

JOSÉ MANUEL PUREZA

Ordem jurídica, desordem mundial. Um contributo para o estudo do Direito Internacional *

O ensino e o estudo do Direito Internacional aqui e neste tempo são, neste texto, objecto de um duplo esforço de contextualização. Por um lado, relacionando-os com o que tem sido a sua trajectória singular em Portugal. Esse primeiro exercício confere visibilidade não só ao descompasso entre a “nossa” agenda substantiva do Direito Internacional e a que tem sido internacionalmente desenvolvida, como também aos défices teóricos e práticos dessa agenda „nacional”. Por outro lado, contextualização pela dinâmica de transformação do próprio Direito Internacional, que conduziu do tradicional direito vestefaliano ao direito da humanidade.

1. Introdução

O ensino do Direito Internacional no nosso tempo supõe, porventura mais do que nunca, um grande esforço de contextualização. Pouco mais de uma década volvida sobre o fim da Guerra Fria, ensinar/testemunhar o estudo do Direito Internacional é um irrecusável convite a pensar criticamente as condições – substantivas e institucionais – da regulação das relações internacionais. Vai aqui evidenciada a recusa de um distanciamento neutralista do investigador (jus)internacionalista em relação à dinâmica de luta política e cultural que lhe definirá o campo de referência: o processo de edificação da ordem internacional real que o Direito Internacional veicula.

Mas, para lá deste contexto genérico, o ensino do Direito Internacional em Portugal não pode deixar de reflectir ainda, em minha opinião, o relacionamento crítico estabelecido com duas trajectórias.

A primeira é a do ensino e da elaboração teórica do Direito Internacional no nosso país. Há um caminho feito entre nós, uma memória e um conjunto de linhas discursivas e pedagógicas que estão a ser desenvolvidas presente-

* Este texto é uma versão condensada do relatório apresentado pelo autor ao concurso para Professor Associado do V Grupo da Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra.

mente no terreno do ensino do Direito Internacional. Será a avaliação desse património que há-de ajudar a determinar se devemos seguir uma linha de continuidade, se devemos marcar rupturas ou se devemos propor correcções pontuais de rota. Neste sentido, importa responder, em primeiro lugar, a uma questão aparentemente elementar: como se deve ensinar Direito Internacional, em Portugal, no início do século XXI?

A segunda trajectória condicionadora de uma definição programática é a do próprio Direito Internacional. O Direito Internacional não é um corpo normativo fixo, mas sim um precipitado histórico e, por isso, em processo de mutação constante. O nosso tempo é porventura um tempo privilegiado para a análise das transformações por que está a passar o Direito Internacional. A crise regulatória dos Estados-nação, a revolução informática e os seus impactos perfuradores nas soberanias nacionais, a emergência de dinâmicas e problemas sociais de natureza ou alcance ineditamente globais, são alguns dos factores que estão a determinar mudanças profundas no Direito Internacional herdado da modernidade ocidental.

Ensinar que Direito Internacional? – eis, pois, a segunda questão estruturante deste exercício. Não se trata, realmente, apenas de rastrear as mudanças mais marcantes da ordem jurídica internacional contemporânea para as acantonar num capítulo final de “tendências actuais”. Trata-se antes de configurar *ab initio* um objecto de estudo – o Direito Internacional – como um discurso normativo para um sistema internacional entretanto mudado e, portanto, ele próprio com características marcantes distintas do Direito Internacional sedimentado desde o nascimento do sistema interestatal até meados do século XX.

Se a primeira inquietação impõe a clarificação de posições de princípio sobre o relacionamento entre normatividade e realidade empírica no sistema internacional, esta outra – que sintetizarei no trânsito, descontínuo e de intensidades variadas, de um Direito puramente interestatal para um Direito da Humanidade – envolve igualmente uma opção clara quanto à materialidade e densidade relativa das mudanças identificadas.

Procurarei que a resposta a estas duas perguntas confira um sentido preciso às opções que nortearam o desenho do programa e da metodologia da disciplina de Direito Internacional.

2. Ensinar Direito Internacional

2.1. A trajectória da investigação e ensino do Direito Internacional em Portugal

O exercício de balanço sobre o ensino e investigação em Direito Internacional em Portugal é duplamente aliciante. Por um lado, porque a narrativa da apagada e vil tristeza a que foi, de há muito, remetido entre nós o estudo

do Direito Internacional é uma espécie de subtexto que concretiza o hipertexto do anticosmopolitismo professado em Portugal e em especial nas universidades portuguesas. Por outro lado, porque não só esta cultura jurídico-política anti-internacionalista como também aquilo a que poderíamos chamar a “agenda das ausências” na escassa produção de Direito Internacional em Portugal – isto é, aquilo que se oculta com a concentração de visibilidade em certos tópicos – dizem muito, por contraste, daquilo que tem sido a densificação cosmopolita do Direito Internacional nas últimas décadas.

