
**A INFLUÊNCIA DO CRITÉRIO DA SOBERANIA NAS FONTES DO
DIREITO INTERNACIONAL*****THE INFLUENCE OF THE CRITERION OF SOVEREIGNTY ON THE
SOURCES OF INTERNATIONAL LAW*****FABIOLA WUST ZIBETTI**

Doutora em Direito Internacional, pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, com Pós-Doutorado pelo Programa da Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) e pelo Centro Ibero-Americano, vinculado ao Instituto de Relações Internacionais da USP. Mestre em Direito, Área de Relações Internacionais, pela UFSC. Professora do quadro permanente de docentes do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Passo Fundo, Brasil. Professora Convidada da Escola de Negócios da Universidad Mayor e do Programa de Mestrado em Estratégia Comercial e Política Comercial, do Instituto de Estudos Internacionais, da Universidade do Chile, Chile. E-mail: fwzibetti@gmail.com.

LITON LANES PILAU SOBRINHO

Professor dos cursos de Mestrado e Doutorado no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí. Professor do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu Mestrado em Direito da Universidade de Passo Fundo. Pós-doutor em Direito pela Universidade de Sevilha, Espanha. Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS (2008), Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC (2000). Possui graduação em Direito pela Universidade de Cruz Alta (1997). E-mail: liton@upf.br

LUIZ RICARDO DE MIRANDA

Doutor, Mestre em *development studies* Université de Nice Sophia Antipolis Bacharel em direito pela PUC/SP, e Doutor em Direito Internacional e Comparado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Foi visiting scholar na American University - Washington College of Law. É advogado e Professor de Direito Internacional. E-mail: luizricardo.miranda@gmail.com

RESUMO

Durante muito tempo, o pressuposto de não submissão do Estado senão às proposições admitidas por ele mesmo como direito confortava a ideia de uma sociedade orientada segundo uma lógica sistêmica positivista que tinha no voluntarismo a expressão mais bem-acabada da noção de soberania. Em tal panorama, é inexorável a ligação entre soberania e produção jurídica. Diante desse contexto, tendo presente as limitações das fontes clássicas do direito internacional para solucionar todas as controvérsias que afetam a sociedade internacional na atualidade, o presente artigo tem como propósito analisar a evolução dessas fontes com base na flexibilização do critério da soberania, pedra angular da edificação do sistema vestfaliano. Para tanto, inicialmente enquadra-se a ideia de soberania na categoria de “palavra viajante”, redefinindo seu conteúdo à medida que eventos disruptores da ordem estabelecida demandavam uma adaptação para que a lógica sistêmica se mantivesse operante. Num segundo momento, entrecruzam-se as principais alterações a impactarem a noção de soberania e sua influência na formação de uma nova estrutura social sujeita ao império do direito internacional. Na sequência, destaca-se a incidência desse processo nas fontes do direito internacional. Ao final, apresentam-se breves considerações a respeito da influência do critério da soberania nas fontes do direito internacional.

PALAVRAS-CHAVE: Direito internacional; Fontes de direito; Positivismo; Sistema de Vestefália; Soberania.

ABSTRACT

For a long time, the assumption of non-submission of the State, rather than to the propositions accepted by it as a right, reinforced the idea of a society oriented according to a positivist systemic logic that had in voluntarism the most well-finished expression of the notion of sovereignty. In such a scenario, the link between sovereignty and legal production is inexorable. In view of this context, bearing in mind the limitations of the classical sources of international law to solve all the controversies that affect international society today, this article aims to analyze the evolution of these sources based on the flexibilization of the criterion of sovereignty, cornerstone of the westphalian system. In order to do so, the idea of sovereignty in the category of "traveling word" is initially defined, redefining its content as disruptive events of the established order demanded an adaptation so that the systemic logic remained operative. Secondly, the main changes that impact the notion of sovereignty and its influence on the shaping of a new social structure subject to the rule of international law are intertwined. Following, the impact of this process on the sources of international law is analyzed. In the end, brief considerations are presented regarding the influence of the criterion of sovereignty on the sources of international law.

KEYWORDS: International Law; Positivism; Sources of law; Sovereignty; Westphalia System.

INTRODUÇÃO

As fontes do direito sempre se constituíram em tema de vigoroso debate, não obstante o grau de dificuldade distinto que sua determinação possa apresentar nos diferentes ramos do direito. Em direito internacional, esse tema ganha complexidade ainda maior: a inexistência de uma autoridade hierarquicamente superior aos membros da sociedade internacional pode dificultar sobremaneira a determinação do que, afinal, vem a ser direito.

Ao discorrer sobre as fontes do direito, Franco Montoro, em sua obra de Introdução à Ciência do Direito, esclarece que

Fonte do direito é uma expressão figurada ou, se quisermos, um caso de analogia metafórica. Em sentido próprio, “fonte” é o ponto em que surge um veio de água. É o lugar em que passa do subsolo à superfície, do invisível ao visível (MONTORO, 2016, p. 373).

Acrescenta que “a ‘fonte do direito’ é o próprio direito em sua passagem de um estado de fluidez e invisibilidade subterrânea ao estado de segurança e clareza” (Montoro, 2016, p. 373).

A despeito da clareza conceitual inequívoca de sua explicação, o próprio autor alerta que as fontes do direito sempre foram um tema árido a ser enfrentado, constituindo-se em assunto central da filosofia do direito. A inter-relação necessária entre fonte e fundamento do direito, sobretudo em direito internacional, nos conduz a diferentes correntes do pensamento jurídico e, por conseguinte, a diferentes concepções do fenômeno jurídico. Nesse âmbito, a doutrina positivista tentou equacionar o problema das fontes do direito ao vinculá-las à atividade estatal.

