco) deles com caráter permanente na composição, enquanto os 10 (dez) restantes são membros rotativos, também conhecidos como membros não-permanentes<sup>78</sup>, cumprindo um mandato de dois anos e escolhidos dentro de uma lógica geográfica.

Aos membros permanentes resta o controle final da decisão, através do chamado “poder de veto”, isto é, nas questões meritas, o quórum de aprovação é de 9 (nove) votos afirmativos dos membros, devendo estar, necessariamente, entre esses afirmativos, os votos dos 5 (cinco) membros permanentes. O veto é significativo para a manutenção atual da ordem mundial, tendo em vista que mantem as grandes potências dentro do sistema, resultando em um aparente equilíbrio de poder.

Ao Conselho de segurança é delegado o poder decisório quanto ao uso da força, estabelecido no artigo 24 § 1º da CNU.

Artigo 24. 1. A fim de assegurar pronta e eficaz ação por parte das Nações Unidas, seus Membros conferem ao Conselho de Segurança a principal responsabilidade na manutenção da paz e da segurança internacionais e concordam em que no

<sup>77</sup> Artigo 23. 1. O Conselho de Segurança será composto de quinze Membros das Nações Unidas. A República da China, a França, a União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, o Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do norte e os Estados Unidos da América serão membros permanentes do Conselho de Segurança. A Assembleia Geral elegerá dez outros Membros das Nações Unidas para Membros não permanentes do Conselho de Segurança, tendo especialmente em vista, em primeiro lugar, a contribuição dos Membros das Nações Unidas para a manutenção da paz e da segurança internacionais e para os outros propósitos da Organização e também a distribuição geográfica equitativa (ONU, 2012a)

<sup>78</sup> Dentre os membros não permanentes mais vezes eleitos está o Brasil, ao lado de Japão, Índia, Argentina e Canadá.

cumprimento dos deveres impostos por essa responsabilidade o Conselho de Segurança aja em nome deles. (ONU, 2012a, grifos nossos)

Ainda, de acordo com a Carta da ONU, todos os membros concordam em aceitar e cumprir as decisões do Conselho, assim, as decisões são obrigatórias para todos.

ARTIGO 25 - Os Membros das Nações Unidas concordam em aceitar e executar as decisões do Conselho de Segurança, de acordo com a presente Carta (ONU, 2012a)

Cumpra ressaltar que não existe controle institucionalizado em lei sob as decisões do Conselho de Segurança. No caso do acidente aéreo de Lockerbie<sup>79</sup>, por ex., o CS decidiu que a Líbia deveria extraditar seu nacional, determinando uma obrigação juridicamente inexistente, já que não há nenhuma convenção que obrigue um país a extraditar um nacional seu. Sanções foram impostas à Líbia até 2003 e nada pôde ser feito ao contrário. As sanções só terminaram por acordo proposto pelo Estado.

A princípio, o CS só poderia atuar quando fossem constatados atos de ameaça à paz, ruptura da paz ou atos de agressão. Isto quer dizer que, inicialmente, o Conselho de Segurança visa apenas manutenção da paz, mas em algumas situações este conselho se prontificou em atuar quando também fossem verificadas graves e generalizadas agressões aos Direitos Humanos.

Nas questões de Direitos Humanos, porém, o C.S. só atua se o pedido de intervenção partir do próprio Estado ou em casos de “Estados Falidos”, isto é, quando o Estado não consegue mais garantir os Direitos Humanos, como por exemplo, um país tomado por milícia. Em outras palavras, considera-se que a intervenção do órgão de segurança ocorre em duas situações, quando o próprio Estado é o agente que promove tais violações, como foi concluído nos casos da Iugoslávia, Ruanda e Haiti, ou também pode ocorrer nos Estados que não conseguem controlar seu território, os denominados “Estados Falidos”, caso em que o Conselho de Segurança tem o poder de tomar decisões obrigatórias para todos os Estados, podendo declarar, até mesmo, uma intervenção armada.

O argumento sob o qual o referido Conselho diz ter capacidade de agir é o fato de que a grave e generalizada violação de Direitos Humanos agride a função inicial do órgão no que diz respeito à ameaça à paz. Nesse sentido, o Direito é usado como fundamento da ação intervencionista, que por vezes se torna violenta, sob o escopo de ser um ato em prol do

---

<sup>79</sup> Sobre o caso “Lockerbie” ver seção 4.1.4. supra.

alcance aspiracional de paz e proteção do ser humano. Este, com certeza, é um dos piores e frequentes atos do curso de ação política do direito internacional.

Muitos Estados hoje em dia defendem a reforma do Conselho de Segurança sob o argumento de que tal órgão deve refletir a nova ordem mundial <sup>80</sup>, afinal, como bem argumenta Bobbitt (2002), “o Conselho de Segurança da ONU é obviamente fruto da Longa Guerra: quem escolheria hoje aqueles cinco Estados específicos para administrar a segurança internacional?” (BOBBITT, 2002, p. 745).

Ainda, nas previsões de Celso Mello (2004), “[o] CS, com o domínio dos EUA, vai se desmoralizar, mais do que no período da Guerra Fria, em que ele ficava paralisado (Olivier Russbach)” (MELLO, 2004, p. 647)

A assimetria do CS atinge até mesmo as decisões da Assembleia Geral, pois, como afirma Celso Mello (2004), “as resoluções da AG que tem apoio dos Grandes [os 5 (cinco) países com poder de veto] são mais efetivas do que aquelas que não tem esse apoio” (MELLO, 2004, p. 651)

Se o CS está ou não fadado ao insucesso devido a sua formatação, ainda é uma questão muito discutida na doutrina, o certo é que a lógica de poder instituída no Conselho nada mais é do que reflexo da sociedade internacional desde seu nascimento, no qual o Direito Internacional tenta constantemente se adaptar. Enquanto não se estabelece um controle jurisdicional diante da discricionariedade do CS, o Direito permanece como opção de uso, ora se estabelece decisões com base no Direito, ora se adequa o Direito nas decisões.

### **5.1.1.2 A Conferência de Bretton Woods e a assimetria de poder no Fundo Monetário Internacional**

A Carta do Atlântico discutida em 1941, por Roosevelt e Churchill, foi o primeiro passo em direção ao que se conheceria como uma nova base de ação dos Estados nas relações internacionais cujos objetivos estavam voltados para além da segurança internacional.

Em 1944, exatamente no período em que se viram as maiores atrocidades das quais a raça humana seria capaz, a Conferência de Bretton Woods se instalou. A conferência contou com a presença dos Estados Unidos da América, a União Soviética, a Grã-Bretanha, a França e países Latino-Americanos, que se reuniram com o objetivo de reconstruir os países assolados pela guerra, bem como reconstruir o sistema mundial de mercado que esteve

---

<sup>80</sup> Brasil, Índia, Japão, Alemanha entre outros pretendem que o leque de membros permanentes seja alargado.

balançado pelas duas guerras e pela crise de 1920. A ideia se baseou na concepção liberal de White, mas que se adaptou à teoria de Keynes para intervenção na economia.

Para que esse sistema liberal, mas paradoxalmente intervencionista, se tornasse viável, foi preciso criar duas organizações internacionais de cunho econômico, cada uma com competências específicas e complementares, buscando-se cumprir com os objetivos postos em Bretton Woods (QUAGLIA, 2012, p. 13)

Para tanto, foram criadas normas internacionais de mercado que deram origem ao Fundo Monetário Internacional (FMI) e ao Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD). Havia ainda o intuito de criar a Organização Internacional de Comércio (OIC) com normas para alíquotas e normas técnicas, a fim de evitar que um Estado exigisse mais do que o outro no mercado mundial. No entanto os EUA não aceitaram, deixando aos outros Estados como única saída a implementação tão somente de um acordo de tarifação, que deu origem ao Acordo Geral de Tarifas e Comércio (GATT) e mais tarde à Organização Mundial de Comércio (OMC).

Sabe-se que desde Viena, o equilíbrio de poder europeu sempre desenvolveu uma estreita relação entre a capacidade financeira dos Estados e suas políticas de poder (LESSA, 2005). Atualmente, esse equilíbrio de poder deve continuar a ser sustentado sob essas bases financeiras. O resultado dessa necessidade é o Fundo Monetário Internacional, criado formalmente em Dezembro de 1945, com 29 Estados-Membros.