2.1.1. De 1910 a 1990

É conhecida a dupla acusação que recai sobre o Direito Internacional. Pretendendo-se Direito *efectivo*, próximo da prática concreta dos Estados, o Direito Internacional reduz-se a um mero retrato do comportamento regular das soberanias, destituído de distância utópica relativamente a elas. Pretendendo-se um Direito *normativo*, o Direito Internacional corre o risco de se tornar num abstracto modelo de comportamento mas falho de aplicação concreta (Koskenniemi, 1992: xvii).

O Direito Internacional estudado em Portugal não escapa à oscilação entre estas duas referências.

A primeira observação que vai nesse sentido é a de que o Direito Internacional tem sido perspectivado em Portugal como um discurso jurídico predominantemente estadocêntrico. Tem sido assim, desde logo, na formação dos estudantes de Direito. Aí, o peso dominante ocupado nos programas e manuais pela justificação da juridicidade do Direito Internacional (como que numa necessidade obsessiva de justificação ante o peso do padrão de juridicidade do Direito interno) e pelo relacionamento entre Direito Internacional e Direito nacional (num prolongado exercício de... Direito Constitucional), têm neutralizado a potencial carga alternativa transportada pelo Direito Internacional, olhado porventura como uma perturbante abertura às teses do pluralismo de ordenamentos jurídicos. Mas também nos estudos internacionalistas não jurídicos se revela dominante esta matriz cultural estadocêntrica. A tendência aí registada para a apresentação do Direito Internacional ora como uma frágil variável dependente do jogo estratégico dos blocos, ora como um etéreo (e portanto vulnerável) código utópico de comportamento, têm permitido dar lastro à redução do Direito Internacional a uma expressão jurídica do realismo, seja na sua versão clássica, seja no seu *aggiornamento* estrutural.

É inquestionável a articulação entre este traço e a menorização do estatuto curricular desta área nos estudos universitários portugueses. Prolon-

gadamente confinado a um semestre lectivo nas licenciaturas e só excepcionalmente oferecido nos cursos de mestrado, com a docência muitas vezes confiada a cultores do Direito Público interno e flagrantemente ausente das apostas de desenvolvimento estratégico dos estudos jurídico-políticos, o estudo do Direito Internacional tornou-se num exercício individual de puro voluntarismo acadêmico.

Ora, o que é notório é que esta tradição não corresponde aos passos auspiciosos dados pela doutrina portuguesa no início deste século. Quer em Lisboa – onde Abranches Ferrão e, logo depois, Rocha Saraiva e Ávila Lima, assumiriam a regência da disciplina, iniciada em 1913 – quer em Coimbra, sob a responsabilidade de Machado Vilela, a elaboração teórica de Direito Internacional acompanhava os cânones doutrinários de então. A representação de um sistema jurídico positivo, regulador das relações no seio do reduzido clube de “Estados civilizados”, arrancando de um entendimento sacralizador da soberania e orientado para a pura coexistência entre unidades políticas independentes a que Westlake, Anzilotti, Triepel, Lorimer ou von Liszt haviam dado consistência teórica foi recebida e reproduzida por Machado Vilela. Também para ele, em páginas publicadas em 1910,

a função geral do Direito Internacional se traduz na regulamentação e garantia de organização e funcionamento da sociedade dos Estados: *a)* determinando os elementos, bases e forma de organização da sociedade internacional; *b)* disciplinando a acção internacional dos Estados tanto para a realização pacífica dos interesses nacionais de carácter geral como para regularizar a situação jurídica dos indivíduos nas relações internacionais e *c)* resolvendo os conflitos que a vida internacional possa levantar entre os povos. (Vilela, 1910: 26)

Não obstante esta sua manifesta proximidade das teses do voluntarismo estadocêntrico, Machado Vilela destaca-se também pela sua abertura pioneira à institucionalização do Direito Internacional e ao fenómeno da organização internacional:

[A] tendência dos governos para aperfeiçoar, sobre as bases da igualdade e da reciprocidade, a organização jurídica da sociedade dos Estados, revela-se claramente no número crescente de assembleias diplomáticas em que os Estados têm procurado formular regras disciplinadoras das suas relações e sancioná-las em tratados gerais [...] e bem assim na criação progressiva de instituições de carácter internacional que [...] organizem e dêem unidade funcional aos interesses comuns dos Estados civilizados”. (*ibid.*: 26)

É, pois, inegável que, nas primeiras décadas do século passado, o estudo do Direito Internacional em Portugal evidenciava uma agenda de tópicos acertada com a que era professada na Europa. Resulta, assim, claro que o desinvestimento na abordagem jus-internacionalista foi posterior e veio a radicar no incómodo provocado em Portugal pelo que designei noutra lugar (Pureza, 1998a: 23) a “primeira vaga de transformação estrutural” da sociedade internacional moderna.