Durante muito tempo, inclusive no âmbito internacional, o pressuposto de não submissão do Estado senão às proposições admitidas por ele mesmo como direito confortava a ideia de uma sociedade orientada segundo uma lógica sistêmica positivista que tinha no voluntarismo a expressão mais bem acaba da noção de soberania. Em tal panorama, é inexorável a ligação entre soberania e produção jurídica.

No que concerne especialmente à teoria das fontes no direito internacional, adota-se uma abordagem carregada de grande carga histórica. Isto porque, se, como bem observa Zemanek (1997, p. 29), “*The interaction of the community’s members should be governed by rules which are rooted in values and interests shared by them*”, tampouco se pode abordar uma instituição, argumentar acerca do sentido ou extensão de uma regra, discernir seus pontos fracos, sem desenraizá-los do local que lhes viu nascer confrontando-os às exigências da nova realidade (De Visscher, 1954, p. 450-451).

Tendo presente as limitações das fontes clássicas para solucionar todas as controvérsias que afetam a sociedade internacional na atualidade (MIRANDA; ZIBETTI, 2016), o presente artigo tem como propósito analisar a evolução dessas fontes a partir da flexibilização do critério da soberania, pedra angular da edificação do sistema vestifaliano. Para tanto, enquadra-se a ideia de soberania na categoria de “palavra viajante”, tal qual empregada por Canotilho (1993), redefinindo seu conteúdo à medida que eventos disruptores da ordem estabelecida demandavam uma adaptação para que a lógica sistêmica se mantivesse operante. Num segundo momento, entrecruzam-se as principais alterações a impactarem a noção de soberania e sua influência na formatação de uma nova estrutura social sujeita ao império do direito internacional. Na sequência, destaca-se a incidência desse processo nas fontes do direito internacional.

2 A SOBERANIA COMO “PALAVRA VIAJANTE”

O direito internacional, tal qual edificado pelo modelo vestfaliano, estruturou-se segundo fatores consentâneos às sociedades da época. A partir disso, elementos como território, contrato e propriedade não somente ilustravam os valores de sociedades profundamente inspiradas pelo individualismo, mas também, na esfera externa, orientavam a concepção de uma sociedade internacional¹ estabelecida segundo o critério soberania (Accioly et al, 2009), o que provocava óbvios problemas à evolução estrutural do direito internacional.

¹ Celso D. de A. Mello (2004. vol. 1, p. 55) diferencia comunidade internacional da sociedade internacional. Segundo este autor, “A comunidade apresentaria as seguintes características: formação natural; vontade orgânica (energia própria ao organismo, manifestando-se no prazer, no hábito e na memória); e os indivíduos participam de maneira mais profunda da vida em comum. A comunidade é criação de cooperação natural ‘anterior a uma escolha consciente de seus membros’ (Harry Liebersohn – *Fate and Utopian in German Sociology*, 1870.1923’, 1988). A sociedade já possuiria caracteres diferentes: formação voluntária, vontade refletida (seria produto do pensamento, dominada pela ideia de finalidade e tendo como fim supremo a felicidade); e os indivíduos participariam de maneira menos profunda na vida em comum. A comunidade estaria regida pelo direito natural, enquanto a sociedade se encontraria sob o contrato”. Não obstante reconhecemos a existência de diferenças essenciais entre ambas, este tema, cuja profundidade extrapola os limites do nosso trabalho, não receberá tratamento individualizado em nossa narrativa; conseqüentemente, a adoção de uma ou outra terminologia não significa alinhamento filosófico algum com qualquer uma dessas teorias.

Canotilho (1993, p. 11-12) emprega o termo “palavras viajantes” para designar a crise conceitual de alguns vocábulos designantes cujo conteúdo material naturalmente se metamorfoseiam sob a ação do tempo. A evolução da noção de soberania representa um exemplo desse fenômeno: desde sua concepção com Bodin (1992), no século XVI, passando pela consolidação do poder absoluto e, em seguida, pelo advento do governo constitucional, a noção de soberania sempre foi, de forma oportuna, reinterpretada sob influência da respectiva conjuntura política.

Nesse movimento, pode-se apontar um claro fenômeno, particularmente notável em Hobbes (2008), de reclassificação disciplinar: a identificação da soberania com a força – e não com o poder legal – provocou seu deslocamento da esfera jurídica para a esfera da ciência política (Brierly, 1979). Essa transposição inevitavelmente acrescentou maior dificuldade ao seu enquadramento na esfera internacional. Mais recentemente, autores como Fukuyama (2005), ao analisarem o panorama das relações internacionais numa sociedade cada vez mais globalizada, chegam mesmo a mencionar uma erosão do princípio da soberania. Sem contestar sua importância como elemento estrutural do Estado, questiona-se a utilidade de um critério de determinação da sociedade internacional que exiba tal elasticidade conceitual.

De início, o princípio da soberania vinculou-se essencialmente à origem do poder no âmbito do Estado, mas não necessariamente ao poder do Estado (Dinh et al., 2002, p. 62). Sua acepção externa, devido ao próprio contexto histórico que a produziu, foi fruto de uma transposição dos paradigmas internos à esfera internacional, assim como de um reflexo natural frente às contínuas ameaças exteriores (Brierly, 1979, p. 19).

Com o passar do tempo, perderam-se gradualmente de vista os motivos que ocasionaram a coesão social e a concentração do poder no limiar do Estado moderno, elementos tidos como essenciais à composição da noção de soberania. Num segundo momento, a despersonalização do poder no âmbito do Estado acentuou essa tendência ao acrescentar o elemento moral a essa equação:

It is by turning the confused moral aspirations of the masses to its profit, and by posing as a moral order, that the State reinforces its power and measures

its stability and duration. There is “a politics of morals” which transforms social constraints into group loyalties based upon moral imperatives. (DE VISSCHER, 1957, p. 93).

