Revista Brasileira de História & Ciências Sociais – RBHCS
Vol. 16 Nº 32, Jan - Jun de 2024
Universidade Federal do Rio Grande – FURG

A história da construção do modelo de produção tradicional do direito internacional

The history of the formation of the traditional production model of international law

Amina Welten Guerra*

Resumo: O presente texto tem por objetivo demonstrar como a história do direito internacional e o paradigma científico da modernidade influenciaram a estrutura normativa deste ramo jurídico. Neste sentido, em um primeiro momento percorrer-se-ão as etapas e formação do Estado Moderno, do conceito de soberania e da doutrina positivista apontando ao longo do artigo de que forma tais elementos podem ser redimensionados atualmente. Evidencia-se a episteme mecanicista e os acontecimentos históricos que marcaram o nascimento dos Estados modernos à estrutura dogmática fundante do direito internacional qual a teoria das fontes exposta pelo artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça. Critica-se a imanência desta concepção jurídica uma vez que atualmente tanto a figura do Estado deve ser revisitada quanto o alcance do seu poder no fazer normativo (internacional). A metodologia empregada é a jurídico-normativa. Utilizam-se dados secundários fruto da doutrina e jurisprudência internacional.
Palavras-chaves: Estado moderno - Soberania - Fontes do direito internacional

Abstract: This text aims to demonstrate how the history of international law and scientific paradigm of modernity influenced the normative structure of this legal

* Doutora cum laude em Direito Internacional. Conselheira da Sociedade Brasileira de Direito Internacional. Professora de Direito Internacional da Universidade Federal de Minas Gerais. Secretária Geral da Comissão de Direito Internacional da OAB/MG. Membro da Comissão de Direitos Humanos da OAB/MG. Membro da Comissão de Oratória Jurídica da OAB/MG.Mestra cum laude em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, na área de Direito Público, linha de pesquisa: Direitos Humanos, Processos de Integração e Constitucionalização do Direito Internacional. Professora voluntária, membro e Diretora de Relações Internacionais do Programa Direito na Escola da Comissão da OAB Direito na Escola entre 2016-2018. Professora convidada da Pós-Graduação em Direito Internacional do CEDIN ministrando aulas de Teoria Geral do Direito Internacional Público, Segurança Internacional, Direitos Humanos, Direitos dos Refugiados e Direito Internacional Humanitário.Possui Mestrado Profissionalizante em Direitos Humanos, Migração e Desenvolvimento pela Universidade de Bolonha/Itália e também é pós-graduada em docência com ênfase em ensino jurídico pela Faculdade Arnaldo. Graduada em Direito pela Universidade de Bolonha/Itália com título reconhecido pela Universidade Federal do Estado de Minas Gerais. Colaborou durante sua permanência na Itália com a editora Wolters Kluwer na área de Direito Internacional Privado.

branch. In this sense, initially we will go through the stages of the formation of the Modern State, the concept of sovereignty and the positivist doctrine, pointing out throughout the article how such elements can be resized nowadays. The mechanistic episteme and the historical events that marked the birth of modern States are highlighted by the founding dogmatic structure of international law, which is the theory of sources exposed by article 38 of the Statute of the International Court of Justice. The immanence of this legal conception is criticized since currently both the figure of the State must be revisited and the scope of its power in (international) normative action. The methodology used is legal-normative. Secondary data is used as a result of international doctrine and jurisprudence.
Keywords: Modern State - Sovereignty - Sources of International Law

Introdução

O direito como sendo uma realidade histórico-cultural consiste, como acentua Afonso da Silva, em uma:

> Realidade ordenada, ou ordenação normativa da conduta segundo uma conexão de sentido. Consiste num sistema normativo. Como tal, pode ser estudado por unidades estruturais que o compõem, sem perder de vista a totalidade de suas manifestações. Essas unidades estruturais ou dogmáticas do sistema jurídico constituem as divisões do Direito, que a doutrina denomina ramos da ciência jurídica, comportando diversas divisões, dentre elas: o direito internacional público. (SILVA, 2005, p.33)

Estas unidades estruturais, portanto, são subsistemas que compõem um determinado sistema jurídico normativo.

A formação e o desenvolvimento de um determinado ramo da ciência jurídica se fazem de forma paulatina, no bojo de cada etapa histórica e sua independência se declara quando este ramo encontra as condições objetivas e subjetivas para o seu florescimento.

As condições objetivas se desdobram nas mudanças sociais, econômicas, jurídicas e políticas que acompanham a trajetória da humanidade. Neste sentido, para alguns autores, o marco que faz emergir o estudo do direito internacional é o

Tratado de Vestfália (1648) e, consequentemente, o surgimento dos Estados Modernos. (BITTAR, 1992, p. 390; FRANCO, 2006, p.1447)

As condições subjetivas, por sua vez, encontram no campo das ideias o fortalecimento necessário a ordenar, a interpretar e a dar forma a novas realidades sociais.

Para outros autores, o direito internacional é o resultado de um conjunto de condições objetivas e subjetivas que permitem o seu estudo desde a Antiguidade até os dias atuais e que tem como objeto de análise os repertórios normativos que foram sendo constituídos nas teias das relações entre sociedades políticas diversas. (SILVA, CASELLA, 2010, p.51)

É sob este prisma que este artigo pretende analisar a formação e o desenvolvimento deste ramo do direito.

Para tanto iniciar-se-á por discorrer a respeito da fase de formação do direito internacional colocando algumas ideias distintas de autores em confronto para logo após verticalizar esta concepção a partir do nascimento do Estado Moderno.

Feitas estas considerações, destacar-se-á, posteriormente, como o conceito de soberania modelou o estudo da matéria e, a partir disto, as correntes doutrinárias que surgem para validar a força normativa do direito internacional. Feitos estes esclarecimentos apontar-se-á como isto irá impactar no entendimento moderno a respeito das fontes do direito internacional.

Entende-se que voltar o olhar para a história da formação do direito internacional permite uma melhor apreensão dos aspectos hodiernos (críticos) da matéria bem como é o que permitirá ao jurista internacionalista flexibilizar e apurar seu olhar quanto a outros sujeitos e atores da sociedade internacional tal qual quanto a outros tipos normativos alheios à estrutura de fontes clássica da disciplina.

A metodologia empregada é a jurídico-dogmática por meio de uma revisão de bibliografia. Os dados utilizados são secundários fruto da doutrina e da jurisprudência.

A fase inicial do processo de formação do direito internacional

É possível falar da presença deste ramo do direito onde não há Estado? Para aqueles que negam esta possibilidade o direito internacional surge a partir do século

XVII e para aqueles que acreditam que esta área do direito existe independentemente da existência de Estados (DALLARI, 2012, p.59) o conceito de "sociedades políticas distintas e independentes" oferta a compreensão que se faz necessária para o deslinde da questão, visto que as sociedades políticas existem desde outrora, pois como pontua Jacques: "a sociedade política, exigida pela natureza e realizada pela razão, é a mais perfeita das sociedades temporais. É uma realidade humana, total e concreta, tendendo a um bem humano, concreto e total — o bem comum" (JACQUES, 1952, p.19).

Nesta perspectiva, Pellet ao tratar da formação e da evolução do direito internacional identifica dois momentos distintos: o primeiro período, o de formação, vai desde a Antiguidade até a Revolução Francesa e, o segundo período, de desenvolvimento que se inicia em 1789 e compreende até os dias de hoje (PELLET et al. 2003, p.44-53).

No período de formação do direito internacional, denominado por Pellet de direito intersocial e intergrupal (PELLET et al. 2003, p.44-53), diversos achados históricos demonstram como estes grupos societários prescreviam suas relações entre si. Essas práticas são consideradas no contexto hodierno, importantes para o direito internacional, tais como a existência de tratados, a presença de relações diplomáticas, o modo de se operar as relações entre os povos, com a presença de um idioma e de uma escrita diplomática, a arbitragem, as formas embrionárias de Organização Internacional com as Anfictionias gregas, dentre outros. Na Antiguidade, ainda não existiam Estados, portanto, as entidades territoriais protagonistas deste momento de formação, se faz na organização dos homens em grupos sociais independentes, "regidos por uma ordem interna, em tribos, cidades, cidades-estados ou estados" (CASSELA; ACCIOLY, 2012, p.61).