Essa primeira vaga materializou-se na conjugação da mundialização do sistema interestatal com a consolidação do processo de institucionalização das organizações internacionais. A mundialização pressupôs a superação da velha identidade eurocêntrica da “comunidade de estados civilizados” pela autodeterminação dos povos coloniais. A institucionalização projectou a cultura de cooperação organizada e o sentido de permanência e coesão trazidos pelas organizações internacionais para um plano tal que pôs em causa o particularismo extremo característico do puro *billiard-ball system*.

Ora, a reacção académico-política em Portugal foi de distanciamento isolacionista ante tais novidades. Enquanto no mundo se consolidava juridicamente a dinâmica da descolonização, em Portugal o estudo do Direito Internacional passava a ser conjugado com a disciplina de Administração e Direito Colonial. Ponto cimeiro desta anacrónica articulação é a obra de Marcelo Caetano *Portugal e o Direito Colonial Internacional*, publicada em 1948, que deu mais tarde lugar ao *Portugal e a internacionalização dos problemas africanos*, que leva sintomaticamente por subtítulo *História de uma batalha: da liberdade dos mares às Nações Unidas*.

Mas, tanto ou mais do que estes textos, foi o conteúdo do ensino do Direito Internacional que tornou clara essa reserva ante o novo rumo deste ramo do Direito, como é patenteado quer em *Direito Internacional Público*, de Silva Cunha, de 1957 – em que o registo eminentemente descritivo e classificatório ignorou uma abordagem geral da densificação jurídica do fenómeno das organizações internacionais e da incontornável diferença de conteúdos e de alcance entre o Direito Internacional vestefaliano e o onusiano –, quer nas Lições de Afonso Queiró, publicadas em Coimbra em 1960, que deliberadamente se esgotam na análise das fontes do Direito Internacional, passando assim também ao lado dos novos conteúdos substantivos que fervilhavam na data da publicação.

Este processo de dessubstancialização táctica do estudo do Direito Internacional em Portugal foi, de algum modo, interrompido em 1964. Com André Gonçalves Pereira (1964, 1970), o filão analítico e a opção jusnaturalista perfilhada por Queiró (chegando, através dele, à comum inspiração

em Verdross e Truyol) serve de prelúdio ao que constitui verdadeiramente o primeiro grande manual universitário de Direito Internacional em Portugal. Notável pela amplitude da sistematização do Direito Internacional, que inclui já com relevo as perturbações entretanto ocorridas no elenco das fontes (como o *ius cogens* ou as “decisões das organizações internacionais”) e o protagonismo das organizações internacionais, o *Curso* de André Gonçalves Pereira descurava, todavia – em virtude de inaceitáveis constrangimentos temporais à leccionação da disciplina, argumenta o autor –, quer os pilares substantivos essenciais do Direito Internacional pós-1945 (proibição do uso da força, autodeterminação, não ingerência e não intervenção, etc.), quer os mecanismos sancionatórios da responsabilidade internacional, quer ainda, e de novo, a emergência dos povos como sujeitos do Direito Internacional, titulares do direito à autodeterminação.

Quer dizer, apesar dos desenvolvimentos trazidos por esta obra, o fosso entre o modo de elaborar doutrinariamente o Direito Internacional em Portugal e no estrangeiro alargou-se. A diferença de disponibilidades para incorporar e valorizar o alcance material e técnico do sistema jurídico-político estruturado em torno da Organização das Nações Unidas é, no meu entender, a justificação primeira dessa situação.

Surpreendentemente, este bloqueamento político à agenda do Direito Internacional prolongou os seus efeitos bem para lá de 1974. Em boa verdade, o que o panorama do estudo do Direito Internacional em Portugal evidenciou até à saída da década de 80, foi um retraimento claro em abandonar o exclusivismo do registo da independência interestatal ignorando assim a densificação jurídica da interdependência e da cooperação. A primeira vaga de transformação estrutural da sociedade internacional moderna passou longe dos estudos de Direito Internacional em Portugal.