Uma vez despersonalizado, esse poder passou a ser visto como atributo do próprio Estado, passando a significar “*pre-eminence of the element of authority and competence over the element of force or domination. (...) Institutionalized power ceases to be pure coercion in the eyes of men*” (De Visscher, 1957, p. 88-89). Consequentemente, a coesão social e o senso de obrigação fundar-se-iam na conscientização da imperatividade do sacrifício individual em virtude do bem comum, não numa utópica ideia de harmonias espontâneas.

A transposição dessa lógica do sistema interno ao internacional não se mostrou perfeitamente adaptável, pois se a consolidação histórica da noção de soberania decorreria de um processo de coesão social inerente à própria formação do Estado, a sua expressão externa não foi produto de processo social similar, mas de mera manifestação de poder.

Nada disso era muito problemático num contexto em que a lógica inerente da sociedade internacional, composta unicamente por entidades soberanas e regida por normas fundadas no voluntarismo, delineava os contornos de um direito caracterizado pela justaposição de soberanias no qual o elemento territorial possuía valor fundamental (Poggi, 1981, pp. 97-98). Em tal contexto, não havia espaço para outros sujeitos senão os Estados soberanos – cada um deles proclamando sua autossuficiência para gerir um segmento do globo. Essa lacuna congênita do sistema internacional, àquela época ainda impalpável, se faria sentir com o tempo.

Na década de 1950, De Visscher (1957) questionava o realismo inerente à ideia de uma comunidade internacional supostamente fundada em princípios solidários. Comparativamente, a sociedade internacional não teria no senso de obrigatoriedade da ordem interna um paradigma real, mas sim, se muito, uma aspiração filosófica. Lembrava, ainda, que a força de coesão social decorre da crença em sua necessidade: “*No society has any legal foundation unless men believe in its necessity. The ultimate explanation of society as of law is found beyond society, in individual consciences*” (De Visscher, 1957, p. 98-99).

No mesmo sentido, Brierly (1979, p. 42) destaca que “[é] elemento necessário de qualquer sociedade e ponto de apoio de qualquer ordem jurídica a existência de um sentimento de corresponsabilidade pela condução de uma vida comum”, concluindo que “a força de qualquer sistema normativo é proporcional à força desse sentimento”. Seria, portanto, uma grande ilusão acreditar que um mero acordo entre Estados pudesse produzir nos homens esse sentimento de coesão social.

Há que se reconhecer que, num meio extremamente impregnado de referências políticas e ideológicas, identificar no comunitarismo internacional um dado real ou uma aspiração filosófica não se consubstancia de fato numa tarefa fácil. Crítico contumaz da corrente teórica que vê na cooperação internacional um elemento de transformação do direito internacional, Weil (1982), com grande carga irônica, incita à reflexão:

Que cette évolution constitue à bien des égards un facteur de progrès, nul ne songerait à le nier. En mettant l'accent sur la “conscience juridique”, elle tend à assurer la primauté de l'éthique sur la sécheresse du droit positif (...). Sans “valeurs” morales supérieurs, le droit international n'est qu'une mécanique privé d'âme: voilà, en quelque sorte, le message essentiel de ces théories nouvelles. En poussant au premier plan le concept de “communauté internationale”, ces théories reflètent également la prise de conscience d'une solidarité accrue et l'aspiration à une plus grande unité par-delà les différences idéologiques et économiques. La multiplication du nombre des Etats et leur diversité croissante ne rendent que plus précieuse cette volonté de transcender la traditionnelle société internationale faite de la juxtaposition d'égoïsmes sacrés en une communauté internationale animée par la recherche du “bien commun” et de “valeurs communes”. On pourrait même voir là un retour inattendu du droit international à ses sources historiques: à l'“irréductible droit naturel”, sans nul doute (...); mais aussi à cette unité fondamentale du genre humain q'exprimait dès le XVe siècle Vitoria dans son célèbre “Totus orbis, qui aliquo modo est una res publica” et dont la “communauté internationale des Etats dans son ensemble” n'est, après tout, qu'une version modernisée. (WEIL, 1982, 18-19)

Mas se, como parece ser o caso, a soberania, elemento comum sobre o qual se edificou a sociedade internacional, deixou de ser um pré-requisito necessário à participação da sociedade internacional, qual teria sido esse novo elemento caracterizador que passou a substituí-la nesta nova configuração?

3 A TRANSFORMAÇÃO DO SISTEMA INTERNACIONAL

Conforme aponta Reuter (1961, p. 459) o direito não é apenas um produto da vida social, mas igualmente o fruto de um esforço intelectual, na medida em que se busca organizar todos os elementos reunidos num conjunto tão lógico e coerente quanto possível. Lembra, no entanto, que o fator mais delicado dessa equação se manifesta quando a desordem da sociedade internacional não se evidencia por uma desordem do pensamento mas sim por uma desordem da realidade, fruto de uma reorganização do poder.

Numa sociedade internacional orientada segundo uma lógica jurídica centrada na figura dos Estados e estruturada a partir da noção de soberania, as fontes clássicas – tratados, costume e princípios gerais de direito – sempre se mostraram aptas a garantir a produção normas jurídicas. Tampouco a mudança de fundamentação do direito internacional, que no século XIX teve como repercussão a ascensão dos tratados em detrimento do até então prevalente costume, alterou essa realidade. Afinal, o adensamento técnico que se faria sentir, sobretudo ao longo de século XIX, não impactou de forma significativa a configuração da sociedade internacional, talvez por isso não se verificasse, naquela época, insuficiência alguma das fontes clássicas.