Ernest Nys citado por Pellet diz que "a origem de quase todas as instituições internacionais modernas deve ser procurada na segunda metade da Idade Média". (PELLET et al. 2003, p.44-53). Esta afirmativa se deve ao fato de que foi na Idade Média que ocorreu o aperfeiçoamento dos tratados, da arbitragem e uma significativa expansão normativa no campo das relações diplomáticas e das relações comerciais. Foi criado, também, o Ministério dos Negócios Estrangeiros e as embaixadas permanentes. Registra-se, ainda, que foi neste período que ocorreu uma uniformização, envolvendo toda a Europa, das normas relacionadas "à função

diplomática e dos privilégios e imunidades diplomáticas, em especial a inviolabilidade pessoal". (DALLARI, 2012, p.57-58).

No campo das relações comerciais, enfatiza-se a construção normativa relacionada ao "direito do mar [...], a proteção do comércio marítimo, contrabando marítimo, bloqueio, direito de visita, regime dos corsários", instituindo, também, "um sistema especial de proteção consular" (PELLET et al. 2003, p.44-53).

Como se observa, no final da Idade Média, o direito intersocial já contava com a construção de importantes bases teóricas, responsáveis pela formação de um sistema normativo que abarcava diferentes territórios e que serviriam de suporte para os Estados Modernos.

Na caminhada da formação do direito internacional, todas as construções normativas e institucionais operacionalizadas na Idade Média foram unificadas sob o manto do sistema interestatal ou interestatismo, momento em que o direito internacional adquiriu os seus traços característicos e completa a sua fase de formação.

Este período é marcado por questões objetivas, ou seja, por inúmeros acontecimentos históricos que resumidamente ensejaram, na esfera política, a formação das monarquias nacionais e, no campo econômico, a emergência do sistema mercantilista. No mundo das ideias, Jean Bodin, traz à tona, o conceito de soberania.

Os tratados de Vestfália (1648), que marcaram o fim da Guerra dos Trinta Anos, deram a justa liberdade política aos Estados e a partir deles, dá-se início à história do direito internacional. Assim, a figura do Estado, enquanto ente soberano, é considerada o elemento que majoritariamente caracteriza e dá o tônus da disciplina internacionalista.

Paralelamente às doutrinas e às ideologias que deram a tônica do ponto de partida do direito internacional, com a figura do Estado soberano no centro deste desenvolvimento, duas tendências irão concentrar muitas das tensões que moldaram o modelo de produção tradicional do Direito Internacional. Estas tendências emanam da escola do direito natural racional e das escolas do positivismo jurídico.

Neste sentido, Sabadell afirma que:

> A escola do direito natural racional tem a sua sustentação na ideia de que "o direito constitui uma ordem preestabelecida, decorrente da

> natureza do homem e da sociedade. O acesso ao direito não pode ser oferecido por meio de textos ou tradições "sagradas", como sustentava a escola teológica. O uso da razão humana é o único meio adequado para descobrir os fundamentos da ordem jurídica natural. (SABADELL, 2005, p.24)

A escola do direito natural racional tem como representante Grócio (1583 – 1645), sendo, também, reconhecido como o 'pai do direito internacional'. O seu enquadramento dentro da referida escola se deve ao fato de ter-se estabelecido uma diferenciação entre o direito natural e o direito voluntário, colocando em evidência que o direito voluntário é resultado:

> [...] Da vontade das nações, de todas ou de algumas, vontade expressa por meio de acordos entre elas" [...]. "O direito voluntário reúne regras construtivas efetivamente aplicáveis as relações internacionais. A introdução do elemento voluntário equivale à criação de um mecanismo particular de elaboração destas regras e, ao mesmo tempo, ao reconhecimento do princípio do respeito a palavra dada (Pacta sunta servanda). Tal respeito é precisamente uma das regras de direito natural. Por outro lado, o direito voluntário só é válido se for conforme ao direito natural. Por outras palavras: a vontade das nações não é soberana, subordina-se ao direito natural. (PELLET et al. 2003, p. 58)

No processo de afastamento paulatino do direito natural, vão se firmando as escolas do positivismo jurídico, que entendem:

> O direito como um sistema de normas (regras), que regulam o comportamento social [...]. O direito então é elaborado com o intuito de governar. Ou seja, o direito é um instrumento de governo da sociedade. E, por detrás desta ordem de comando está sempre uma vontade política. Isto não quer dizer que esta vontade política seja o resultado de um processo democrático. Significa somente que esta vontade existe e constitui a causa ou a "fonte" do direito. [...]. A questão central do positivismo é que os adeptos desta escola veem no direito a expressão de uma vontade política mutável (SABADELL, 2005, p.31)

Nesta direção Vattel, (1714-1768), um dos precursores da escola positivista, ao fazer a distinção entre o direito natural e o direito positivo, diz que o Estado tem a liberdade para apreciar o conteúdo do direito natural, pois ele:

> Rejeita a ideia de que a obediência a uma vontade proveniente de uma entidade superior decorreria de um dever absoluto. Não haveria império normativo oriundo do direito natural originário. O direito para Vattel não se supõe e não emana de uma entidade superior aos seus destinatários. (BRANT, 2020, p.95)

Os autores que fazem ponte entre o pensamento naturalista e o positivista (ACCIOLY; CASELLA, 2012) são variados e a mudança do eixo de raciocínio de um para o outro reflete a necessidade de conferir segurança e sistematicidade a este ramo normativo emergente qual o direito internacional.

O desenvolvimento do direito internacional pós instituição dos Estados Modernos

O período de desenvolvimento do direito internacional público é assinalado pela presença dos Estados soberanos e por um conjunto significativo de fatos sociais, tais como: "revoluções políticas, técnicas e industriais, guerras – e, sobretudo, as duas guerras mundiais no espaço de menos de uma geração -, descolonização e advento da arma nuclear". (PELLET et al. 2003, p.61)

A turbulência política, social, econômica e cultural advinda, em decorrência das grandes mudanças e enormes tragédias, trouxeram a sociedade internacional o sentimento de unidade e interdependência, colocando, em evidência, a importância de um sistema de cooperação entre os povos com o intuito de esquadrinhar soluções para os problemas de interesse comum.

Pellet diz que: "a história do direito internacional é marcada pelos esforços que eles desenvolveram com o fim de remediar às insuficiências e fraquezas do direito internacional clássico" (PELLET et al. 2003, p.62). Tal colocação encontra-se relacionada à fragilidade na normatização das relações entre os Estados.

Tanto é que Pellet, faz lembrar que o século XX, é um período de "progresso tanto no plano institucional como no plano normativo". (PELLET et al. 2003, p.62)

Os primeiros movimentos de institucionalização do direito internacional se devem à criação da Sociedade das Nações, por parte da Conferência de Paz de Versalhes, em 28 de abril de 1919, a qual contou com a participação de cinquenta e quatro Estados membros. Posteriormente, criou-se o Tribunal Permanente de Justiça

Internacional e, como parte do Tratado de Versalhes, foi instituída a Organização Internacional do Trabalho (OIT) que tem por objetivo promover a justiça social.

O campo normativo, no âmbito internacional tem como pano de fundo a consciência da interdependência entre os Estados. Em decorrência desta consciência, há um movimento em prol da criação de organizações internacionais que se multiplicam "à medida em que aumenta a conscientização a respeito dos problemas especificamente internacionais, ante os quais são impotentes os estados, mesmo os que se arrogam a condição de mais poderosos, evidenciando as crescentes necessidades de operação coordenada por parte dos estados". (ACCIOLY; CASELLA, 2012, p.436)

Essa relação entre a institucionalização do direito internacional e o estabelecimento de regras comuns entre os Estados, permite dizer da existência de uma sociedade de Estados, pois de acordo com Bull:

> Existe uma sociedade de estados (ou sociedade internacional) quando um grupo de estados, conscientes de certos valores e interesses comuns, formam uma sociedade, no sentido de se considerarem ligados, no seu relacionamento, por um conjunto comum de regras, e participam de instituições comuns. Se hoje os estados formam uma sociedade internacional [...], é porque, reconhecendo certos interesses comuns e talvez também certos valores comuns, eles se consideram vinculados a determinadas regras no seu inter-relacionamento, tais como a de respeitar a independência de cada um, honrar os acordos e limitar o uso recíproco da força. Ao mesmo tempo, cooperam para o funcionamento de instituições tais como a forma dos procedimentos do direito internacional, a maquinaria diplomática e a organização internacional, assim como os costumes e as convenções de guerra. (BULL, 2002, p. 15)

A intensificação do trânsito comunicacional entre os Estados, em prol dos seus interesses comuns, fez com que as relações, até então, regidas pelos costumes e pelas convenções bilaterais, fossem alinhavadas por um processo de codificação de uma multiplicidade de convenções multilaterais alcançando diversos ramos do direito internacional.