Os primeiros anúncios da criação de um sistema que, entre outras coisas, regularia um fundo monetário de cooperação entre os Estados foram dados em Julho de 1944, por um acordo entre representantes de 45 Estados, reunidos em Bretton Woods, New Hampshire, no nordeste dos Estados Unidos. A ideia geral do sistema era estabelecer as bases de uma cooperação econômica, tendo em vista a destruição que estava sendo deixada pelo fim da 2ª Grande Guerra, tentativa de se evitar os problemas que surgiram em 1929, no momento histórico que ficou conhecido como a Grande Depressão. O fundo, especificamente, foi criado com o objetivo de estabelecer política monetária internacional criando um padrão, já estabelecido, e dar aos Estados certa liberdade de mercado.

Para tanto, foram apresentadas quatro teses das quais duas foram bem apreciadas, uma de Keynes e a outra de White. O FMI é, pois, uma junção das duas teses. O plano de Keynes era a criação de uma unidade de referência de valor, no qual se propôs uma moeda internacional. Para Celso Mello (2004), “[e]ste plano poderia ser embrião de um futuro governo econômico do mundo” (MELLO, 2004, p. 713), mas o que impediu sua

implementação plena fosse, talvez, a necessidade de um abandono significativo da soberania, pelos Estados. Já o plano de White objetivava a liberação do comércio, a estabilidade do câmbio e os pagamentos internacionais com a utilização do dólar como valor de referência mundial, tendo em vista que os EUA bancaria a paridade fixa da moeda.

Quando houve uma crise de conversibilidade, isto é, de dificuldade dos Estados para a compra do dólar, os EUA manteve-se firme ao compromisso e não abaixou o preço do dólar. No entanto, com a crise do petróleo, na década de 1970, os EUA rompe o compromisso de 1944 e cria a paridade flexível a fim de evitar a inflação e o processo de superprodução e com isso emendas ao Estatuto do FMI foram feitas para adequar a questão da paridade da moeda com a realidade enfrentada. Em outras palavras, o FMI acabou com a intervenção no tocante à paridade das moedas, visto a desvalorização do dólar provocado pelo EUA.

Com o início das operações do fundo monetário, em 1º de Março de 1947, a França foi o primeiro Estado a pegar empréstimo junto ao FMI, no ano corrente. Atualmente, o FMI não empresta dinheiro, apenas oferece recursos com condicionantes, como por exemplo, impõe ao Estado que toma o empréstimo a privatizar empresas estatais ou criar reformas na administração.

Entre os objetivos do fundo estão a cooperação monetária e estabilidade cambial, bem como a disponibilização de recursos sob condições determinadas, com orientação de política econômica, isto é, há interferência direta do órgão na economia interna do Estado que toma o empréstimo.

Ressalta-se que cooperação econômica e monetária foram os aspectos pelos quais se ajustou o sistema Bretton Woods, mas o que decorre das imposições do FMI, por vezes extrapola a cooperação e atinge uma área de domínio sob o Estado-Membro. Ora, se o fundo é internacional, não há o que se falar em intervenção na política econômica de tal forma, pois esse órgão não será nunca capaz de entender as necessidades econômicas, sociais e culturais de cada Estado. Estes fatores estão fortemente ligados quando o assunto é determinar políticas de desenvolvimento par um Estado, tendo em vista que esse desenvolvimento nunca será pleno bem estruturado se extrapolar o bom andamento social de uma nação.

Os Estados-Membros<sup>81</sup> do FMI possibilitam os recursos financeiros para o fundo, por meio de pagamentos de cotas-parte, definidas com vistas ao porte financeiro e econômico de cada membro. A partir do número de cotas fica definido o número de votos que cada um possui. Com isso, os maiores cotistas são os EUA, Japão, Alemanha e Grã-Bretanha e França

---

<sup>81</sup> Hoje, com exceção de Coreia do Norte, Cuba, Liechtenstein, Andorra, Mônaco, Tuvalu e Nauru, todos os membros da ONU fazem parte do FMI.

em pé de igualdade na quarta posição. Segundo Celso Mello (2004), os EUA tinham em 2004 19,88% das cotas-parte e, conseqüentemente, 85% de votos, enquanto, 50 países têm, juntos, um total de 1,2% de cotas-parte. Assim, o poder de atuação de cada membro é diretamente proporcional à sua independência econômica do fundo, em uma lógica que vai de encontro ao princípio da igualdade jurídica dos membros.

Com sede em Washington, o órgão que deveria ser neutro para cooperação econômica é, no entanto, muito mais um órgão de controle das grandes potências com interferência direta nas pequenas e debilitadas nações.

### **5.1.1.3. A Assembleia Geral e a manutenção da liderança de poder pelas grandes potências**

A Assembleia Geral (AG) é o único órgão das Nações Unidas, onde se encontram representados todos os Estados membros da organização. Estes Estados se reúnem anualmente na cidade de Nova Iorque<sup>82</sup> dando início aos trabalhos às terças-terças-feiras do mês de setembro, ou em outra data em caráter excepcional.

A despeito de alguns contratempos já ocorridos, as reuniões englobam todos os Estados-Membros das Nações Unidas com direito a voto e a formação de uma delegação com cinco delegados credenciados pela própria AG.

As decisões tomadas em tais reuniões requerem 2/3 dos votos dos presentes e votantes em questões mais importantes como a admissão de novos membros, bem como as recomendações sobre paz e segurança, entre outras. Decisões de outros gêneros são aprovadas por maioria simples.

#### ARTIGO 18

1. Cada Membro da Assembleia Geral terá um voto.

2. As decisões da Assembleia Geral, em questões importantes, serão tomadas por maioria de dois terços dos Membros presentes e votantes. Essas questões compreenderão: recomendações relativas à manutenção da paz e da segurança internacionais; à eleição dos Membros não permanentes do Conselho de Segurança; à eleição dos Membros do Conselho Econômico e Social; à eleição dos Membros do Conselho de Tutela, de acordo como parágrafo 1 (c) do Artigo 86; à admissão de novos Membros das Nações Unidas; à suspensão dos direitos e privilégios de Membros; à expulsão dos Membros; questões referentes o funcionamento do sistema de tutela e questões orçamentárias.

---

<sup>82</sup> As reuniões na cidade de Nova Iorque foram instituídas a partir da 7ª reunião, desde a criação da AG. A exceção a isso ocorreu em 1988, quando a AG teve que se reunir em Genebra na tentativa de se manter imparcial e democrática, frente a decisão do governo estadunidense em proibir o ingresso de Yasser Arafat em seu território.

O sistema de votação da AG é tema de infundáveis discussões quanto ao seu caráter democrático em função da população de cada Estado vs. o peso do seu voto, visto que algumas decisões podem ser aprovadas por uma quantidade de Estados de populações pequenas, enquanto Estados com extenso número de habitantes podem ser contrários e mesmo assim estarão sujeitos às recomendações da AG.

Cumprе ressaltar que, limitada pela CNU, conforme art. 12 §1º<sup>83</sup>, a Assembleia Geral só poderá atuar quando o CS não estiver decidindo sobre a questão.

Mesmo com alguns entraves, como bem resalta Malcolm Shaw (2008):

o papel da Assembleia Geral aumentou ao longo dos anos que se seguiram após 1945, devido a dois fatores: em primeiro lugar, a existência de veto no Conselho de Segurança renderam a esse órgão certa impotência em muitas disputas importantes uma vez que os membros permanentes (EUA, UK, URSS (hoje Rússia), França e China) raramente concordam com o respeito a qualquer conflito particular; e em segundo lugar, o grande aumento no número de Estados-Membros das Nações Unidas teve o efeito de radicalizar a Assembleia e suas deliberações. Mais recentemente o maior papel do Conselho de Segurança tem ofuscado o da Assembleia (SHAW, 2008, p.1222, tradução nossa)<sup>84</sup>.

Em geral, os atos unilaterais provenientes da AG, isto é, suas declarações e recomendações, não são obrigatórias. Mas, ainda assim, acredita-se que são significativas, as decisões, por representarem um pensamento que permeia a sociedade internacional em geral, sobre determinado caso e muitas vezes, a reiterada prática equivalente à recomendação, torna a norma *soft law*, em norma consuetudinária e com isso com caráter *hard law*.