A diversificação temática do direito internacional, acompanhada do correlativo alargamento territorial de suas fronteiras, inevitavelmente abalou as bases europeias de um direito até então destinado a regular as relações de um grupo circunscrito de Estados bastante homogêneo. Esse processo de expansão, tanto temática como territorial de suas fronteiras, seja a oeste - com a crescente inclusão dos Estados do continente americano -, seja a leste - com a integração do extremo oriente -, importou num incremento de sua complexidade na medida em que exigia a integração à sociedade internacional de Estados orientados por valores absolutamente distintos daqueles que formaram o direito internacional clássico. Essa ruptura cada vez maior da harmonia de valores e padrões derivados do passado europeu paulatinamente gerou a formulação de teorias concorrentes acerca do fenômeno jurídico. Esse processo, já bastante evidente quando da integração das

sociedades budistas, hinduístas e islâmicas, ficou mais claro quando a ideologia política da “guerra fria” passou a condicionar a ordem internacional, exigindo um esforço ainda maior para acomodar as diferentes demandas políticas num quadro normativo até então estático (Miranda, 2013, p. 382-383).

As origens desse processo de adensamento temático não são muito claras, mas se pode indicar a revolução industrial e a revolução francesa como marcos dessa evolução. No caso desta, seguindo uma dinâmica já visível no longínquo advento da Carta Magna Inglesa e na proclamação do *Bill of Rights*, consolidou-se a tendência que, no futuro, levaria à emergência do indivíduo como sujeito de direito internacional. No caso da primeira, o avanço tecnológico, que a partir de então não conheceria mais freio, reduziu as distâncias intensificando as relações internacionais, mas também os problemas delas advindos.

A evolução histórica da cooperação internacional em sinergia com a própria globalização de fato dá razão àquelas preocupações delineadas por Reuter (1961). Ainda que a comunhão de alguns princípios tenha orientado a edificação do sistema vestfaliano, parece improvável se falar de coesão social num panorama tão duramente marcado pela diversidade, característica que se tonaria mais marcante com a expansão territorial da sociedade internacional.

Em tal conjuntura, dominada pela proeminência estatal, qualquer concepção de bem comum não se dissociava dos interesses internos de cada Estado, o que emblematicizou as primeiras iniciativas de cooperação estabelecidas no século XIX. Não obstante nelas pudessem ser identificadas as bases de estruturas cooperativas mais complexas que seriam lançadas no século XX, a coordenação das ações apenas mascarou, nestes casos, a real motivação dos agentes: inexoravelmente, foram os interesses nacionais, estivessem eles em harmonia ou contra as medidas de cooperação, que ditaram o comportamento dos dirigentes nacionais, não necessariamente um genuíno espírito cooperativo:

Despite proclamations in the Charter of the United Nations to the contrary, international solidarity, especially when it requires contributing forces to collective measures or funds for development, is not a paramount value. In reality, all States are conscious of and accept that the pursuit of individual interests is the foremost and legitimate objective of States. Only when, in a momentary constellation, individual interests coincide with objectives

dictated by international solidarity is the latter ostensibly honored".
(ZEMANEK, 1987, p. 40)

Os primeiros sinais da incapacidade dos Estados para lidarem sozinhos com problemas de amplitude transnacionais fizeram-se sentir já no início do século XIX. Num contexto de unificação dos padrões monetários, a aceleração da atividade financeira e a correlativa intensificação do risco sistêmico fizeram com que as autoridades monetárias nacionais desenvolvessem mecanismos próprios para ajustar os desequilíbrios das balanças de pagamentos, o que não evitou que ações coordenadas se fizessem necessárias em momentos de turbulência: algumas crises chegaram a exigir a adoção de medidas mais contundentes, como a concessão de empréstimos diretos de um banco central a outro. Em setores mais técnicos, observou-se, já naquela época, algumas iniciativas pioneiras de institucionalização da cooperação internacional, como a *International Telegraph Union*, criada em 1865, a *Universal Postal Union*, em 1875, a *International Meteorological Union*, em 1878.

A princípio fruto de um impulso utópico – vide as bases conceituais em serviram de sustentação à Sociedade das Nações –, a institucionalização da cooperação internacional mostrou-se enfim essencial no segundo pós-guerra. A internalização do conflito entre blocos no aparato institucional da Organização das Nações Unidas (ONU) de certa forma aliviou as tensões, já bastante altas. Numa conjuntura em que a guerra definitivamente deixava de ser uma saída viável às oposições políticas, as organizações internacionais aos poucos passavam a ser vistas sob outra perspectiva.

De início, não se pretendia que o quadro cooperativo excedesse a configuração de meros locais de discussões, ou, como prefere Tunkin (1974, p. 306) “*a specific form of relations among states*”. Contudo, à medida que as demandas globais submetidas às organizações internacionais se multiplicavam, não restou alternativa senão reconhecer a sua personalidade jurídica internacional: sem dúvida um marco conceitual na história do direito internacional porque se adicionava formalmente à sociedade internacional uma entidade distinta dos Estados, caracterizando-se com isso num elemento disruptor de um sistema pautado pela soberania.

The world organization appears to us as both a social structure within which all states of the world already have taken or should take places. At the same time, this organization is an autonomous entity in the world international community (VIRALLY, 1972, p. 30)

Em termos estruturais, a acomodação de entidades estabelecidas por meio de bases temáticas (critério da competência) numa sociedade originalmente definida pelo critério territorial inexoravelmente alterou seu próprio fundamento. Ao analisar esta conjuntura segundo a ótica das organizações internacionais, Reuter (1961, p.519) pondera que:

[...] la 'souveraineté' ne vaut qu'en termes de juxtaposition, d'exclusivité territoriale, or les organisations se trouvent dans une situation toute différente. A la différence des Etats elles ne portent pas la responsabilité finale du destin d'une communauté humaine ; elles n'ont ni population, ni territoire ; elles n'ont par rapport aux Etats, que des attributions limitées et des pouvoirs restreints. C'est donc à leur propos que l'on peut recourir plus encore que pour les Etats à la notion de compétence. [...] En effet la compétence des organisations internationales doit se composer avec celle des Etats et c'est là une question extrêmement difficile.