Sucessivamente, a entrada de novos Estados no âmbito da sociedade internacional, garantiu um novo impulso à expansão normativa internacional descortinando uma pluralidade de acordos internacionais em um somatório de questões que envolvem a vida de diversos povos.

Nesse sentido, Pellet, ressalta que: "a época contemporânea, posterior ao segundo conflito mundial, conhece uma tal expansão no domínio das normas internacionais que se pode falar de uma verdadeira 'explosão' normativa" (PELLET et al. 2003, p.75).

Na trajetória de um direito internacional, sempre em construção, a modalidade convencional que, ato contínuo acompanhou o direito internacional desde os tempos mais remotos, observa novas formas de pactuação feitas, de acordo com Pellet, por:

> Estados, mais conscientes das implicações de suas escolhas, visto que hesitam em tornar vinculativas as regras de base e em comprometer-se a respeitá-las, esta atitude é particularmente evidente a respeito dos compromissos de carácter financeiro, tais como os de assistência aos países subdesenvolvidos ou a regulamentação monetária internacional. É também uma atitude de alcance muito mais geral: porque devem adaptar-se a realidades em permanente mutação, as regras do direito internacional da economia não apresentam, em geral o rigor, menos ainda a rigidez, das normas que regulam domínios mais tradicionais. Mais maleáveis e mais fluídas, tais normas, são de preferência redigidas no condicional e constituem mais exortações do que ordens, descrevem antes objectivos desejáveis do que verdadeiras obrigações de resultado ou de comportamento. O recurso a instrumentos poucos vinculativos, como as recomendações das organizações internacionais, os acordos informais, os compromissos sob condição, os 'códigos de conduta', permitem assegurar a cooperação entre os Estados, ao mesmo tempo em que salvaguardam a sua soberania. (PELLET et al. 2003, p.76).

Extrai-se desta colocação que os métodos clássicos de elaboração do direito na esfera internacional, ao longo do tempo, vêm incorporando novas composições normativas no cenário das relações entre os Estados.

De fato, no cenário hodierno emergem outros instrumentos normativos que virão a compor a estrutura do direito internacional quais os instrumentos e normas de *soft law*.

Entende-se que na idade contemporânea não é mais possível estudar o direito internacional sem de um lado redimensionar a participação do Estado no fazer normativo e de outro acomodar os mais diferentes instrumentos que são criados em a figura estatal e que corroboram na prática internacional diária como os instrumentos de *soft law*.

Compreender que o modo de produção normativo do direito, pode mudar e, vai mudando sem preparos de avisar e, vai caminhando, como toda a ordenação normativa, segundo uma conexão de sentido, uma conexão que pode ser examinada em seus subsistemas normativos, sem que se perca de vista a totalidades de suas manifestações no sistema como um todo.

A soberania como elemento determinante do que é fonte do direito internacional

A capacidade humana de se criar teorias que buscam compreender a realidade, traz como ponto de partida, uma pergunta. A primeira, já examinada, se refere ao surgimento do direito internacional, ou seja, se ele sempre existiu ou se é fruto do nascimento dos Estados modernos.

A segunda pergunta se refere a como se dá o aparecimento do Estado. Neste ponto, Dallari, em que pese considerar que existem várias teorias que abordam sobre esta questão, diz que é possível reduzi-las a três posições fundamentais: a primeira corrente, acolhida por muitos autores, sustenta que o Estado e a sociedade sempre existiram, a segunda corrente entende que "a sociedade humana existiu sem o Estado durante um certo período" e, que o Estado "foi aparecendo de acordo com as condições concretas de cada lugar" e, por fim, a terceira corrente que só admite a existência do Estado face a "certas características muito bem definidas". (DALLARI, 2012, p. 60)

Dando prosseguimento às suas colocações, Dallari, quanto à terceira corrente traz que Balladore Pallieri defende a ideia de que o Estado é um conceito histórico, afirmando que:

> "a data oficial em que o mundo ocidental se apresenta em Estados é de 1648, ano em que foi assinado a paz de Westfália". (DALLARI, 2012, p. 60).

Albergando a ideia da relação Estado/soberania é possível dizer que os Estados são propulsores da formação do direito internacional enquanto detentores de soberania.

Neste entendimento, dispõe Lisboa:

> A soberania, por mais paradoxal que pareça, não se mostra incompatível com a ordem jurídica internacional, mas atua como verdadeiro pressuposto de formação deste ramo da ciência jurídica, desde que se lhe ofereça um sentido relativo, em ordem a permitir a vinculação dos Estados ao Direito Internacional. (LISBOA, 2015, p. 53)

Como se observa, o autor acolhe no seu entendimento, o conceito de soberania dado pelo dicionário Oxford de Direito[1] que a define como sendo a:

> A autoridade suprema em um Estado. Em qualquer Estado, soberania reveste a instituição, pessoa ou órgão que possui a autoridade última de impor a lei aos demais no Estado e o poder de alterar qualquer lei pré-existente. Como e por quem a autoridade é exercida varia de acordo com a natureza política do Estado. [...] No direito internacional, é um aspecto essencial da soberania que todos os Estados tenham controle supremo sobre os próprios assuntos internos, sujeito às limitações impostas pelo direito internacional. Estas limitações incluem, em particular, o direito internacional dos direitos humanos e as regras que proíbem o uso da força. (tradução nossa). (MARTIN, 2002, p.469)

Em face ao significado etimológico citado acima, pode-se dizer, de acordo com Dallari, que:

> O conceito de soberania, tendo sido de índole exclusivamente política na sua origem histórica, já se acha disciplinado juridicamente, quanto à sua aquisição, seu exercício e a sua perda. Esta afirmação do poder soberano como poder jurídico é de evidente utilidade prática, constituindo mais um importante obstáculo ao uso da força [...], sua caracterização como um direito já tem sido útil, quando menos para ressaltar o caráter antijurídico e injusto da utilização da força incondicionada, para a solução de conflitos de interesses dentro de uma ordem estatal ou entre estados, contribuindo para a formação de uma nova consciência, que repudia o uso arbitrário da força. (DALLARI, 2012, p.90)

O conceito de soberania foi cunhado por Jean Bodin (1576), no *De Republica,* que no campo das ideias, a justificou dizendo que a ausência de um poder central

[1] "Supreme authority in a state. In any state sovereignty is vested in the institution, person, or body having the ultimate authority to impose law on everyone else in the state and the power to alter any pre-existing law. How and by whom the authority is exercised varies according to the political nature of the state. [...] In international law, it is an essential aspect of sovereignty that all states should have supreme control over their internal affairs, subject to the recognized limitations imposed by international law. These limitations include, in particular, the international law of *human rights and the rules forbidding the use of force".

forte era a razão das instabilidades e das guerras civis e eclesiásticas que ocorriam na França neste período e que o Estado precisava de uma *summa potestas* para conter as rivalidades entre outros poderes e, para tanto, deveria haver uma fonte última de autoridade e apenas uma de onde nasçam as leis. A ideia de soberania expressa por Bodin comportaria dois aspectos: o "aspecto interno (soberania no Estado) e um aspecto externo (soberania do Estado). (PELLET et al. 2003, p.53)

Nas palavras de Brierly:

> Para ele, a manifestação essencial da soberania (primum ac praecipuum caput majestatis) era o poder de fazer leis (legem universis ac singulis civibus dare posse), leis essas que não podiam, evidentemente, limitar o soberano que as fazia (majestas est summa in cives ac subditos legibusque soluta potestas). (BRIERLY, 1963, p.7-8)

Nesta linha de raciocínio, se o soberano detinha a soberania poderia editar leis para todos no âmbito interno, já no âmbito externo, o conjunto normativo a dirigir a relação entre os Estados, emerge, consequentemente, de sua vontade. A vontade do Estado e a soberania, portanto, se correlacionam e influenciará as correntes doutrinárias que buscarão a força normativa do direito internacional.