A Resolução Dean Acheson, de 1950, também conhecida como Resolução 377 V(A)<sup>85</sup>, inova o alcance da força normativa das decisões da AG e determina que no caso de paralisia do Conselho, a Assembleia Geral poderia tomar medidas para levar a Peacekeeping operations de intervenção humanitária. No entanto, tal Resolução foi utilizada poucas vezes, mantendo as decisões *hard law* sobre manutenção da paz e da segurança internacional sob a determinação do Conselho de Segurança.

<sup>83</sup> ARTIGO 12 - 1. Enquanto o Conselho de Segurança estiver exercendo, em relação a qualquer controvérsia ou situação, as funções que lhe são atribuídas na presente Carta, a Assembleia Geral não fará nenhuma recomendação a respeito dessa controvérsia ou situação, a menos que o Conselho de Segurança a solicite (ONU, 1945a).

<sup>84</sup> the role of the General Assembly increased after 1945 due to two factors: first, the existence of the veto in the Security Council rendered that organ powerless in many important disputes since the permanent members (USA, UK, USSR (now Russia), France and China) rarely agreed with the respect to any particular conflict; and secondly, the vast increase in the membership of the UN had the effect of radicalizing the Assembly and its deliberations. More recently the increased role of the Security Council has overshadowed that of the Assembly

<sup>85</sup> Elaborada pelos EUA como meio de intervir na Coréia a despeito da posição do CS, pois não conseguiria ultrapassar o veto da URSS. Usada 3 vezes: Coréia, Suez e Líbano ou Líbia.

## 5.2. A vocação aspiracional do direito internacional

Hodiernamente, a formatação de sociedade internacional é a principal (porém não mais a única) realidade do cenário, no qual o Direito está propenso a se submeter a uma função política. Essa vocação originária do Direito Internacional irá comprometê-lo como um todo, visto que as preferências políticas o tratam como objeto, isto é, os Estados, em diversos momentos, agem no cenário internacional conforme aquilo que se quer daquele direito e não conforme o direito.

Cumpre esclarecer que, uma vez positivado pelos Estados, o Direito Internacional deixa de ter uma vocação exclusivamente política e passa a apresentar outras duas funções diversas da dominação, quais sejam, a de cooperação e de aspiração por uma sociedade justa e universal.

Os desafios do século XXI não mais admitem que os jusinternacionalistas continuem se eximindo de examinar, mais além das fontes formais, a questão bem mais difícil da fonte material do direito internacional contemporâneo. O direito internacional não se reduz, em absoluto, a um instrumental a serviço do poder; seu destinatário final é o ser humano, devendo atender a suas necessidades básicas, entre as quais se destaca a realização da justiça (TRINDADE, 2006, p. 402)

Mas deve-se entender que a sociedade internacional existe diante de uma tensão, cuja força oposta é exercida pela ideia de comunidade que se estabelece no âmbito internacional. Isto é, aos poucos as regras são aceitas pelo maior número de Estados, consolidando valores e normas comuns a esses sujeitos e, conseqüentemente, gerando uma simetria dos poderes.

### 5.2.1. *Os movimentos de simetria na ordem internacional*

Existe, inegavelmente, um padrão de justiça (pouco definível) que permeia desde sempre a vida humana. Desde os gregos, é possível perceber a busca da sociedade ocidental por valores e normas comuns, que surge da ideia de equilíbrio e simetria entre os atores, com base na justa medida, na tentativa constante de se obter como resultante, dessa busca, a Justiça.

As ações dos Estados resultantes de cooperação internacional para atingir fins comuns, só serão possíveis em um ambiente de comunidade internacional, na qual se encontra a aproximação, e o direito internacional disponível em prol da aspiração social.

Ainda, o Direito Internacional é essencialmente carregado de valores e objetiva, além de soluções processuais e de cooperação, uma sociedade justa. Assim, a função aspiracional do Direito Internacional é manter, para a sociedade, uma promessa de realização da justiça, baseado na ideia de construção de um direito que seja universalmente válido.

Nesse sentido, Campos et al. também reconhecem que existe hoje uma “aparición de valores sociais orientados à dignidade e ao bem-estar dos indivíduos, à identidade dos povos e à proteção do ser humano” (CAMPOS et al. 1998, p. 66, tradução nossa) <sup>86</sup> que contribuem para a dinâmica do ambiente internacional em prol da formação de uma comunidade internacional.

### **5.2.1.1. Simetria nas ações em prol do Direito Internacional dos Direitos Humanos**

A internacionalização dos direitos fundamentais do homem começou a surgir no início do século XX com alguns esforços esparsos de proteção dos direitos humanos. O primeiro passo neste aspecto foi a criação do Direito Internacional Humanitário, que se distingue dos direitos humanos.

O Direito Internacional Humanitário surgiu de uma preocupação com grandes horrores percebidos no continente europeu durante as guerras. Henry Durant, um médico preocupado com as mazelas das guerras, criou em 1864 a Cruz Vermelha e se tornou o marco inicial dessa época.

As Convenções de Haia, datadas dos anos de 1895 e 1908, estabeleceram as bases para a consagração do direito internacional humanitário e foram complementadas pelas Convenções de Genebra, de 1949 e Nova Iorque, de 1970. O Direito Humanitário regula a condução das hostilidades, passíveis de acontecer, mas com o entendimento de que não é preciso causar sofrimento no adversário. Entre outras, a principal preocupação estava em conseguir fazer a distinção entre o militar e o civil, isto é, diferenciar o combatente do não combatente. Assim os alvos deveriam ser devidamente destacados, sendo considerados alvos aqueles lugares e pessoas ligadas diretamente ao conflito, ou seja, estava definida a proibição do ataque a escolas e hospitais. Normas de proteção ao combatente ferido também foram criadas, sob o entendimento de que não é preciso aniquilar o adversário, tendo o combatente o dever de encaminhar o injuriado a tratamento para se recuperar e evitar o sofrimento pelo sofrimento.

---

<sup>86</sup> la aparición de valores sociales orientados a la dignidad y el bienestar de los individuos, la identidad de los pueblos y la protección del medio humano

O advento do Direito Humanitário, com consagrações de valores a serem respeitados, mostra essa direção pela qual os Estados passaram, então, a seguir em determinadas áreas, como afirma Gonzáles Campos (1998): “desde a segunda metade do século XIX se registra um fenômeno novo na sociedade da soberania dos Estados, a cooperação para atingir determinados objetivos comuns” (CAMPOS, 1998, p. 66, tradução nossa)<sup>87</sup>.

No século seguinte (séc. XX), vislumbrou-se com maior frequência alguns procedimentos para institucionalização dos direitos fundamentais no âmbito internacional. Curioso notar que a primeira organização internacional de grande importância e em funcionamento até os dias de hoje foi justamente uma organização cujo objetivo e a finalidade estavam diretamente ligados aos direitos fundamentais e a necessidade de internacionalizá-los, criando assim o compromisso dos estados com os Direitos Humanos através da consolidação do tratado constitutivo da Organização Internacional do Trabalho (OIT). Assim, a OIT surge como resposta aos movimentos sociais da segunda geração, já em 1919.

A Liga das Nações (criada em 1920 após a Primeira Grande Guerra) é um precedente relevante do que seria, no futuro, um sistema de proteção da pessoa humana no âmbito das Nações Unidas, pois no respectivo Pacto já havia uma previsão de cooperação para o desenvolvimento dos direitos humanos, no entanto essa previsão não era entendida como um dos objetivos principais da organização.

Por conseguinte, os Tribunais de Guerra, em especial o Tribunal de Nuremberg e o Tribunal de Tóquio, também são essenciais para a compreensão de formação dos Direitos Humanos. Foram tribunais que julgariam pessoas por prática de crimes de guerra e crimes contra a humanidade, ou seja, julgariam aqueles que tenham cometido atrocidades contra seres humanos durante a Segunda Grande Guerra. Esses tribunais trouxeram a ideia de que haveria um compromisso internacional de proteção que extrapolaria a proteção doméstica dos Estados. O grande problema é que este compromisso não estava escrito, isto é, não estava positivado em lei, nem mesmo institucionalizado. Assim, para a realização de tais tribunais a sociedade internacional teve que contar com o compromisso dos Estados com o fim de proteger os Direitos Humanos. E pela primeira vez foi perpetrada a punição do indivíduo responsável por atos atribuídos ao Estado.