A partir disso, a igualdade formal característica da sociedade composta por entes soberanos teve que conciliar a desigualdade material inerente às organizações internacionais.

As principais atingidas por essas mutações do direito internacional foram as doutrinas positivistas, com a ruptura, ao menos parcial, de um arcabouço teórico edificado a partir de elementos como Estado, soberania, território e contrato. Isto porque, conforme aponta Dupuy (2002, p. 27-28)

Le positivisme comme théorie s'appuie sur l'idée selon laquelle le phénomène juridique est lié à la formation d'un pouvoir central souverain et capable d'exercer la contrainte: l'Etat [...] On voit ici que la force comme les faiblesses intrinsèques du positivisme tiennent à son pilier central: sa polarisation sur l'Etat.

Todavia, nem mesmo essa rigidez estrutural impediu que, em paralelo, se observasse a gradual consolidação da sociedade internacional. No âmbito político, por exemplo, a evolução é igualmente contrastante. A despeito da natural tendência aos desvios morais de conduta que sem dúvida dificultaram (e em certa medida

ainda dificultam) o processo de edificação da sociedade internacional, a conscientização de que ao lado de problemas essencialmente morais também se identificavam problemas de técnica política com certeza contribuiu para o avanço desse processo. Percebeu-se, assim, que fins sociais comuns não poderiam ser obtidos senão por meio da criação de instituições orientadas à sua consecução (BRIERLY, 1979, p. 44-45).

Desde então, a sociedade internacional convive com dois sistemas, o antigo ainda operacional e dotado de suas fontes tradicionais, e o novo, ainda não totalmente operante e presente em alguns segmentos específicos, mas que não deixa de expor de forma bastante crua a ineficiência das formas clássicas de produção do direito internacional diante dos desafios dessa nova sociedade globalizada cada vez mais carente de respostas rápidas para problemas urgentes.

Tudo isto não ocorreu, sem que a noção original de soberania sofresse uma sensível e necessária reinterpretação. No caso da cooperação monetária, não obstante o real controle da instituição (FMI) ficasse nas mãos de alguns poucos países, atribuiu-se à organização o controle de um dos mais emblemáticos atributos da soberania nacional, a moeda:

Both men [White and Keynes], in the proposal that they put forward, were animated by the belief that the economic distress of the interwar years could be avoided after the end of World War II only by international cooperation on a previously untried scale (...) the decision to surrender to an untried and imperfectly visualized international body the supervision of the one of the most cherished attributes of national sovereignty, the right to change the rate of exchange (HORSEFIELD, 1969, p. 3).

Em outras organizações, como no caso das decisões do Conselho de Segurança da ONU, atribui-se mesmo a prerrogativa de criar direito (*vide* artigo 25 da Carta da Organização das Nações Unidas), ainda que esta não seja a regra quando se fala de atos de organizações internacionais. Em outros subsistemas de direito internacional, atribui-se a particulares o direito de acionar diretamente o Estado em Cortes Internacionais (*vide* ICSID, 2006), ao passo que a consolidação do *jus cogens* cria uma hierarquização de determinados conteúdos de direito

categorizados como inderrogáveis (Accioly et al, 2008). Tudo isso impensável num contexto em que a soberania é entendida em seu estado bruto.

No entanto, nenhum outro fator parece ter sido tão decisivo para o despertar, na sociedade internacional, da percepção do conteúdo global de alguns temas do que o processo de globalização. O que não se esperava era a intensidade adquirida por este fenômeno, particularmente de sua vertente econômica: sob o seu impulso, o desenvolvimento do capitalismo – internacionalista por natureza – atravessou as fronteiras nacionais, solapando lentamente outros sistemas sociais; condicionando, aos poucos, a política. Na passagem, a tradicional separação entre economia (privado) e política (público) foi paulatinamente superada à medida que a associação entre interesses privados e interesses nacionais desfazia-se. Nesse sentido, Beck (1999, p. 15) esclarece que o “equilíbrio e o pacto de poder da primeira sociedade industrial moderna foram rescindidos e – sem a participação do Governo e do Parlamento, da esfera pública e dos tribunais – foi novamente redigida nos termos da autogestão da atividade econômica”. Com isso, verifica-se que, de fato, “A economia de atuação global enterra os fundamentos do Estado e da economia nacional. E assim entra em curso uma subpolitização de dimensões impensadas e consequências imprevisíveis” (Beck, 1999, p. 18).

Ao contrário do que se poderia pensar, a sua força não se localizou na criação de um sentimento de coesão da sociedade internacional, mas na gradativa corrosão dos elementos que historicamente sustentaram a coesão das sociedades nacionais. Em termos práticos, a compressão do espaço/tempo corroe as fronteiras nacionais, solapando a outrora sólida fidelidade nacional e substituindo-a por outros elementos não necessariamente internacionais. Se, como aponta Bauman (1999, p. 18), o poder tornou-se extraterritorial, “Não importa mais onde está quem dá a ordem – a diferença entre próximo e distante, ou entre o espaço selvagem e o civilizado e ordenado, está a ponto de desaparecer”.

Os reflexos desse processo são marcantes. Elementos outrora fundamentais à determinação do poder foram sendo gradativamente relativizados. Substituindo as formas de coesão social características da sociedade industrial, nota-se um processo de intensificação do individualismo, no qual os fatores de coesão social,

seja no âmbito internacional, seja no âmbito nacional, são redefinidos não mais com base em critérios coletivos objetivos (e.g. nacionalidade, classe social, entre outros), mas segundo critérios muitas vezes subjetivos de natureza puramente individual

[...] as fontes de significado coletivas e específicas de grupo (por exemplo, consciência de classe ou crença no progresso) na cultura da sociedade industrial estão sofrendo de exaustão, desintegração e desencantamento. Estas deram apoio às democracias e às sociedades econômicas ocidentais no decorrer do século XX e sua perda conduz à imposição de todo esforço de definição sobre os indivíduos; é isso que significa o conceito do 'processo de individualização' (Beck et al, 1997, p. 18).