Dallari, ao comentar o pensamento de Bodin diz que: "a soberania coloca o seu titular, permanentemente, acima do direito interno e o deixa livre para acolher ou não o direito internacional, só desaparecendo o poder soberano quando se extinguir o próprio Estado" (DALLARI, 2012, p.84).

Como se observa, para Bodin e, posteriormente, para Hobbes, a soberania do Estado era um princípio basilar da ordem política interna. Hobbes, contudo, no "Leviathan" irá descrever a soberania como algo que hoje, nas palavras de Brierly, mais se identificaria com o totalitarismo do que propriamente com soberania, pois entendia que:

> Os homens precisam para a sua segurança 'de um poder comum que os conserve em respeito e que dirija as suas acções para o bem colectivo'. [...] O poder é que faz o soberano, e o direito é tão-só aquilo que este ordena. E, como um poder que é supremo não pode ser limitado por algo que lhe seja exterior, a soberania tem de ser absoluta e ilimitável: 'é evidente que o poder soberano [...], é tão grande quanto humanamente concebível'. (BRIERLY, 1963, p. 12-13)

O certo é que no decorrer da história, o conceito de soberania deixou um enorme lastro de bibliografias e uma multiplicidade de teorias, dentre elas, segundo Dallari, "a teoria da autolimitação do Estado, pela qual este, desde que entenda conveniente, pode assumir obrigações externas, como pode fixar regras jurídicas para aplicação interna, sujeitando-se voluntariamente às limitações impostas por estas normas" (DALLARI, 2012, p. 88).

A teoria da autolimitação do Estado é uma corrente explicativa do voluntarismo, proposta e defendida por Ihering, "que a justificava argumentando que, na verdade, essas limitações não implicam diminuição, uma vez que o Estado se sujeita a elas no seu próprio interesse" (DALLARI, 2012, p. 88).

Todavia, o conceito de soberania foi sendo mitigado em virtude de inúmeros fatos sociais, como por exemplo, as duas guerras mundiais, saindo, portanto, de uma concepção absolutista, cujo fundamento legitimador se constituía no direito positivo de outrora, para adquirir outros contornos e nuances.

A relativização da soberania, na segunda metade do Século XX, emerge como um corolário necessário para que a sociedade internacional cumprisse o seu fim último, qual seja, a manutenção da ordem e da paz entre as nações, visando o bem comum.

Para a manutenção da ordem e da paz se faz necessário compreender que os Estados se relacionam entre si como unidades políticas independentes, que são iguais juridicamente e que devem se respeitar de forma recíproca.

De forma que, para a existência do direito internacional, há de se considerar que "as relações jurídicas são interestatais, mas as regras que as regem estão, forçosamente, acima das unidades políticas internacionais" (BOSON, 2000, p. 160).

Tal colocação se coloca como verdadeira na medida em que, as dezenas de novos Estados que nasceram após a Segunda Guerra Mundial encontram-se subordinados ao direito internacional, pois se o contrário fosse, esses novos Estados, que não manifestaram anteriormente o seu consentimento em relação à ordem internacional constituída, logicamente, não estariam a ela subordinados.

Hodiernamente, é pacífico o entendimento que se um novo Estado se forma, ainda que não manifeste o seu consentimento, encontra-se submetido à ordem internacional vigente. Portanto, a doutrina da soberania e do consenso não são mais capazes de explicar o sistema legal internacional contemporâneo.

Razão pela qual Brant diz que:

> Este arquétipo positivista e voluntarista será temperado e parcialmente adaptado a partir do segundo XX pelos inúmeros desafios provenientes das novas realidades impostas por um modelo de sociedade internacional em constante movimento. Tais desenvolvimentos foram atrelados à percepção do aprofundamento da necessidade de cooperação internacional (entre os Estados) para lidar com problemas que seriam irresolúveis pela atuação individual destes. Esta nova dinâmica das relações internacionais veio acompanhada de uma nova concepção de soberania acolhida pelas democracias contemporâneas. (BRANT, 2020, p. 50).

É, também, em decorrência dos inúmeros desafios impostos cotidianamente à sociedade internacional que a teoria das fontes do direito internacional, conforme o estabelecido no art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça (CIJ), não mais reflete, de forma fidedigna, o atual procedimento de formação do direito internacional, eis que as dinâmicas entre os diversos atores que a compõem se tornaram bem mais complexas.

Se o art. 38 do Estatuto da CIJ, consolidou, de um lado, o entendimento de fontes do direito internacional inserido numa perspectiva positivista, soberana e consensual, de outro, consequentemente, travou, especialmente, os manuais de direito internacional ao propagarem um modelo tradicional de formação do direito internacional.

Haja vista que, ao estudar acerca das fontes do direito internacional, tais manuais dedicam o maior número de páginas para discorrer sobre os tratados internacionais. Os costumes internacionais, por sua vez, são tratados de forma mais ou menos extensa, em especial, por serem reflexo da história do direito internacional como sua fonte mais antiga. Mas, hoje, já considerada bem menos relevante, porquanto a maior parte dos costumes já se encontram codificados em convenções internacionais.

No que tange aos princípios gerais de direito, estes ocupam um espaço menor ainda na doutrina, fazendo-se menção a eles apenas *pró-forma,* bem como às fontes auxiliares (doutrina e jurisprudência) que completam o estudo da formação do direito internacional.

A doutrina da teoria das fontes, nos moldes positivistas do art. 38 do Estatuto da CIJ, não é capaz de explicar, no tempo de agora, a dimensão que a *soft law* exerce junto ao modelo tradicional de produção do direito internacional.

Isto porque a epistemologia que serviu de ponte para a elaboração do artigo 38, vê o direito atrelado à existência de um soberano, fazendo com que, de modo geral, a validade da norma, a soberania e o direito sejam características intrinsecamente conectadas e, portanto, indissociáveis.

Desta forma, a teoria das fontes do direito, calcada na premissa da produção de normas jurídicas por meio do sujeito (Estado), o único habilitado e autorizado a introduzir, a modificar, a inovar o ordenamento em si, está muito aquém do que acontece na prática dos subsistemas normativos internacionais.

Esta visão formalista deve ser revisitada a fim de se observar a vascularização que ocorre entre os subsistemas normativos internacionais, em especial, por meio das normas de *soft law* como se poderá aprofundar em outra sede.

A dinâmica das relações das normas de *soft law*, sob uma perspectiva sistêmica, é capaz de explicar muito mais da natureza do direito internacional do que o estudo simplista das fontes em conformidade com o disposto no art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça.

Numa perspectiva sistêmica, a teoria das fontes do direito internacional deve ser entendida como um sistema aberto. Aberto porque está em constante alimentação e retroalimentação de suas partes consideradas isoladamente, partes estas que se reabastecem num fluxo contínuo de *inputs* extraídos do próprio ambiente onde prospera o direito internacional e sem os quais não poderia se conservar vivo e operante.

As correntes doutrinárias que buscaram explicar o fundamento normativo do direito internacional

Sabadell define como escola jurídica “um grupo de autores que compartem determinada visão sobre a função do direito, sobre os critérios de validade e as regras de interpretação das normas jurídicas e, finalmente sobre os conteúdos que o direito deveria ter”, ou seja, “cada escola jurídica oferece uma resposta diferente a três questões: ‘o que é’, ‘como funciona’ e ‘como deveria ser configurado’ o direito”.

Explica, também, que no decorrer dos tempos várias escolas foram e vão surgindo, "como produto de determinadas épocas e culturas jurídicas" (SABADELL, 2005, p. 19).

Há escolas que se rivalizam, há escolas que são retomadas por outros pensadores e dali, emanam novas ideias e, ainda, há a possibilidade de criação de novas escolas que se desenvolvem sobre outros prismas, contribuindo na construção de um novo olhar sob o objeto em estudo.

De certo que, no interior de uma mesma escola, há a presença de várias correntes doutrinárias que buscam explicar, por exemplo, os fundamentos do direito internacional.