Ainda que se reconheçam tais precedentes do movimento de internacionalização dos Direitos Humanos, este só pode ser considerado de fato uma resposta às aspirações sociais depois de 1945. O discurso humanista coloca os direitos humanos não como um dado, mas

---

<sup>87</sup> desde la segunda mitad del siglo XIX se registra nuevo fenómeno en la sociedad de Estados soberano, la cooperación para alcanzar ciertos objetivos comunes

como um construído que se estabelece a partir da desconstrução da cultura da “descartabilidade da pessoa humana” que se instalou nos anos da guerra.

Assim, a IIª Grande Guerra é considerada como o marco para os Direitos Humanos, apesar deles se caracterizarem por um lento, não linear e gradual processo histórico de internacionalização e universalização de valores ocidentais diversos, que culmina hoje em um aparato jurídico-axiológico internacional para a proteção dos mesmos.

Em consonância com os ideais da visão dos Direitos Humanos, para Trindade, há determinados valores que compõem ‘padrões mínimos universais de comportamento e respeito ao próximo’ que honram a ‘consciência universal’ dos indivíduos, servido de substrato para a vida em sociedade. Tais padrões tiveram origem, como visto anteriormente neste trabalho, nas Declarações do século XVII e XVIII e no próprio pensamento iluminista (MELO 2008, p.49)

O período pós-guerra despertou a ânsia para a reconstrução e fortalecimento de direitos humanos que se valessem como universais, quando foram implementados os primeiros sistemas de proteção, com a ONU, que tem por finalidade a manutenção da paz e da segurança internacional, mas que, além disso, retrata a compreensão da época, quando se percebeu a extrema necessidade de proteção do indivíduo pelo cenário internacional, isto é, notou-se a falência dos Estados em garantir a segurança aos seus súditos.

Assim, logo no art. 1º, §3º, da Carta, os Estados reconhecem, como objetivo das Nações Unidas, a cooperação internacional para a promoção de Direitos Humanos de primeira e segunda geração. Ainda, o art. 55 determina a cooperação internacional econômico-social, no intuito de constituir ambiente pleno para a proteção dos Direitos Humanos <sup>88</sup>.

ARTIGO 1 - Os propósitos das Nações unidas são:

[...] 3. Conseguir uma cooperação internacional para resolver os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário, e para promover e estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião;

#### CAPÍTULO IX

#### COOPERAÇÃO INTERNACIONAL ECONÔMICA E SOCIAL

ARTIGO 55 - 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 da igualdade de direitos e da autodeterminação dos povos, as Nações Unidas favorecerão: a) níveis mais altos de vida, trabalho efetivo e condições de progresso e desenvolvimento econômico e social; b) a solução dos problemas internacionais econômicos, sociais, sanitários e conexos; a cooperação internacional, de caráter cultural e educacional; e c) o respeito universal e efetivo dos direitos humanos e das liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião. (ONU, 2012a)

<sup>88</sup> Alguns autores vão dizer que a Declaração Universal de Direitos Humanos é uma interpretação autêntica da Carta da ONU, em seus artigos 1º, §3º e 55.

A ONU consagra expressamente nestes artigos tanto os direitos de primeira e segunda geração de direitos humanos, pois decorre do contexto político, uma vez que a organização deveria se comportar com neutralidade ante a bipolaridade do sistema. Vale destacar que a normatização dos direitos de segunda geração se iniciou primeiramente no plano internacional para depois ser regulamentado internamente.

Então, em 1948, declara-se a nova ordem internacional de direitos para a pessoa humana. Com a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), os direitos constitucionais fundamentais foram internacionalizados. A seleção para a internacionalização desses direitos aconteceu a partir da experiência individual dos países constitucionalizados. Assim, pode-se entender que direito fundamental é o que cada sociedade tem de direito supremo interno, já direitos humanos é o resumo do que a sociedade ocidental tem por direitos fundamentais <sup>89</sup>.

Esse surgimento dos Direitos Humanos traz ao cenário internacional um novo ator, qual seja o indivíduo, que não atuará diretamente, mas que está supostamente protegido no cenário anárquico global.

Assim, a Declaração Universal de Direitos Humanos, criada para fomentar essa proteção ao novo ator, é considerada norma, geral, abstrata, não-obrigatória e inovadora. Nesse sentido, não há obrigação que vincule os Estados-membros da ONU a seguir tal declaração <sup>90</sup>. A referida Declaração é ato unilateral que parte exclusivamente da Assembleia Geral da ONU <sup>91</sup>, isto é, os Estados que a assinaram assim fizeram simplesmente como membros da organização.

O objetivo inicial da Declaração foi lançar a ideia de positivação de direitos da humanidade e, assim, fazer com que os Estados entendessem da importância desses direitos,

---

<sup>89</sup> Para melhor entendimento, distinções de três termos muito usados devem ser feitas. São eles os termos: os Direitos do Homem que é o que se considerou como jusnaturalismo; os Direitos fundamentais que, por sua vez, é a proteção constitucional dos cidadãos, ou seja, é a razão de ser da constituição; e, ainda, os Direitos Humanos que são os direitos relativos ao ser humano, e não ao Estado, positivados em tratados ou costumes internacionais.

<sup>90</sup> Posteriormente, foram firmados dois pactos, denominados Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos e Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos de 1966. Estes pactos se caracterizam por serem normas de poder vinculante. O Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos é aquele que consagra os direitos de 1ª geração e tem sua aplicação imediata e por isso são normas auto-executórias. Já o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais consagra os direitos de 2ª geração e tem aplicabilidade posterior, são normas programáticas. Houve uma demora na criação de tratados internacionais obrigatórios uma vez que não havia consenso de como o direito seria aplicado e qual deveria ser sua amplitude. Também nota-se que os dois pactos de criações de conteúdo muito distinto, um de primeira geração e outro de segunda, foi resultado do contexto histórico, isto é, a Guerra fria, e por consequência, se colocasse tudo em um só tratado nem o capitalista nem o comunista aderiria ao pacto.

<sup>91</sup> As declarações da Assembleia geral da ONU possuem caráter recomendatório, conforme art. 10 da CNU, desta forma não vinculam ao cumprimento daquilo que foi declarado (É norma soft law). A exceção ao caráter soft law da norma, existe e foi aceita na Resolução 377 (V). Sobre a resolução ver seção 5.2.1.3.2. infra.

sugerindo a todos que constitucionalizem tais direitos. Nesta Declaração, não há qualquer hierarquia com relação aos direitos de primeira e de segunda geração, uma vez que a Organização das Nações Unidas deveria se manter neutra em relação aos estados capitalistas e socialistas.

Todo aparelho jurídico que envolve o instituto dos Direitos Humanos, por sua vez, tem o objetivo de proteção dos direitos da pessoa humana em qualquer condição. Tal proteção deve ser, no entanto uma dupla proteção: interna, através da constituição de cada Estado, e internacional, pela prevalência do Direito Internacional Público nas relações internacionais.

Os direitos humanos, que se estabelece por três pilares, qual sejam a inviolabilidade, a autonomia<sup>92</sup> e a dignidade, todos da pessoa humana, possuem como características os princípios da historicidade; da universalidade, na qual toda e qualquer pessoa tem direitos, basta ser pessoa; da essencialidade; da irrenunciabilidade; da inalienabilidade; da inexauribilidade; da imprescritibilidade; e da vedação ao retrocesso, princípios esses que refletem a busca pela proteção de qualquer indivíduo em qualquer parte do mundo seja ele de qualquer nacionalidade. Forma-se, assim, a nova ordem de valores basicamente ocidentais na qual o ‘ser humano’ é central.

Os Direitos Humanos nem sempre é um tranquilo resultado jurídico da aspiração social. O conflito gerado pela tensão sociedade vs. comunidade internacional está arraigado no movimento evolutivo do Direito Internacional e pôde ser verificado quando, na criação da Declaração de Viena, Cançado Trindade (2006) testemunhou a necessidade de parte das Delegações em manter os Direitos Humanos como fruto volitivo de cada cultura, desfazendo o caráter universal, essencial para a manutenção da ordem pública internacional.