A originalidade do impacto da globalização (ao menos de sua versão moderna/pós-moderna) sobre o direito internacional reside exatamente na relativização de alguns fatores considerados essenciais ao conceito clássico de sociedade internacional. Bauman (2001, p. 18) pertinentemente constata que “Em termos práticos, o poder se tornou verdadeiramente extraterritorial, não mais limitado, nem mesmo desacelerado, pela resistência do espaço”.

De fato, nada disso seria possível sem a relativa corrosão de um dos elementos fundamentais do Estado moderno: o território (Casella, 2009, p. 27). Afinal, se há um fator comum a todas as dimensões da globalização, este é sem dúvida a superação da “ideia de que se vive e se interage nos espaços fechados e mutuamente delimitados dos Estados nacionais e de suas respectivas sociedades nacionais” (Beck, 1997, p. 46).

Inevitavelmente, o choque dessas transformações sobre a sociedade internacional e sobre o direito que a regulava foi significativo. A clássica noção de justaposição de soberanias, que por muito tempo serviu de estrutura a um direito internacional fundado essencialmente na figura do Estado, diluiu-se com a emergência de novos atores internacionais (e.g. o indivíduo, as empresas multinacionais, entes representativos da sociedade civil como as organizações não governamentais, as organizações internacionais). Sem que o modelo clássico fosse completamente superado, observou-se o processo de emergência de um modelo paralelo, supostamente mais adaptado às novas demandas de uma sociedade internacional reconfigurada. Nesse cenário, as fontes clássicas de direito

internacional continuam operantes, contudo são incapazes de dar conta de todas as demandas que derivam da nova sociedade internacional.

4 O IMPACTO DA REINTERPRETAÇÃO DA SOBERANIA NAS FONTES DO DIREITO INTERNACIONAL

Em 1945, as fontes clássicas do direito internacional foram integradas ao rol não hierarquizado (DINH et al., 2002; ACCIOLY et al, 2009) incorporado no artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça (CIJ), estabelecido juntamente com a Carta das Nações Unidas². Muito embora seja muitas vezes mal apreendido como um rol exaustivo, esse dispositivo limita-se a elencar como fontes de direito internacional as convenções internacionais, o costume internacional e os princípios gerais de direito, acrescentando como meio auxiliar para a determinação das regras de direito, as decisões judiciais e a doutrina dos publicistas mais qualificados das diferentes Nações. De fato, desde sua concepção, esse artigo não pretendeu exaurir o rol das fontes em direito internacional público, servindo, seu elenco, expressamente para delimitar de forma material e inequívoca a fundamentação das decisões da Corte (Trindade, 2002).

Além disso, a própria complexidade das controvérsias que emergem da cena internacional levou a própria Corte a buscar alternativas. Dessa forma, outras fontes passaram a fundamentar as normas jurídicas internacionais, como os atos unilaterais dos Estados e as decisões de organizações internacionais, ao serem aplicadas com o propósito de decidir contenciosos que não encontravam soluções essencialmente fundadas nas tradicionais fontes de direito internacional.

Portanto, sem que se verifique uma suposta superação das fontes clássicas, observa-se a integração ao direito de outros elementos, muitos deles de natureza ainda indefinida, que buscam contribuir de maneira mais eficaz para regular

² Esses documentos internacionais foram promulgados no Brasil por meio do Decreto nº 19.841, de 22 de outubro de 1945, que promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas (BRASIL, 1945).

determinados setores da vida internacional em que as fontes clássicas apresentam dificuldades de penetrar.

Na prática, as fontes clássicas exibem suas limitações ao tentar organizar uma sociedade internacional em mutação, afetada principalmente pelo fenômeno da globalização. Nesse contexto não se confronta mais a um panorama preciso de justaposição de soberanias, em que a autossuficiência de cada Estado na resolução dos problemas nacionais garante, por meio da somatória de soluções individuais, a resolução dos problemas globais. De fato, na atualidade, muitas questões locais assumiram feições globais, adquirindo uma dimensão muito mais ampla que a mera somatória de suas manifestações nacionais.

A maior complexidade dos problemas passou a demandar a intensificação de esforços para equacioná-los, exigindo arranjos cooperativos cuja concretização implicaram maior relativização da soberania nacional. Ademais, a urgência das questões internacionais e suas repercussões quase automáticas tornam obsoleto o formalismo necessário à consolidação das fontes tradicionais do direito internacional: a necessidade de soluções imediatas exige agilidade muitas vezes inalcançável às fontes clássicas.

Nesse contexto, afloram instrumentos internacionais distintos, cujo *animus contrahendi* – que baliza as fontes voluntaristas – deixa de se expressar ou se expressa de forma tácita, dificultando a identificação de sua força constringente, mas que não impede, ainda que de forma involuntária, a gradual consolidação global de novas práticas. Algumas dessas práticas funcionarão mesmo como uma etapa anterior na consolidação do direito pelas fontes tradicionais, sob a roupagem de *soft law*, cuja “exata configuração normativa permanece incerta” (Casella, 2008, p. 1378), mas que se pode reconhecer que:

[...] a multiplicação dessa ferramenta juridicamente indeterminada, vem responder a anseio dessa mesma comunidade internacional em relação à necessidade de afirmação, se não de princípios, ao menos de anseios, que, todavia, regulados de modo incipiente poderão vir a traduzir-se e regulação legalmente eficaz e adequada para responder às necessidades da humanidade, confrontada com sua sobrevivência (CASELLA, 2008, pp. 1378-1379).