Entende-se a categoria 'fundamento' como sendo "princípios básicos de uma ciência ou arte" (HOUAISS; VILLAR, 2009, p. 364), ou no seu uso comum "base" ou "apoio" ou mesmo algo que demonstre a "autenticidade de algo; prova." (HOUAISS; VILLAR, 2009, p. 364).

Neste sentido, Sabadell citando Dimoulis, classifica as escolas jurídicas em dois grandes grupos: moralista e positivista. As escolas moralistas do direito natural ou jusnaturalismo acreditam que o direito é pré-determinado por leis que se constituem em sua essencialidade de "valores, princípios, obrigações e também a regras da própria natureza, que influenciam a vida do homem em sociedade" (SABADELL, 2005, p. 20).

Nesta escola, como acentua Sabadell, destacam-se duas correntes, sendo que a primeira "entende que o direito natural é algo dado, inscrito na 'natureza das coisas', e independe do juízo que o homem possa ter sobre o mesmo e a segunda que "vê o direito natural como um direito ideal, ou seja, como um conjunto de normas justas e corretas, que devem fazer parte do direito positivo, do direito criado pelos homens" (SABADELL, 2005, p. 20). Ressaltando a autora que o direito natural na atualidade segue esta segunda corrente.

Lado outro, "as escolas positivistas entendem o direito como um sistema de normas (regras), que regulam o comportamento social. Regular o comportamento social significa influenciar e mudar o comportamento do homem"(SABADELL, 2005, p. 31).

O positivismo jurídico segundo Gomes, tem como causa de seu surgimento, dentre outras, o "aumento da legislação enquanto fonte do direito na Europa,

culminando com o movimento da codificação, ao lado de manifestações contrárias ao direito natural por parte do pensamento jurídico" (GOMES, 2000, p. 95).

O dicionário Houaiss define positivismo como o "estado ou qualidade de positivo; certeza, segurança", e infere que foi Auguste Comte quem criou este sistema filosófico onde só "considera válido o modelo de aquisição de conhecimentos baseado em fatos e dados observáveis" (HOUAISS; VILLAR, 2009, p. 593).

Bobbio, em sua análise acerca do positivismo jurídico, diz que "os iluministas consideraram possível e necessário substituir o acúmulo de normas consuetudinárias por um direito constituído por um conjunto sistemático de normas jurídicas deduzidas pela razão e feitas valer através da lei" (BOBBIO, 1995, p. 55).

O positivismo, como guia, foi criticado em seus efeitos por Brierly, pois o autor entende que este: "secularizou a ideia de direito, enfraquecendo desse modo o fundamento ético, essencial para a vitalidade de toda a obrigação jurídica" (BRIERLY, 1963, p. 44).

Porém, é de se entender, a necessidade de proeminência do positivismo em face a influência do paradigma cartesiano e dos métodos da física newtoniana, sob as ciências sociais. Buscava-se, naquele contexto, erigir as disciplinas das ciências sociais ao mesmo nível de precisão da física, vista pelos cientistas, entre os séculos XVIII e XIV, como "o protótipo de uma ciência *hard*".

Neste sentido sustenta Capra que:

> [...] Os cientistas sociais tentaram muito arduamente ganhar respeitabilidade adotando o paradigma cartesiano e os métodos da física newtoniana. Entretanto, o arcabouço cartesiano é, com frequência, muito impróprio para abordar os fenômenos que elas estão descrevendo e, consequentemente, seus modelos se tornaram cada vez mais irrealistas. (CAPRA; LUISI, 2020, p. 74).

Corrobora esta análise o fato que, desde Grócio, duas correntes doutrinárias permearam a história do direito internacional como já acenado: a do direito natural cujo expoente foi Samuel Pufendorf (1632-1694) e a do positivismo (FERNANDES; BICALHO, 2011, p. 109), sendo seu precursor, entre outros, Richard Zouche (1590-1660), o qual dentro das ciências sociais, reflete o paradigma do pensamento científico mecanicista .

É inegável que o positivismo tenha exercido e exerça um papel importante na afirmação da ciência de uma ordem normativa internacional, vez que, se o direito positivo é o direito posto pelo Estado, "o direito internacional como direito entre Estados (e não posto pelo Estado) não é direito propriamente dito, mas uma espécie de norma moral" (BOBBIO, 1995, p. 46). Gustavo Hugo (1798) citado por Bobbio, ao se expressar deste modo, antecipa como diz o autor (BOBBIO, 1995, p. 46), a concepção de direito internacional que será desenvolvida posteriormente pelo advogado inglês John Austin nos anos de 1830 (MÄLKSOO, 2018, p.190).

Neste sentido, a concepção de direito internacional aludida por Austin é que, se o:

> Direito positivo é entendido como ordem outorgada por alguém que não está subordinado a mais ninguém (o soberano), então o direito internacional, na condição de conjunto de regras de coordenação entre soberanos não pode ser considerado direito positivo, visto que não é ordenado por um superior político a seus inferiores (CARVALHO NETO, 2017).

Neste cenário, observa-se que o primeiro grande esforço dos internacionalistas modernos foi o de sistematizar o direito internacional. Era necessário criar uma teoria de suas fontes e de certa forma, para dar mais certeza a esta busca, era importante, também, ofuscar os séculos do domínio do direito natural que outrora gerenciava as relações entre sociedades políticas diferentes.

O século XIX marca, portanto, um importante período no desenvolvimento do direito internacional. Shaw afirma que "o Congresso de Viena, que marcou a conclusão das guerras napoleônicas, consagrou a nova ordem internacional que deveria ser baseada na balança de poder Europeia" (SHAW, 2014. p. 110).

Foi neste século, afirma Shaw[2], que as teorias positivistas dominaram, eis que:

> A proliferação dos poderes dos estados e o aumento da sofisticação da legislação doméstica deram força à ideia de que o direito se tratava basicamente de comandos oriundos de uma pessoa soberana ou de um órgão soberano. Qualquer questão de ética ou moral era irrelevante para uma discussão a respeito da validade das leis feitas

[2]"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".

> pelos homens. Esta abordagem foi transferida para o cenário internacional que imediatamente se viu cara a cara com a realidade da ausência de uma autoridade suprema. (tradução nossa). (SHAW, 2014, p.21)

O positivismo jurídico ao ser transposto para a sociedade internacional e ao se deparar com a ausência de um agente responsável pelo processo legislativo, encontrou na teoria voluntarista o seu fundamento, ou seja, "no âmbito internacional, o positivismo procurou conhecer a vontade real dos Estados, para que essa servisse como fundamento das regras internacionais" (JO, 2004, p. 64).

Portanto, a obrigatoriedade do direito internacional emerge do consentimento voluntário dos Estados em se submeterem às normas por eles construídas, nesta senda, o consentimento atua como condição *sine qua non* de existência de um direito internacional.

Nesta linha de raciocínio, o consentimento parece fluir como condição lógica e natural deste entendimento, pois se o Estado é soberano, lhe cabe consentir para se ver obrigado numa relação jurídica. É neste sentido que o direito positivo, reduzido a um voluntarismo onde o consenso é fundamental, "levou os Estados soberanos a aceitarem de bom grado o positivismo nas relações internacionais no século XIX" (JO, 2004, p. 64). Esta teoria é alvo de críticas, sobretudo, "por dar primazia à mera vontade dos Estados, em detrimento da segurança jurídica e do cumprimento das obrigações internacionais avançadas" (GONÇALVES, 2014, p. 5).

A identificação e a origem das fontes no direito internacional

O estudo da história permite conhecer, no recolho de documentos e na conjugação destes com uma variedade de outros achados, como as ações humanas se desencadearam num determinado tempo e num determinado espaço geográfico, bem como possibilita a análise de suas repercussões no campo social, econômico e político e, guisa de exemplo, cita-se: o iluminismo, denominado o século das luzes.

O pensamento iluminista teve como berço a França e seu maior propósito foi o de colocar a razão humana como sendo a bússola a orientar todos os princípios da vida social (KOLOTELO, 2007, p. 41).

Como pontua Sabadell:

> O iluminismo constitui um amplo movimento que tomou gradativamente todo o continente europeu no século XVIII, e teve uma conotação revolucionária. Está na base da revolução francesa de 1789 (liberdade, igualdade, fraternidade; direitos naturais do indivíduo). Este movimento atinge todos os segmentos da vida do homem em sociedade e inclusive as ciências, tendo muitas repercussões no plano jurídico (SABADELL, 2005, p. 27).