Sempre me recordarei dos momentos finais da II Conferência Mundial de Direitos Humanos, em junho de 1993, quando, a duras penas, - e aparentemente mais pela exaustão do que pela convicção da maioria dos Delegados, - logramos enfim incluir, no artigo I da Declaração e Programa de Ação de Viena, a simples reasserção da universalidade dos direitos humanos, que as Delegações partidárias do chamado *relativismo cultural* buscavam evitar. Os que hoje leem aquele documento, não se dão conta da luta que travamos para evitar o grave retrocesso conceitual de uma relativização – que teria sido desastrosa – dos Direitos Humanos universais. Naqueles momentos dramáticos da Conferência Mundial de Viena, o teor da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 me parecia demasiado avançado para o mundo de 1993. (TRINDADE, 2006, p. 113).

Por fim, a Declaração de Viena (1993) logrou seu objetivo ao estabelecer que os princípios da declaração sejam universais e indivisíveis. Todos os Estados tem o dever

---

<sup>92</sup> Princípio kantiano. Sobre ele, ver seção 3.2.3.2 supra.

universal de consagrar os direitos humanos, não podendo proteger apenas alguns, mas, sim, todos os direitos.

Os direitos humanos se desenvolveram a partir de direitos que surgiram conforme a época e os acontecimentos históricos e hoje são protegidos de maneira concomitante, tanto no âmbito global quanto regional.

Diante dessa perspectiva, faz-se mister concordar com a seguinte afirmação de Otfried Höffe (2005): “De fato, sobretudo as declarações dos direitos humanos das Nações Unidas e seus inúmeros protocolos adicionais são quase irrevogáveis e conferem ao Direito Internacional uma importância maior que meramente instrumental” (HÖFFE, 2005, p. 324).

Segundo Trindade (2003), foi pela instituição da ordem multilateral que se tornou possível a todos os Estados a realização de objetivos comuns. Nesse sentido, pode-se entender que neste ponto reside a força do direito em detrimento ao direito da força.

Estes dois aspectos (a força do direito vs. o direito da força) são, entre outros tantos, o principal desafio ainda enfrentado pelos Direitos Humanos. Para Flávia Piovesan (2012), “vislumbram-se os desafios da justiça internacional em matéria de direitos humanos, no marco da tensão entre o direito da força vs. a força do Direito” (PIOVESAN, 2012, p. 68). A autora explica que a proteção da pessoa humana só pode se realizar mediante a imperatividade da força do direito, isto é, quando presente a possibilidade de cooperação pela via do multilateralismo, não permitindo que apenas uma potência ou um seleto grupo aliançado de Estados regule o que deva ser praticado na ceara internacional.

Ainda, sobre esse movimento de simetria dos poderes dos atores internacionais, no que diz respeito ao enfraquecimento das imposições das vontades dos Estados, principalmente das grandes potências, podem-se verificar os sistemas regionais de proteção dos Direitos Humanos.

Atualmente os sistemas regionais existentes são: o sistema europeu, o sistema interamericano e o sistema africano. Todos eles estão regulamentados para receberem petições individuais, isto é, denúncias dos indivíduos e pessoas jurídicas de direito privado, sobre violações dos direitos humanos cometidas pelo Estado por meio de ações diretas ou indiretas, quando verificados casos de negligências para proteção ou punição de violações.

### **5.2.1.2. Simetria de poder na Organização Mundial de Comércio: os painéis e a abertura para novos atores**

Apesar do atual sistema mundial de comércio ter se estabelecido na década de 40 do século XX, a OMC só foi criada em 1995, abrangendo as ideias dos acordos anteriores da OIC e GATT, que foram partes no projeto de criação da tríade liberal de 1944<sup>93</sup>.

A OIC foi a conclusão do primeiro acordo sobre comércio dentro do sistema Bretton Woods, criada em 1947 na Carta de Havana, para ditar normas de comércio multilateral, de direito internacional comercial. A ideia era determinar o livre comércio com i) regras de desoneração tributária, através de baixos impostos para comércio internacional nas questões de importação, exportação, circulação de bens e serviços; ii) normas técnicas e fitossanitárias, uma vez que quanto mais rigorosas as normas mais difícil seria a produção, nesse sentido, uniformizar-se-ia tais normas para não se criar mais facilidades para uns em detrimento de outros Estados; iii) e restrições tributárias, através de um sistema de cotas.

O Tratado de Havana tinha como objetivo criar, também nos moldes das demais organizações internacionais econômico-financeiras, uma organização internacional (a OIC – Organização Internacional do Comércio -, que funcionaria como uma das agências especializadas da ONU) voltada para a regulamentação e controle do comércio internacional, cujo referencial teórico era o maior aumento contínuo do livre comércio internacional. Era premente a necessidade de criação dessa organização no mundo pós a Segunda Guerra Mundial, pois muitos países passaram a adotar, nesse período, uma postura comercial protecionista de reserva de mercado, através de barreiras comerciais diversas, mas principalmente de política de adoção de pesada carga tributária de natureza ou interferência alfandegária. Os países entendiam que com essa política seria mais fácil garantir uma melhor qualidade de vida para as suas populações, além de reflexos que melhorariam suas economias e consequentemente a vida política em geral do país (QUAGLIA, 2012, p. 19)

No entanto, os EUA não assinou a referida Carta, o que já seria um prenúncio de fracasso da organização ainda nem constituída de fato. Dessa forma, os Estados se viram obrigados a abandonar a ideia de uma organização para o comércio e optaram por desenvolver algo que poderia ser mais simples, “buscando impulsionar a liberalização do comércio” (QUAGLIA, 2012, p. 19).

É evidente que uma organização que pudesse ditar regras para o comércio, em um momento no qual os EUA ainda precisava consolidar sua política monetária para sustentar a ideia do FMI, seria arriscado demais. Isto é, delegar a função de criar normas para um órgão

---

<sup>93</sup> Sobre esse assunto, ver seção 5.1.1.2. supra.

sob qual não se sabia ao certo se se teria o controle, não fazia parte dos planos da maior potência da época.

Então, criou-se o GATT (General Agreement on Tariffs and Trade <sup>94</sup>), um acordo geral de livre comércio sobre bens industrializados, tornando-se aos poucos uma OI, porém apenas de fato, com sede em Genebra. A diferença estava no fato de que o GATT deveria se reunir em rodadas para criar normas sobre o livre comércio e que estaria dependente das Nações Unidas, interferindo diretamente nas suas negociações.

Em 1986, deu-se início à rodada de negociações do Uruguai e em oito anos de negociações se estabeleceu o GATT de 1994, que reuniu quatro acordos: i) GATT, sobre tarifa de bens e indústria ii) GATS, sobre tarifas de serviços; iii) TRIPS, sobre regras de patentes; e iv) TRIMS, sobre investimento.

Com o Acordo de Marraqueche, se constituiu a OMC, uma organização autônoma com personalidade jurídica própria apesar de ser parte do sistema ONU, com sede em Genebra. Formada em um contexto de hegemonia liberal, a OMC possui hoje: i) uma Conferência Ministerial, onde se votam as normas; ii) um Conselho geral, onde funciona o OSC; iii) um Conselho para comércio de bens, onde se implementou o projeto de normas do GATT; iv) um Conselho para comércio de serviços, correspondendo ao GATS; v) um Conselho para patentes, referente à TRIPS; vi) uma Secretaria Geral.,

A organização foi criada para estabelecer normas harmonizadas e uniformizadas para regularem as relações decorrentes da atividade mercantil. Mas, no entendimento de Celso Mello (2004), por exemplo, “[h]ouve uma globalização, mas não uma uniformização das normas, inclusive os acordos preveem inúmeras exceções. Os países do 3º e do 4º Mundos serão submetidos às regras de direito comum, mas conservam para estes países “tratamentos especiais e diferenciados”” (MELLO, 2004, p. 724)

Assim, a adesão a OMC é relativa, na qual devem ser verificados requisitos caso a caso, conforme art. 11 § 2º do Acordo da OMC:

Artigo XI

Membro Originário

[...]

2. Dos países de menor desenvolvimento relativo assim reconhecidos pelas Nações Unidas serão requeridos compromissos e concessões apenas na proporção adequada a suas necessidades de desenvolvimento financeiras e comerciais ou a sua capacidade administrativa e institucional. (OMC, 2012)

---

<sup>94</sup> Acordo Geral de Tarifas e Comércio.