Na mesma linha é possível destacar o recentemente consolidado “acordo tácito”.³ Um instrumento jurídico cuja natureza jurídica também ainda é desconhecida, o que tem levado a interpretações diversas pela doutrina. Se por um lado há autores que os reconhecem como tratados, por outro, há aqueles que os consideram uma forma de costume, além daqueles que aludem aos acordos tácitos como uma possível fonte *sui generis*⁴.

De fato, conforme assinalam Dinh et al (2002, p. 394):

Na vida internacional, os Estados negociam frequentemente instrumentos que não são tratados, mas não são por isso menos destinados a reger as suas relações mútuas e, em todo o caso, a orientar a sua conduta. Resultantes, como os tratados, de uma concertação entre sujeitos de direito internacional, estes [atos] não estão submetidos ao direito dos tratados e, em especial, à regra fundamental que o sustém, o *princípio pacta sunt servanda*. Nem por isso deixam de desempenhar um papel político extremamente importante, o que não é contestado por ninguém, e, a despeito de controvérsias doutrinárias particularmente vivas sobre este ponto desde os anos 70, têm efeitos jurídicos.

Com efeito, as transformações do direito internacional nada mais fazem que refletir o clima de mutação também presente no âmbito da sociedade que tenta regular. Nesse cenário, emerge a necessidade de realinhamento do direito em relação às demandas da sociedade internacional globalizada, promovendo a sinergia entre os diferentes instrumentos de organização social. Isso porque o esforço cooperativo não é naturalmente uniforme em todos os setores da sociedade, mas invariavelmente proporcional à força e à intensidade com que a globalização os afeta. De fato, esse movimento não implica no desaparecimento das fontes clássicas, mas certamente exigem um esforço de adaptação do próprio direito internacional à nova realidade.

Na década de 1950, já se conectava a crise do direito da época à crise geral da civilização ocidental (Kunz, 1955). Sem questionar a existência de uma nova crise ou apenas a extensão daquela, obviamente não se pode ignorar as semelhanças entre ambas. Hoje, a suposta “crise do direito internacional” parece tão somente refletir uma crise maior da própria sociedade moderna em questões que,

³ Vide Decisão da Corte Internacional de Justiça na Disputa Marítima entre Peru e Chile: ICJ, 2014.

⁴ Sobre os acordos tácitos, ver: Alvarez-Jimenez, 2012; D’Aspremont, 2015; Bonafè, 2014; Rosales Zamora, [2014].

por natureza são transversais, penetram subsistemas outrora pretensamente isolados, relevando, com isso, a insuficiência dos instrumentos fornecidos pela superada especialização disciplinar que orientou as estratégias intelectuais do século XX (GINTIS, 2005. p. 4).

CONCLUSÃO

A compressão das variáveis de espaço e tempo impactou de forma decisiva aqueles fatores sobre os quais se edificara o sistema vestfaliano, corroendo, na passagem, as bases estáticas de um direito fundado basicamente numa noção de soberania exibindo clara vertente territorial.

Ao corroer as já porosas fronteiras nacionais, o fenômeno da globalização impactou, assim, um dos sustentáculos da lógica jurídica em que se fundava o direito internacional do século XIX e que, em grande medida, mantinha-se inviolado até os dias atuais. Nesse contexto, as fontes clássicas exibem suas limitações ao tentar organizar uma sociedade internacional que se transforma em progressão geométrica.

Desta nova conjuntura, resta a crescente incapacidade das fontes clássicas de direito internacional para regular certas distorções da sociedade moderna: ocorrência de crises econômicas globais, ameaças ecológicas, movimentos migratórios incontroláveis que, não raro, redundam em tragédias humanitárias, combate ao terrorismo (inclusive digital), contenção de epidemias, entre outros fenômenos.

Nesse contexto, o papel do Estado gradativamente se desloca, dando lugar a outros entes, como as organizações internacionais. Por mais que se pretendesse manter a antiga concepção que via nas organizações internacionais meras extensões dos desígnios de seus membros, após a consolidação da personalidade jurídica internacional desses entes, tal entendimento deixa gradualmente de subsistir, abrindo espaço para consolidação da personalidade jurídica internacional de indivíduos, empresas transnacionais e outros entes. A partir disso, parece claro

que o direito internacional clássico é incapaz de satisfazer todas as demandas da sociedade moderna.

Seria, no entanto, equivocado decretar a falência do antigo sistema ou afirmar categoricamente que essa nova configuração virá um dia eliminá-lo. De fato, o direito é um reflexo da sociedade que visa regular, assim da mesma forma que segmentos mais dinâmicos dessa sociedade demandam formas mais aptas a produzir o direito num contexto de maior urgência, segmentos mais tradicionais dessa mesma sociedade ainda contam com a fiabilidade de um conjunto de fontes consolidado através da prática internacional.

Afinal, se é verdade que o direito internacional de nossos dias comporta uma dose mais marcada de cooperação (Weil 1982), quando comparado ao direito internacional de outros séculos, a função de cooperação não eliminou (nem parece ter sido essa a intenção) a função de coexistência: ambas funções continuarão a se completar como sempre fizeram.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA, Geraldo E.; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de direito internacional público**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ALVAREZ-JIMENEZ, Alberto. *Boundary Agreements in the International Court of Justice's: Case Law, 2000–2010*. **The European Journal of International Law** (EJIL), vol. 23, n. 2, 2012, pp. 495–515.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

_____. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BECK, Ulrich. **O que é Globalização?** equívocos do globalismo: respostas à globalização. São Paulo: Terra e Paz, 1999.

_____; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. **Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna**. São Paulo: Editora das Universidade Estadual Paulista, 1997.

BODIN, Jean. **On Sovereignty: Four chapters from The Six Books of the Commonwealth** (Edited and translated by Julian H. Franklin). New York: Cambridge University Press, 1992.