A repercussão do iluminismo no mundo jurídico contou com a participação de diversos pensadores, impulsionado, consequentemente, a formação das escolas positivistas do direito e, que teve como mentores, Kant (1724 – 1804), Hobbes (1588 – 1679), Rousseau (1712 – 1778), Kelsen (1881 – 1973), dentre outros.

Sabadell explica que:

> As escolas positivistas entendem o direito como um sistema de normas (regras), que regulam o comportamento social. Regular o comportamento social significa influenciar e mudar o comportamento do homem.
> O direito então é elaborado com o intuito de governar. Ou seja, o direito é um instrumento da sociedade. E por detrás desta ordem de 'comando' está sempre uma vontade política. Isto não quer dizer que esta vontade política seja o resultado de um processo democrático. Significa que esta vontade existe e constitui a causa ou a 'fonte' do direito (SABADELL, 2005, p. 31).

Besson e D'Aspremont afirmam que, é neste contexto, que as fontes do direito puderam ser identificadas e passaram a assumir proeminência no debate jurídico, mas será na modernidade que adquirirão sofisticação (BESSON, 2017, p. 52). Ou seja, a bússola da razão encampada pelo Iluminismo se reflete no campo normativo internacional exigindo que este ramo pudesse se tornar científico e sistemático, o que alimentou as bases teóricas de uma teoria das fontes.

Como ressalta Reale:

> Essa tendência geral do século XVIII reflete-se especialmente na obra de Rousseau – *Du Contrat Social*, na qual o grande genebriano sustentou que o Direito autêntico é aquele que se consubstancia na lei como expressão da vontade geral. Para Rousseau, o Direito é a lei, porque a lei é a única expressão legítima da vontade geral. Nenhum costume pode prevalecer contra a lei ou a despeito dela, porque só ela encarna os imperativos da razão (REALE, 2002, p. 152).

É sob esta lógica que, no âmbito doméstico, a fonte legal será considerada como sendo o processo legislativo, abarcando, como diz Reale "a totalidade das categorias normativas que o compõem" (REALE, 2002, p. 165).

Neste sentido Kolb, destaca que:

> As próprias raízes da ordem legal dentro de uma Sociedade estão aqui em jogo. As fontes e a lei estão essencialmente ligadas: uma significa a outra. Portanto, uma crise nas fontes indica uma crise na lei; e uma crise na lei revela uma crise na partilha do poder social. Inversamente, as crises no direito e na sociedade encontram sua expressão inicial no sistema de fontes e depois no âmbito da execução das normas produzidas[3]. (tradução nossa).

Pelo texto supra observa-se que é, com o fenômeno da positivação, que a fonte do direito e a lei passaram a fazer parte do debate jurídico interno de cada nação.

Esta discussão extrapola as soberanias estatais para serem examinadas no contexto internacional, primeiro porque, a história do nascimento do direito internacional está intimamente relacionada à sua produção normativa e segundo porque, a ausência de uma fonte legal, leva a questionar como se dá a legitimidade e a obrigatoriedade do direito internacional.

Impende observar que no âmbito doméstico encontrar a origem do direito não é uma tarefa tão difícil, isto porque, os Estados possuem seus poderes bem definidos e a atividade legislativa encontra-se concentrada nos Congressos Nacionais, cujo *modus operandi* é normalmente estabelecido pelas Constituições nacionais.

Tanto a forma de criação normativa quanto a hierarquia das fontes são, também, conhecidas, já que existe um critério hierárquico das fontes do direito que determina que a fonte superior se sobrepõe à fonte inferior.

No direito internacional não é assim, uma vez que inexiste poder legislativo central. Não existe um órgão que seja capaz de criar leis para toda a sociedade internacional, consequentemente, não existe uma fonte legal, como acontece no direito interno de cada Estado.

---

[3] KOLB, Robert. **Theory of International Law**. Hart Publishing, 2016, p. 99. "The very roots of the legal order within a Society are here at stake. The sources and the law are essentially linked: one signifies the other. Therefore, a crisis in the sources indicates a crisis in the law; and a crisis in the law reveals a crisis in the sharing of social power. Conversely, crises in the law and in Society find their initial expression. In the system of sources and then in the realm of the execution of the norms produced".

É por isso que durante muito tempo, o direito internacional foi considerado mais como um sistema político do que como um sistema normativo em si, uma vez que inexiste um poder legislador, um poder executivo e um poder judiciário que julgue de modo compulsório as violações da ordem internacional.

Porém, como observam Kaplan e Katzenbach citado por Dallari: "o simples fato de um grande Estado procurar dar aparência jurídica a suas decisões já representa um avanço e não deve ser encarado com hipocrisia, pois é este tipo de comportamento que torna possível a existência de um direito internacional" (DALLARI, 2012, p. 260).

Nessa trajetória, observa Dallari que:

> Realmente, se os que dispõem da força resolvessem usá-la indiscriminadamente, sem qualquer consideração por regras jurídicas, seria a "guerra de todos contra todos", de que falava Hobbes, e toda a sociedade humana sairia perdendo. Do ponto de vista específico da soberania ainda se pode acrescentar que, apesar da eficácia restrita, seu reconhecimento jurídico é de grande importância, porque é em consequência dele que se qualifica como ilegítimo o uso arbitrário da força. Ainda um outro aspecto importante a observar é que, tecnicamente, os Estados vivem em situação de anarquia, pois, embora exista uma ordem jurídica em que todos se integram, não existe um órgão superior de poder, a que todos se submetam (DALLARI, 2012, p. 260).

Esta ordem jurídica que todos os Estados integram, comporta um sistema normativo internacional que emerge da vontade destes sujeitos e de outros atores que se organizam para colocar em relevo um conjunto de espécies normativas.

Esse sistema envolve, portanto, um conjunto de espécies normativas que são alinhavadas por diversos atores que, na atualidade, compõem o cenário internacional.

Traçadas estas linhas, cabe perquirir, inicialmente, acerca do entendimento da categoria fonte, uma vez que, desta definição nascem muitas críticas a respeito do enquadramento das normas de *soft law*, como fonte do direito internacional.

Insta esclarecer, inicialmente, como acentua Diniz que o termo "fonte do direito" é empregado metaforicamente, pois em sentido próprio fonte é a nascente de onde brota uma corrente de água. Justamente por ser uma expressão figurativa tem mais de um sentido" (DINIZ, 2008. p. 283).

Por ter mais de um sentido, o termo fonte do direito é bastante discutido na doutrina e nem sempre foi bem acolhido no âmbito do direito internacional.

Combacau e Serge Sur criticam a opção por este termo pelo fato de ser confuso e não indicar propriamente um fundamento único, quer do ponto de vista histórico ou lógico. Isto porque, o termo fonte pode trazer consigo distinções necessárias, mas que se complementam, à guisa de exemplo, os autores citam os tratados internacionais (COMBACAU, 2008. p. 42-43). O termo 'tratado' pode ser visto, primeiro, à luz do seu processo de formação que envolvem órgãos com competências específica e diversas em relação aos que envolvem a formação de uma resolução ou de uma decisão jurisdicional, por exemplo, a categoria 'tratado', ainda, pode indicar o ato jurídico em si, isto é, a manifestação de vontade imputável a um sujeito internacional. E, por fim, pode ser entendido como norma (convencional) contida no tratado, sendo, portanto, o produto do seu processo de formação.

É neste sentido que os autores entendem que o termo fonte pode gerar certa ambiguidade, pois é utilizado tanto para designar o documento que foi redigido, como pode ser entendido como resultado de negociações quanto ao objeto em si do documento, isto é, a norma criada pelo objeto. Daí a importância de se observar, de acordo com Jacqué, a distinção entre o conteúdo da fonte e a fonte que o contém (JACQUÉ, 1991, p. 357-417).

Briggs e Schwarzenberger chamam atenção, também, para a imprecisão do termo "fonte". O primeiro alertou que poderia ser confundido com:

> (1) Base do direito internacional, ou seja, base da obrigação desta lei; (2) com causas, ou seja, fatores que influenciam seu desenvolvimento, que às vezes têm sido entendidos por alguns autores como "fontes materiais" do direito internacional; ou (3) suas provas, por vezes confinadas a "provas documentais" nas quais as normas substantivas encontram expressão[4]. (tradução nossa).