Além desse grau de diferenciação a OMC, as imposições e o cumprimento das decisões da OMC também geram dúvidas quanto a efetividade indistinta a todas as nações, uma vez que “a OMC é um regime construído pelos Estados e para os Estados que sempre deve respeitar o caráter soberano da tomada de decisão individual” (QUAGLIA, 2012, p. 41), talvez sempre reste a dúvida, sobre quais Estados tomarão as decisões mais soberanas a serem respeitadas ou não.

A OMC é fruto da própria tensão da sociedade internacional que coexiste com a conjuntura de comunidade, pois trata-se de um organismo internacional no qual o controle da agenda implica diretamente nos resultados das ações aspiradas para grande parte da sociedade como um mecanismo de abertura do comércio, mas que é capaz de receber em seus painéis, reclamações que independem das vontades ou autorização dos Estados.

Assim como foi estabelecido no GATT, a OMC não recebe, a princípio, petições diretas de atores não-estatais, no entanto, existem exceções: i) através das legislações internas de alguns Estados que aceitam petições particulares requerendo ao governo que seja dado início a alguma solução de conflitos perante a OMC, bem como ii) através do recebimento, em alguns casos, de submissões de entidades não-estatais enquanto *amicus* brief. Sobre isso explica T. Meron:

Em sua legislação interna, os Membros, incluindo os Estados Unidos e a Comunidade Europeia, concede às pessoas privadas o direito de solicitar um início de procedimento de resolução de litígios da OMC. Pessoas privadas, portanto, sejam, talvez, os verdadeiros motivadores por trás de alguns dos casos. [...]  
Embora o artigo 13 [das Regras e Procedimentos<sup>95</sup>] fale do direito de um painel para buscar informações, o órgão de apelação aceitou *amicus* briefs de várias ONGs não solicitados, assim, pelo menos potencialmente, permitindo que os organismos não governamentais a ter uma voz maior no processo contencioso da OMC (MERON, 2003, p. 330-331, tradução nossa)<sup>96</sup>.

Assim, para T. Meron (2003), essas decisões que incluem as pessoas privadas são a demonstração de que a OMC responde às demandas sociais, não servindo tão somente como órgão de realizações particulares dos Estados.

<sup>95</sup> Article 13: Right to Seek Information: 1. Each panel shall have the right to seek information and technical advice from any individual or body which it deems appropriate.[...] (OMC, 1994)

<sup>96</sup> In their internal legislation, Members, including the United States and the European Community, have granted private parties the right to request initiation of WTO dispute settlement procedures. Private parties may thus be the actual movers behind some of the cases. [...] Although Article 13 [of the Rules and Procedures] speaks of a panel's right to seek information, the Appellate Body accepted several unsolicited NGOs' *amicus* briefs, thus, at least potentially, enabling non-governmental bodies to have a greater voice in the WTO litigation process.

### **5.2.1.3. As decisões da Corte Internacional de Justiça como meio-auxiliar para o movimento de simetria dos poderes estatais**

A manutenção da paz e da segurança internacional perpetrada pelas Nações Unidas é reconhecida como uma obrigação *erga omnes* e está positivado no art. 2º § 6º da CNU:

ARTIGO 2 - A Organização e seus Membros, para a realização dos propósitos mencionados no Artigo 1, agirão de acordo com os seguintes Princípios:  
[...] 6. A Organização fará com que os Estados que não são Membros das Nações Unidas ajam de acordo com esses Princípios em tudo quanto for necessário à manutenção da paz e da segurança internacionais. (ONU, 2012a)

Tendo em vista tal disposição, algumas ações são alcançadas no âmbito das Nações Unidas, em prol do entendimento de comunidade internacional, na qual todos devem agir com base em valores e interesses comuns, acima dos interesses particulares. É certo que tal artigo gera uma dúvida quanto ao seu alcance, mas entende-se que ainda que não constitua obrigação jurídica, o que de fato seria complicado considerar, há, pois, um alcance político de tal disposição.

A prática da ONU não resta clara quanto ao entendimento de tal universalidade, porém, conforme propõe Marie Rota e Vicent Souty em seus comentários a esse artigo: “Com efeito, embora eles [não-Membros] sempre reivindicuem o estatuto de não-Membros, e, nesse sentido, aleguem que eles não estavam vinculados por esse artigo, eles sempre agiram, de certa forma, em conformidade com as indicações da ONU” (BRANT, 2008, p. 117), a prática dos Estados não-Membros sinaliza esse caminhar em prol de uma comunidade internacional.

A Corte Internacional de Justiça, também conhecida como Corte de Haia, está constituída nos quadros das Nações Unidas como o órgão jurisdicional, isto é, o órgão responsável por dizer o direito vertente ao caso concreto, conforme se deduz do art. 92 da CNU.

#### CAPÍTULO XIV

#### CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA

ARTIGO 92 - A Corte Internacional de Justiça será o principal órgão judiciário das Nações Unidas. Funcionará de acordo com o Estatuto anexo, que é baseado no Estatuto da Corte Permanente de Justiça Internacional e faz parte integrante da presente Carta. (ONU, 2012a)

A princípio, as possibilidades de atuação da CIJ são limitadas, pois ela atua apenas com o consentimento das partes, ainda que esse consentimento possa ser interpretado de diversas formas.

Em 1899 e 1907 houve um significativo movimento em prol do estabelecimento de uma jurisdição obrigatória para a Corte Permanente de Arbitragem (CPA), na esperança de se consolidar, na comunidade internacional, um tribunal permanente com competência geral e vinculante. Esse movimento não vingou e em 1920, quando a Corte Permanente de Justiça Internacional foi estabelecida, consolidou-se justamente o oposto.

Assim, a questão da competência da CIJ é fruto do entendimento estabelecido na CPJI, e cujo princípio a reger o estabelecimento de competência da CIJ será o princípio da natureza facultativa da jurisdição internacional. Restando claro que há, nesse sentido, um traço do ideal Westfaliano que permeia esse quesito prevalecendo a necessidade de consentimento para apreciação do caso pela Corte. Pode-se afirmar, então, que “o recurso à jurisdição é um ato soberano, voluntário e consentido” (BRANT, 2004, p. 42).

A composição da Corte se dá pela formação de um corpo de 15 juízes. Ainda que estes devam ser das mais diversas nacionalidades, eles representam-se tão somente enquanto juízes, isto é, não estão perante a CIJ a serviço de seu país, para que com isso, os juízes da corte sejam imparciais. No entanto, é plenamente possível a admissão de um juiz ad hoc da nacionalidade de uma parte que já não possua magistrado eleito para o caso.

#### ARTIGO 31

1. Os magistrados da mesma nacionalidade de cada uma das partes litigantes conservarão seu direito a participar na leitura do processo da Corte.
2. Se a Corte incluir entre os magistrados o conhecimento um de nacionalidade de uma das partes, qualquer outra parte poderá designar a uma pessoa de sua escolha para que assuma o lugar de magistrado. Essa pessoa deverá ser escolhida preferencialmente entre as que tenham sido indicadas como candidatos de acordo com os Artigos 4 e 5. (ONU, 2012b)

Essa lógica do art. 31 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça (ECIJ) permite que o caso seja apreciado com um grau coerente de entendimento e principalmente de equilíbrio sobre o caso, tendo em vista que uma decisão ou um parecer da Corte deve ser o mais imparcial possível, como qualquer órgão jurisdicional.

Sobre as decisões da CIJ, cumpre dizer que elas são válidas apenas para as partes litigantes, conforme estabelecido no artigo 59 do ECIJ. É certo que as decisões de cortes internacionais são, na sua grande maioria, frutos de uma alta dependência da jurisdição com a vontade estatal. No entanto, a “problemática do alcance normativo de uma decisão judicial internacional não pode [...] ater-se apenas à dimensão particular da resolução de um dado conflito” (LAGE, 2008, p. 152). Isto é, atualmente já se entende que uma decisão deve comprometer-se com uma ordem pública calcada em valores comuns. Para Délber Lage

(2008), além do interesse particular como fundamento imediato da resolução do conflito, o interesse coletivo é, pois, o fundamento mediato da decisão. Isto é, as decisões da CIJ refletem em certa medida o interesse da comunidade internacional ao consagrar norma de *jus cogens* e obrigações *erga omnes*, contribuindo para esse balanço da ordem internacional em direção a um ambiente de comunidade internacional.

Assim, como bem entende Trindade (2006), “[a] função judicial internacional tem se expandido e enriquecido. As necessidades e aspirações da humanidade não de se satisfazer pelo Direito, - e não pelo uso discricionário da força, - na busca da realização da justiça” (TRINDADE, 2006, p. 26).