BONAFÈ, Beatrice I. Observatoire sur la Cour Internationale de Justice n. 2/2014. Le différend maritime entre le Pérou et le Chili et l'existence d'accords tacites en Droit International: Arrêt du 27 janvier 2014, Différend maritime (Pérou c. Chili), **Ordine Internazionale e Diritti Umani**, 2014, pp. 320-326.

BRASIL. **Decreto nº 18.956, de 22 de outubro de 1929**. Promulga seis convenções de direito internacional público, aprovadas pela Sexta Conferência internacional americana. Publicado no D.O.U. em 12 de dezembro de 1929. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-18956-22-outubro-1929-549004-publicacaooriginal-64267-pe.html>>. Acesso em: 10 mar. 2016.

_____. **Decreto nº 19.841, de 22 de outubro de 1945**. Promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm>. Acesso em: 10 mar. 2016.

_____. **Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009**. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. Publicado no D.O.U. em 15 de dezembro de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm>. Acesso em: 10 mar. 2016.

BRIERLY, James Leslie. **Direito Internacional**. 4 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1979.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993

CASELLA, Paulo Borba. **Direito internacional dos espaços**. São Paulo: Atlas, 2009..

_____. **Fundamentos do Direito Internacional Pós-Moderno**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2008.

COMISSÃO DE DIREITOS HUMANOS - USP. **Pacto da Sociedade das Nações de 1919**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-Internacionais-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-1919-a-1945/pacto-da-sociedade-das-nacoes-1919.html>>. Acesso em: 10 abr. 2016.

D'ASPREMONT, Jean. *The International Court of Justice and tacit conventionality*. **QIL**, Zoom-in 18, 2015, pp. 3-17.

DE VISSCHER, Charles. **Cours général de principes de droit international public**. *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye (RCADI)*. The Hague: The Hague Academy, 1954, v. II, t. 86.

_____. **Theory and reality in Public International Law**. New Jersey: Princeton University Press, 1957.

DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. **Droit international public**. Paris: L.G.D.J., 2002.

_____; _____. **Direito Internacional Público**. 2 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

DUPUY, Pierre-Marie. **Droit international public**. Paris: Dalloz, 2004.

DUPUY, Pierre-Marie. **L'unité de l'ordre juridique international**. *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye (RCADI)*. The Hague: The Hague Academy, 2002, T. 297.

DUPUY, René-Jean. **État et organisation internationale**. In: **Manuel sur les organisations internationales: a handbook on international organizations**. Dordrecht /Boston/ Lancaster: Martinus Nijhoff Publisheurs, 1998.

FUKUYAMA, Francis. **State building**. Paris: La Table Ronde, 2005.

GINTIS, Herbert; BOWLES, Samuel; BOYD, Robert; FEHR, Ernst. **Moral sentiments and material interests: the foundations of cooperation in economic life**. Cambridge, Massachusetts: MIT Press, 2005.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. São Paulo: Martin Claret, 2008.

HOBBSAWM, Eric J. **A era do capital: 1848-1875**. São Paulo: Paz e Terra, 2010.

HORSEFIELD, James Keith. **The International Monetary Fund: 1945-1965: Twenty years of International Monetary Cooperation**, Vol. 1: Chronicle. Washington: IMF, 1969.

ICJ - INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. **Maritime Dispute (Peru v. Chile)**: Judgment of 27 January 2014. I.C.J. Reports 2014, p. 3. The Hague: ICJ, 2014.

ICSID – INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. ICSID Convention, Regulations And Rules. Washington, DC: ICSID, 2006.

KUNZ, Josef L. **La crise et les transformations du droit des gens**. *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye (RCADI)*. The Hague: The Hague Academy, 1955, vol. 88, issue II.

DE MIRANDA, Luiz Ricardo. **O Grupo Banco Mundial e a regulação internacional do financiamento de projetos (Project Finance)**. Tese de Doutorado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 24-25.

_____. O impacto estrutural do reconhecimento da personalidade jurídica internacional das organizações internacionais no direito internacional clássico. In: **XXII CONPEDI Congresso Nacional**, Livro: Direito internacional. Florianópolis: FUNJAB, 2013. p. 375-398. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=3284d704ca038978>)

MIRANDA, Luiz Ricardo de; ZIBETTI, Fabiola Wust. “As fontes clássicas de direito internacional na atual sociedade globalizada”. In: Alexandre Morais da Rosa; Natammy Luana de Aguiar Bonissoni. (Org.). **Argumentação jurídica e o direito contemporâneo**. 1ed. Itajaí: Univali, 2016, v. 1, p. 21-38. <http://siaibib01.univali.br/pdf/Argumenta%C3%A7%C3%A3o%20juridica%20e%20o%20direito%20contemporaneo.pdf>

MONTORO, André Franco. **Introdução à ciência do direito**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016.

NUSSBAUM, Arthur. **A concise history of the law of nations**. New York: Macmillan Co. 1947.

POGGI, Gianfranco. **A evolução do Estado moderno: uma introdução sociológica**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1981.

REUTER, Paul. Mélanges. **Principes de droit international public**. *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye (RCADI)*. The Hague: The Hague Academy, 1961-II, vol. 103.

ROSALES ZAMORA, Pablo César. **¿Los Acuerdos Tácitos Pueden Delimitar una Frontera Marítima?: A Propósito de la Sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el Caso Perú vs. Chile**. Rio de Janeiro: Cedin, [2014].

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **O direito internacional em um mundo em transformação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

TUNKIN, Grigory. I. **Theory of international law**. Massachusetts: Harvard University Press, 1974.

WEIL, Prosper. *Vers une normativité relative en droit international?*, **Revue Générale de Droit International Public**, Paris, Pedone, 1982, tome LXXXVI, pp. 5-47.

ZEMANEK, Karl. *The legal foundations of the international system, General course on public international law*, **Recueil des Cours de l'Académie de Droit International (RCADI)**, v. 266, 1997, p. 9-336.