Por sua vez, Lafayette Rodrigues, jurista brasileiro do século XIX, concebia o direito internacional a partir de uma relação estreita com os seus princípios e, como

[4] BRIGGS, Herbert. The Law of Nations, Second Edition, New York 1952, p. 44 *in* DEGAN, V.G. **Sources of International Law**. Martinus Nijhoff Publishers. Kluwer Law International, Cambridge, 1997, p. 1. "(1) Basis of international law, i.e. basis of obligation of this law; (2) with causes, i.e. factors influencing its development, which have been sometimes understood by some writers as "material sources" of international law; or (3) its evidences, sometimes confined to "documentary evidences" in which the substantive rules find expression".

sendo um corpo normativo não necessariamente escrito. Para o autor, que escreveu antes da consolidação do sistema das Nações Unidas, o Direito Internacional se constituía de um:

> Corpo de princípios formulados em um código escrito ou em instrumento revestido de força legal. As suas regras e normas derivão de diversas e variadas fontes, constantes da tradição, da história, de documento públicos, de pactos e convenções (PEREIRA, 2017, p. 3).

Nesta colocação, observa-se a presença proeminente do direito natural, pois, para o autor, os princípios são considerados fundamentais para a coexistência das nações e, é da necessidade, dos costumes e do consenso que nascia o direito internacional.

Os documentos, a tradição, a história, eram os meios pelos quais se estabelecia a existência das fontes que é o modo de formação do direito (KOLB, 2017, p. 324).

Quanto à história, Sir Hersch Lauterpacht, em Boyle e Chinkin considerou que:

> A definição das fontes das normas de direito internacional como eventos históricos aos quais seu estabelecimento pode ser atribuído é, penso eu, correta; mas não há razão para restringir esses eventos históricos apenas àqueles que são evidenciados por atos de estadistas ou documentos escritos; a convicção jurídica e o senso de direito das massas de homens [si] é um fato histórico de não menos força (LAUTERPACHT, 1925, p. 78). (tradução nossa).

Tecnicamente, a história é considerada uma fonte material do direito internacional, ou seja, não é direito em si mesma, mas explica como uma norma passa a existir ou por que uma determinada norma existe.

Sorensen[5] define fonte material como sendo:

> Os elementos e as influências que determinam o conteúdo da regulamentação jurídica, sejam eles os interesses e necessidades práticas dos Estados ou as exigências ideais que surgem, em

[5] SORENSEN, Max. **Les sources du droit international**. Copenhague: Einar Munksgaard, 1946. p. 13-14. [...] "Les éléments et les influences qui déterminent le contenu de la réglementation juridiquek, que ce soient les intérêts et besoins pratiques des États ou les exigences idéales qui découlent, à um moment donné, de la conscience sociale, des idéologies prévalant dans la communauté Internationale".

> determinado momento, da consciência social, das ideologias prevalecentes na comunidade internacional. (tradução nossa).

Com base na definição supra, acrescenta-se o posicionamento de Diniz:

> A fonte material ou real aponta a origem do direito, configurando a sua gênese, daí ser fonte de produção, aludindo a fatores éticos, sociológicos, históricos, políticos etc., que produzem o direito, condicionam o seu desenvolvimento e determinam o conteúdo das normas. A fonte formal lhe dá forma, fazendo referência aos modos de manifestação das normas jurídicas, demonstrando quais os meios empregados pelo jurista para conhecer o direito, ao indicar os documentos que revelam o direito vigente, possibilitando sua aplicação a casos concretos, apresentando-se, portanto, como fonte de cognição (DINIZ, 2008, p. 284-285).

Pelo fato de serem as fontes formais a darem forma às fontes materiais é que os autores comumente identificam o termo 'fontes do direito', em seu sentido formal, ou seja, "as fontes formais são os modos de manifestação do direito mediante os quais o jurista conhece e descreve o fenômeno jurídico" (DINIZ, 2008, p. 285).

Logo, as fontes formais do direito se voltam à análise dos métodos ou procedimentos pelos quais o direito internacional é criado. Então, para se conhecer o direito internacional, deve-se conhecer as suas fontes formais. Não se esquecendo que, suas fontes formais brotam "de circunstâncias políticas, históricas, geográficas, econômicas, axiológicas e sociais (fontes materiais)" (DINIZ, 2008, p. 285).

Não obstante a distinção feita, há autores, como Brownlie[6] que contesta veementemente a possibilidade de se falar em fontes formais do direito internacional por inexistir no cenário internacional uma fonte legal, de onde emanariam as normas internacionais, dizendo que:

> No contexto das relações internacionais, o uso do termo "fonte formal" é estranho e enganoso, uma vez que o leitor é lembrado da máquina constitucional de legislar que existe dentro dos estados. Não existe tal mecanismo para a criação de regras de direito internacional [...] em certo sentido, o termo "fontes formais" não existem no direito internacional. (tradução nossa). (BROWNLIE, 1979, p.3)

[6]In the context of international relations, the use of the term "formal source" is awkward and misleading since the reader is put in mind of the constitutional machinery of law-making which exists within states. No such machinery exists for the creation of rules of international law... in a sense the termin "formal sources" do not exist in international law".

Este olhar sobre as fontes formais apresentadas por Brownlie não é compactuada pela Corte Internacional de Justiça (CIJ), visto que esta estabelece e recepciona a distinção entre fontes formais e fontes materiais, dizendo que as primeiras derivam do direito positivo enquanto as segundas são regras políticas, socioeconômicas e até mesmo morais que fazem parte do processo de formação do direito (BRANT, 2020, p. 164).

Tal distinção não é isenta de críticas, pois, como acentua McCorquodale esta é uma distinção meramente fictícia ao estabelecer "uma divisão nítida entre aspectos processuais e substantivos da legislação que não existe"[7]. (MCCORQUODALE, 2018, p.778)

Em que pese, toda a argumentação doutrinária acerca da distinção entre fonte formal e fonte material, observa-se que, no caso da Plataforma Continental entre a Líbia e a Tunísia, a CIJ incluiu na sua avaliação aspectos econômicos e geográficos como elementos que integram o rol das fontes materiais (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1981, p. 9).

Recorda-se que a Tunísia lançou mão de argumentos voltados à sua situação de pobreza e da ausência de recursos naturais exploráveis para fundamentar sua proposta de delimitação da plataforma continental, em detrimento à situação da Líbia.

A partir destes elementos não formais e somados aos direitos históricos defendidos pela Tunísia, alegou-se que a divisão da plataforma deveria beneficiá-la por estar ligada diretamente à sua sobrevivência econômica.

A Corte, neste caso, reforçou o recurso às fontes formais na sua conclusão, porém é relevante considerar como as fontes materiais contribuem para a adaptação normativa do direito internacional.

Koskenniemi ressalta que a busca pelo estabelecimento das fontes é uma espécie de "teste de pedigree" ou uma forma de aportar uma '*rule approach*' ao direito internacional, de modo a enfatizar a normatividade do direito internacional em detrimento à mera vontade e interesse do Estado (KOSKENNIEMI, 1990, p. 9).

Todas estas colocações soam como se a busca pela consolidação de um universo de fontes no direito internacional quisesse rebater as críticas quanto ao fato

[7] "[...] a sharp division between procedural and substantive aspects of law-making that does not exist [...]".

do direito internacional ser ou não considerado direito ou mesmo se existe algum critério de cientificidade na identificação deste direito.

Koskenniemi reconhece as críticas a esta abordagem e entende que é com respaldo nessas críticas que inúmeras doutrinas emergiram para buscar explicar a natureza normativa do direito internacional. De forma que propõe uma opção equilibrada, sem desconsiderar o papel da justiça em detrimento ao consenso, pois para o autor, uma concepção não sobrevive sem a outra. Isto porque se de um lado as partes precisam demonstrar a justiça do que foi consentido, de outro precisam que a justiça encontre a referência do que foi consentido (KOSKENNIEMI, 1990, p. 21).

A teoria das fontes aporta, portanto, uma contribuição importante para o direito internacional na medida em que se busca um critério normativo para a criação e a identificação do direito.