Pellet (1991) faz uma ressalva para interpretações como as supramencionadas, pois acredita que, quanto à Corte de Haia, não se deve criar expectativas para resolução de casos que envolvam segurança internacional. No entanto, o autor não deixa de concordar em certa medida com essa possibilidade da Corte realizar em suas decisões a função aspiracional do DIP, pois “a CIJ em várias instâncias, incluindo o caso da Nicarágua, demonstrou que é capaz de lidar eficazmente com problemas de guerra e paz, mesmo que isso seja provavelmente excepcional” (PELLET, 1991, p. 247)<sup>97</sup>.

Nesse sentido, percebe-se que a Corte Internacional de Justiça, por meio de suas decisões, é capaz de favorecer o desenvolvimento do ambiente internacional em prol de ações de interesses comuns acima dos interesses particulares, tendo em vista que não mais corresponde exclusivamente às vontades das grandes potências, bem como constituindo valores da comunidade internacional, ao reconhecer princípios fundamentais e obrigações *erga omnes*.

---

<sup>97</sup> the ICJ in various instances, including the *Nicaragua* case, has demonstrated that it is capable of dealing effectively with issues of war and peace, even if this is probably exceptional

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao se confrontar, dentro da atual realidade internacional, as diversas funções às quais o Direito Internacional (DI) tem se submetido, percebe-se uma característica de ser paradoxal desse sistema jurídico, capaz de servir ora como instrumento de poder, ora como instrumento de realização das aspirações sociais.

Sabe-se que o Direito Internacional nasce, enquanto conjunto de normas da sociedade internacional, para reger as vontades dos Estados Nacionais que surgiam nos séculos XV-XVII. É esse marco de formação do DI que vai ser fundamental para que ele resista até os dias atuais. Mas, ao longo da História, essa ordem internacional se desenvolve acompanhada pelo direito, deixando de lado, em alguns aspectos, essa concepção westfaliana.

Essa evolução da ordem mundial está caracterizada por uma tensão entre o ideal de sociedade, oriunda da concepção westfaliana, e comunidade internacional, advinda das preocupações e aspirações dos indivíduos e outros sujeitos internacionais. Ressalta-se que essa tensão existe, pois subsistem nessa ordem os dois ideais, não sendo possível verificar um rompimento de paradigmas que consagrasse o fim da concepção societária e que desse espaço para o nascimento da ideia da vida em comunidade.

Observando essa tensão da ordem internacional, pôde-se perceber que o Direito Internacional, que tenta acompanhar essa realidade, acaba sofrendo diversas interpretações, sendo constantemente reinventado, através das teorias de fundamentação desse direito que buscam acompanhar esse desenvolvimento, ao trabalharem de diversas maneiras o fundamento de obrigatoriedade das normas internacionais.

Essa gama de concepções teóricas a cerca da obrigatoriedade do DI faz com que esse direito possa tanto legitimar as ações políticas (quando o fundamento é a vontade estatal) quanto responder às aspirações sociais (quando, no outro extremo, se reconhece uma norma como válida, por corresponder a uma *consciência de humanidade*).

Excetuando os casos do Conselho de Segurança e dos Direitos Humanos, ao longo da pesquisa tornou-se complicado observar a função do Direito Internacional nos institutos da ordem internacional como fruto exclusivamente de um ou de outro aspecto, isto é, como resultante de ações políticas ou das aspirações. Observou-se que tanto as ações políticas, quanto as aspirações sociais influenciam diretamente na constituição de cada organismo e instituto jurídico que compõe essa ordem, como é o caso da Assembleia Geral, por exemplo, que apesar de incluir em seu âmbito todos os Estados reconhecidos pelas Nações Unidas, suas

ações e, principalmente seu sistema de votação, reflete a imposição de vontades das grandes potências.

Cumprе ressaltar, ainda, que essa ideia de evolução (ou desenvolvimento) da ordem internacional não significa uma melhora ou uma passagem de uma situação negativa a uma positiva, mas tão somente que há uma modificação que é constante, que segue, evolui e não parece pretender parar, nem se perder.

Nesse sentido, a evolução desse cenário permitiu que a sociedade, que buscava simplesmente legitimar as vontades dos atores, fosse capaz de, enquanto comunidade, se unir em defesa dos interesses comuns. Talvez uma nova pergunta emanasse dessa visão “evolutiva”: seriam esses interesses comuns, atos que se adequam ao jogo de cada ator? Afinal, ceder em prol da aspiração social, deixar de conquistar algo imediato pode, muitas vezes, ser um benefício mediato. No entanto, o motivo que leva a sociedade internacional a buscar objetivos comuns é outra questão que não se pretendeu resolver nessa pesquisa, tendo em vista que, para o Direito Internacional, o que importa é que essa tensão permite que se consagrem normas imperativas, de caráter erga omnes, e que dificilmente se poderá retirar desse ordenamento jurídico internacional.

Concluiu-se, assim, que o Direito Internacional se apresenta como esse paradoxo, pois ele legitima as necessidades dos movimentos de convergência do âmbito societário, quando consagra os interesses particulares, mas também é capaz de fomentar as aspirações sociais que já se estabelecem claramente em um sentido comunitário da ordem internacional, podendo assim servir para a ação política à aspiração social.

## REFERÊNCIAS

- BOBBITT, Philip. **A guerra e a paz na história moderna: o impacto dos grandes conflitos e da política na formação das nações**. Rio de Janeiro: Campus, 2003.
- BODIN, Jean. **Les six livres de la République**. Paris: Librairie Générale Française, 1993.
- BRANT, Leonardo Nemer C. **A Autoridade da Coisa Julgada no Direito Internacional Público**. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2002.
- BRANT, Leonardo Nemer C. **A Competência da Corte Internacional de Justiça na Busca de uma Paz Durável**. In.: BRANT, Leonardo Nemer C (coord.). O Brasil e os Novos Desafios do Direito Internacional. Rio de Janeiro, RJ: Editora Forense, 2004. p. 39-92.
- BRANT, Leonardo Nemer C. **A Corte Internacional de Justiça e a Construção do Direito Internacional**. Belo Horizonte, MG: ed. CEDIN, 2005.
- BRANT, Leonardo Nemer C. **Comentário à Carta das Nações Unidas**. Belo Horizonte: CEDIN, 2008.
- BRANT, Leonardo Nemer C.; LAGE, Délber A. **A Natureza Normativa da Ordem Jurídica Internacional**. In: BRANT, Leonardo N. C. (Coord). Anuário Brasileiro de Direito Internacional. v.2, n. 11, Belo Horizonte: CEDIN, 2011.
- BROWNLIE, Ian. **Princípios de Direito Internacional Público**, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian
- BULL, Hedley **A sociedade anárquica**. Trad. Sérgio Bath (1a. edição) Brasília: Editora Universidade de Brasília, Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais, 2002
- CAMPOS, Julio D. Gonzáles; RODRIGUEZ, Luiz I. Sánchez & MARIA, Paz Andrés de Santa. **Curso Derecho Internacional Publico**. Madrid (Espanha): Editorial Civitas S.A., 1998.
- HÖFFE, Otfried. **A Democracia no mundo de hoje**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- HOMEM, António Pedro Barbas. **História das Relações Internacionais: o direito e as concepções políticas na Idade Moderna**. Lisboa: Almedina. 2003
- INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. **Advisory opinion about Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (1951) Reports**, 1951. Disponível em: [www. icj-cij.org](http://www.icj-cij.org); Acesso em: Jan, 2013.
- INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. **Case Concerning The Barcelona Traction, Light And Power Company, Limited Reports**, 1970. Disponível em: [www. icj-cij.org](http://www. icj-cij.org); Acesso em: Jan, 2013.
- INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. **Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua. Reports**, 1991. Disponível em: [www. icj-cij.org](http://www. icj-cij.org); Acesso em: Jan, 2013.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. **Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons.** *Reports*, 1996. Disponível em: [www. icj-cij.org](http://www.icj-cij.org); Acesso em: Jan, 2013.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. **Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United States of America).** *Reports*, 2003. Disponível em: [www. icj-cij.org](http://www. icj-cij.org); Acesso em: Jan, 2013.

KANT, Immanuel. **A paz perpétua e outros opúsculos.** Lisboa: Edições 70, 2008.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** 3a. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KEOHANE, Robert O.; NYE, Joseph S. **Power and Interdependence: World Politics in Transition.** Boston: Little, Brown, 1977.

KOSKENNIEMI, Martti, **From Apology to Utopia. The Structure of International Legal Argument,** Helsink: Finnish Lawyers' Publishing Co, 1989.

KOSKENNIEMI, Martti. **The Politics of International Law.** *European Journal of International Law*, p. 4-32, 1990. Disponível em: <http://www.ejil.org/pdfs/1/1/1144.pdf>. Acesso em: julho de 2012.

KOSKENNIEMI, Martti. **What is International Law For?** In Malcolm D. Evans, *International Law* (Oxford University Press, 2003), 89-114 (2nd edn. 2006), 57-81

LAGE, Délber Andrade. **A jurisdicionalização e seus impactos para a unidade do ordenamento jurídico internacional.** 2008 171, [33] f. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito.

LASMAR, Jorge M.; e RANGEL, Leandro de A. **Desafios Contemporâneos dos Sistemas de Solução de Controvérsias Internacionais.** In.: BRANT, Leonardo Nemer C (coord.). *O Brasil e os Novos Desafios do Direito Internacional.* Rio de Janeiro, RJ: Editora Forense, 2004. p. 695-712.

LASMAR, Jorge M. **The Global War on Terror, Jus and Normative Change in International Law.** In: BRANT, Leonardo N. C. (Coord). *Anuário Brasileiro de Direito Internacional.* v.2, n. 11, Belo Horizonte: CEDIN, 2011.

LESSA, Antônio Carlos. **História das Relações Internacionais.** *A Pax Britannica e o mundo do século XIX.* 3 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008.

LOHBAUER, Christian. **História das Relações Internacionais II.** *O século XX: do declínio europeu à Era Global.* Petrópolis, RJ: Vozes, 2005.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público.** Rio de Janeiro, RJ: Renovar, 2004.

MELO, Verônica Vaz de. **A efetividade da proteção ao direito à diversidade cultural e a perspectiva universalista dos Direitos Humanos.** Dissertação (Mestrado) - Pontifícia

Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. Belo Horizonte, 2008. 118p.

MERON, T. **General Course on Public International Law**. *R.C.A.D.I.* vol. 301. 2003. p. 21- 489.

MIRANDA, Jorge. **Curso de Direito Internacional Público**. 5ª Edição. Cascais: Princípia, 2012.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Carta das Nações Unidas**. In: MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Org.). *Coletânea de direito internacional; Constituição Federal*. 10. ed. rev., ampl. e atual. até 05.12.2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012a. 1740 p. (Coleção RT mini códigos Internacional).

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Estatuto da Corte Internacional de Justiça**. In: MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Org.). *Coletânea de direito internacional; Constituição Federal*. 10. ed. rev., ampl. e atual. até 05.12.2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012b. 1740 p. (Coleção RT mini códigos Internacional).

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Yearbook of International Law Comission**. Documents of the fifth session including the report of the Commission to the General Assembly. New York: United Nations Publication. 1953a, vol. 1. Disponível em: [http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes\(e\)/ILC\\_1953\\_v1\\_e.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes(e)/ILC_1953_v1_e.pdf) Acesso em Jan/2013.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Yearbook of International Law Comission**. Documents of the fifth session including the report of the Commission to the General Assembly. New York: United Nations Publication. 1953b, vol. 2. Disponível em: [http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes\(e\)/ILC\\_1953\\_v2\\_e.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes(e)/ILC_1953_v2_e.pdf). Acesso em Jan/2013.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Yearbook of International Law Comission**. Documents of the tenth session including the report of the Commission to the General Assembly. New York: United Nations Publication. 1958a, vol. 1. Disponível em: [http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes\(e\)/ILC\\_1958\\_v1\\_e.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes(e)/ILC_1958_v1_e.pdf). Acesso em Jan/2013.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Yearbook of International Law Comission**. Documents of the tenth session including the report of the Commission to the General Assembly. New York: United Nations Publication. 1958b, vol. 2. Disponível em: [http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes\(e\)/ILC\\_1958\\_v2\\_e.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes(e)/ILC_1958_v2_e.pdf). Acesso em Jan/2013

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Yearbook of International Law Comission**. Documents of the tenth session including the report of the Commission to the General Assembly. New York: United Nations Publication. 1963a, vol. 2. Disponível em: [http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes\(e\)/ILC\\_1963\\_v1\\_e.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes(e)/ILC_1963_v1_e.pdf) Acesso em Jan/2013

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Yearbook of International Law Comission.** Documents of the tenth session including the report of the Commission to the General Assembly. New York: United Nations Publication. 1963b, vol. 2. Disponível em: [http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes\(e\)/ILC\\_1963\\_v2\\_e.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes(e)/ILC_1963_v2_e.pdf) Acesso em Jan/2013

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE COMÉRCIO. **Acordo da OMC.** In: MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Org.). Coletânea de direito internacional; Constituição Federal. 10. ed. rev., ampl. e atual. até 05.12.2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. 1740 p. (Coleção RT mini códigos Internacional).

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE COMÉRCIO. **Rules and Procedures.** 1994. Disponível em: [https://www.wto.org/english/docs\\_e/legal\\_e/28-dsu\\_e.htm](https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/28-dsu_e.htm) Acesso em: Jan / 2013.

PELLEGRINO, Carlos Roberto. **Estrutura Normativa das Relações Internacionais.** Rio de Janeiro: Forense. 2008

PELLET, Alain. **Remarks by Alain Pellet.** In: Role of the International Court of Justice in a changing United Nations collective security context, 1991

PELLET, Alain. **The normative dilemma: Will and consent in International law-making.** In: The Australian Year Book of International Law. V.12. Australian National University, 1992. p.22-53

PELLET, Alain; et al. **Direito Internacional Público.** 2ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2003

PELLET, Alain. **As Novas Tendências do Direito Internacional: Aspectos "Macrojurídicos".** In.: BRANT, Leonardo Nemer C (coord.). O Brasil e os Novos Desafios do Direito Internacional. Rio de Janeiro, RJ: Editora Forense, 2004. p. 3- 25.

PERMANENT COURT OF INTERNATIONAL JUSTICE. **S.S. "Wimbledon".** Judgment of 17 August 1923. *Reports*, 1923. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/pcij/series-a.php?p1=9&p2=1>; Acesso em: Jan, 2013.

PERMANENT COURT OF INTERNATIONAL JUSTICE. **Status of Eastern Carelia.** Advisory Opinion of 23 July 1923 (including the text of the joint declaration by Judge Weiss, Judge Nyholm, Judge de Bustamante and Judge Altamira). *Reports*, 1923. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/pcij/series-b.php?p1=9&p2=2> ; Acesso em: Jan, 2013.

PERMANENT COURT OF INTERNATIONAL JUSTICE. **The Case of The S.S. "Lotus".** *Reports*, 1927. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/pcij/series-a.php?p1=9&p2=1>; Acesso em: Jan, 2013.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano.** São Paulo: Saraiva, 2012

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS. Pró-Reitoria de Graduação. Sistema de Bibliotecas. **Padrão PUC Minas de normalização:** normas da ABNT para apresentação de teses, dissertações, monografias e trabalhos acadêmicos. 9. ed. rev. ampl. atual. Belo Horizonte: PUC Minas, 2011. Disponível em: <<http://www.pucminas.br/biblioteca>>. Acesso em: Jan, 2013.

QUAGLIA, Maria de L. A. **A Efetividade dos Julgados da OMC em Matéria Ambiental:** Uma Análise à Luz da Teoria Construtivista. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

SANTOS, Giltônio Maurílio Pereira. **O direito e a sociedade dos povos:** reflexões sobre as possibilidades de uma comunidade internacional democrática de direito. 2008. 141 f. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito

SHAW, Malcolm N. **International law.** 6th ed. Cambridge, UK: New York: Cambridge University Press, 2008

SKINNER, Quentin. **As fundações do pensamento político moderno.** São Paulo: Companhia das Letras, 2000

TRINDADE, Antônio A. Cançado. **Direito das organizações internacionais.** 3ed. rev. atua. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

TRINDADE, Antônio A. Cançado. **A humanização do direito internacional.** Belo Horizonte: Del Rey, 2006.