As fontes fornecem as normas que serão aplicadas dentro de um certo sistema jurídico, pois como afirma Thirlway:

> Se nenhuma fonte puder ser citada com credibilidade para uma regra que alegadamente existe, então a conclusão segue que a alegada regra não existe. [...] Se as ações de um Estado forem contestadas como contrárias ao direito internacional, o reclamante deve provar, por referência às fontes estabelecidas que existe uma norma de direito internacional com a qual essas ações são incompatíveis; ou deve o Estado impugnado demonstrar, de forma análoga, a existência de norma que autoriza positivamente essas ações?[8]. (tradução nossa).(THIRLWAY, 2019, p.40)

Dallari e Thirlway creem na existência de uma ordem jurídica que envolve as relações entre os Estados, por ser inclusive, um instrumento que resguarda a sua própria sobrevivência.

Em última análise, Kolb identificou dois diferentes ângulos para analisar as fontes do direito, um sendo passivo e o outro ativo. O aspecto ativo se refere à produção das normas e o passivo se refere às categorias normativas onde o direito aparece após ser criado. (KOLB, 2017, p.321)

Porém, no direito internacional nem sempre é possível identificar na teoria das fontes este aspecto de produção ativo das normas, especialmente, quando se pensa na

[8] "[...] If no source can credibly be cited for a rule that is claimed to exist, then the conclusion follows that the alleged rule does not exist. [...] If the actions of a State are challenged as being contrary to international law, must the challenger show, by reference to the established sources, that there is a rule of international law with which those actions are inconsistent; or must the challenged State show, on a similar basis, the existence of a rule positively authorizing those actions?".

existência dos princípios gerais de direito ou dos costumes internacionais, visto que não há um processo de criação centralizado, muito embora seja possível identificar a norma em si.

Considerações finais

Foi possível observar, por meio da construção realizada, como que, (re) pensar hodiernamente as fontes do direito internacional e sua base epistemológica requer o entendimento de todos os passos históricos que levaram *prima facie* à estruturação deste ramo normativo reconhecendo o papel que cada momento aportou à doutrina jurídica internacionalista.

Neste sentido, o artigo explorou as nuances históricas e doutrinárias que moldaram o estudo moderno do direito internacional demonstrando de que modo o conceito de soberania impactou toda a estruturação da teoria geral deste ramo normativo.

Contudo, este elemento catalisador representado pela soberania se relativizou e precisou acomodar outros interesses e aspectos a fim de melhor atender aos propósitos contemporâneos da disciplina.

Assim, foi com este mesmo olhar histórico, porém em perspectiva que se buscou com este texto apontar, de um lado tanto um olhar mais aberto à formação do direito internacional na contemporaneidade, que leve em conta tanto o redimensionamento do papel do Estado quanto a participação de outros instrumentos normativos na estrutura e na composição do direito internacional na atualidade.

Entende-se que o presente artigo contribui para o meio acadêmico, na medida em que oferece uma compreensão mais aprofundada da matéria ao destrinchar seus elementos e paradigmas fundantes.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando; CASELLA, Paulo Borba; NASCIMENTO E SILVA, G.E.do. Manual de direito internacional público. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

AFONSO DA SILVA, José. Curso de direito constitucional positivo. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BESSON, Samantha; D'ASPREMONT, Jean. **The sources of international law**: an introduction. The oxford Handbook of the sources of international law. Oxford: Universidad de Oxford, 2017.

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Evolução histórica do direito internacional. In: Revista de informação legislativa, v. 29, n. 115, p. 381-398, jul./set. 1992. p. 390.

BOBBIO, Noberto. O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito. Trad. e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

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

BRANT, L. N. C. Teoria Geral do Direito Internacional. Belo Horizonte: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2020. v. 1.

BRASIL, 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. Brasília: DF, 2009.

BULL, Hedley. **A Sociedade Anárquica-um estudo da ordem na política internacional**. Coleção Clássicos IPRI. Trad. Sérgio Bath. 1. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, São Paulo: IMESP, 2002.

BRIGGS, Herbert. The Law of Nations, Second Edition, New York 1952, p. 44 in DEGAN, V.G. Sources of International Law. Martinus Nijhoff Publishers. Kluwer Law International, Cambridge, 1997.

BRIERLY, James Leslie. Direito Internacional. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1963.

BROWNLINE, Ian. Principles of public international law. 3rd ed. Oxford: Oxford University Press, 1979.

CAPRA, Fritjof; LUISI, Pier Luigi. A visão sistêmica da Vida: uma concepção unificada e suas implicações filosóficas, políticas, sociais e econômicas. São Paulo: Cultrix, 2020. p. 74.

CAMARA FILHO, José Sette. Hans Kelsen e a teoria pura do direito internacional. 1949.

CARVALHO NETO, Pythagoras Lopes de. John Austin. Enciclopédia Jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Álvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo Teoria Geral e Filosofia do Direito, Edição 1, Abril de 2017.

Celso Fernandes Campilongo, Álvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017.

COMBACAU, Jean; SUR, Serge. Droit International Public. 8. ed. Paris: Montchrestien, Lextenso éditions, 2008.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Reservations To The Convention On The Prevention And Punishment Of The Crime Of Genocide. ICJ Reports 1951.

CRHISTÓFOLO, João Ernesto. Os fundamentos de obrigatoriedade do direito internacional. 2006

DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DINIZ, Maria Helena. Compêndio de introdução à ciência do direito. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. Do positivismo ao pós-positivismo jurídico: o atual paradigma jusfilosófico constitucional. Revista de Informação Legislativa, v. 48, n. 189, p. 105-131, jan./mar. 2011.

GOMES, Alexandre Travessoni. O Fundamento de validade do direito: Kant e Kelsen. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

GONÇALVES, Maria Beatriz Ribeiro. Fundamentos do Direito Internacional Público. 2014.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa. 3. ed. rev. e amp. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

JACQUE, Jean-Paul. Acte et norme en droit international public. RCADI, 1991, t. 227, p. 357-417.

JACQUES, Maritain. O Homem e o Estado. Trad. de Alceu Amoroso Lima. Rio de Janeiro: Agir, 1952.

JO, Hee Moon. Introdução ao direito internacional. 2. ed. São Paulo: LTr, 2004.

KOLOTELO, Friedmann Wendpap Rosane. Direito Internacional. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

KOSKENNIEMI, Martti. The politics of International Law. European Journal of International Law, Volume 1, Issue 1, 1990.

KOLB, Robert. Theory of International Law. Hart Publishing, 2016 In: Samantha Besson and Jean d'Aspremont (Ed.). The Oxford handbook on the sources of international law. Oxford: Oxford University Press, 2017, p. 321.

LAUTERPACHT, Hersch. Westlake and Present Day International Law. 15 Economica (1925), 307, 318. In: BOYLE, Alan; CHINKIN, Christine. The Making of International Law p. 78.

LISBOA, Tiago Pereira. O fundamento da obrigatoriedade do direito internacional. 2015.

MÄLKSOO, Lauri. Sources of International Law in the Nineteenth-Century European Tradition: Insights from Practice and Theory. In: BESSON, Samantha and D'ASPREMONT, Jean. The Oxford Handbook of the Sources of International Law, 2018.

MARTIN, Elizabeth A. A dictionary of law. 5th. ed. Oxford University Press. 2000.

MCCORQUODALE, Robert. **Sources and the Subjects of International Law**: a plurality of law-making participants. In: The Oxford Handbook of the sources of international law edited by Samantha Besson and Jean d'Aspremont, 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Corte Internacional de Justiça**, Reports, Continental Shelf, 1981

PELLET, Alain; Daillier, Patrick; DINH, Nguyen Quoc. **Direito Internacional Público**. Tradução de Vitor Marques Coelho. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Princípios de Direito Internacional**. Tomo 1. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do estado de Minas Gerais. In: Coleção Minas de História e Cultura. 2017.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva. 2002

SABADELL, Ana Lúcia. **Manual de sociologia jurídica**: introdução a uma leitura externa do direito. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005

SHAW, Malcolm N. **International Law**. 7th. Revised ed. London: Cambridge University Press, 2014.

SORENSEN, Max. **Les sources du droit international**. Copenhague: Einar Munksgaard, 1946.

Recebido em Fevereiro 2024
Aprovado Maio de 2024