2.1.2. Depois de 1990

Os últimos tempos trouxeram dados novos a este panorama. Esses dados arrumam-se em dois grupos diferentes. Num primeiro, situo o trabalho de Paula Escarameia, cuja dissertação de doutoramento na Universidade de Harvard, *Formation of Concepts in International Law. Subsumption under Self-Determination in the Case of East Timor* (1993) associa brilhantemente a doutrina portuguesa à dinâmica de redignificação teórica do Direito Internacional propiciado pelas propostas dos *Critical Legal Studies* e dos *New Approaches to International Law*. O segundo grupo de novas referências do estudo do Direito Internacional em Portugal inclui um grupo de importantes trabalhos desveladores dos conteúdos do conceito de ordem pública internacional. O estudo de Patrícia Galvão Teles sobre as obrigações *erga*

omnes em Direito Internacional (1996: 73), os trabalhos de José Alberto Azeredo Lopes sobre “A crise do Golfo e o Direito Internacional” (1993: 67) e sobre “Autodeterminação dos povos, uso da força e responsabilidade internacional – algumas questões e poucas respostas” (1998), e ainda a obra de Eduardo Correia Baptista sobre *Ius Cogens em Direito Internacional* (1997), são prenúncios auspiciosos de abertura aos novos traços paradigmáticos exigidos pelo nosso tempo ao Direito Internacional. Iguamente na perspectiva de identificação de traços jurídicos de um tempo pós-vestefaliano se devem situar os estudos de Gomes Canotilho e Canelas de Castro (1996) e de Isabel Raimundo (1999) sobre o debate em torno da figura da ingerência humanitária. A coroar esta vaga de estudos sobre os contornos do Direito Internacional em transição paradigmática deve sublinhar-se o número monográfico da revista *Nação e Defesa* sobre “Uma nova ordem jurídica internacional?” (2001), com contribuições de Gomes Canotilho, Poiares Maduro, João Loureiro, Azeredo Lopes, Canelas de Castro, Inês Folhadela, Diogo Feio, Mário João Fernandes e Ana Luísa Riquito.

2.1.3. Nem prática nem teoria

O percurso, grosseiramente sumariado, das tendências de investigação e ensino do Direito Internacional em Portugal, evidencia – para lá da subalternização curricular estrutural em que tem sempre vivido – dois outros inquietantes traços deficitários que, aliás, sublinham o já referido dilema empirismo-normativismo como nó górdio do Direito Internacional em geral.

Em primeiro lugar, *um défice de estudo empírico*. Esta insuficiência estrutural exprime-se numa sensível ausência de trabalhos sobre a prática do Direito Internacional, ou melhor, sobre o Direito Internacional “em ação”. Na verdade, a escassa doutrina portuguesa quase unanimemente se alheou quer da análise dos processos político-diplomáticos de elaboração e aplicação das normas internacionais, quer da jurisprudência internacional, mostrando-se genericamente incapaz de incorporar a salutar dimensão dos *cases and materials* no seu discurso (Fernandes, 1995: 365).¹ A preocupação

¹ Constitui excepção a este panorama a *Colecção de jurisprudência de Direito Internacional* de Paula Escarameia (1992). Também no domínio da jurisprudência internacional se situa o estudo de Maria da Assunção do Vale Pereira *As medidas provisórias na jurisprudência recente do Tribunal Internacional de Justiça* (1998). Num plano diferente de abordagem do Direito Internacional em ação, destaque-se o volume de *Textos históricos do Direito Internacional e das Relações Internacionais*, organizado por José Alberto Azeredo Lopes (1999) e a monografia de Maria José Morais Pires *As reservas à Convenção Europeia dos Direitos do Homem* (1997).

com a semelhança de densidade dogmática entre o Direito Internacional e o direito interno fez esquecer o “direito dos casos concretos”, com actores e comportamentos reais e não livrescos. É, pois, um estudo truncado de uma dimensão fundamental. Alheando-se do Direito Internacional em acção, a doutrina de Direito Internacional tem abdicado da riqueza da vida que está para lá da segurança formal das classificações dogmáticas e tem prescindido do estímulo à formulação de juízos críticos, contextualmente motivados, por parte de quem se inicia nessa aprendizagem.

Deve, todavia, ser feita uma ressalva a este juízo. O caso de Timor-Leste motivou uma invulgar produção de estudos portugueses que pretendem captar precisamente o relacionamento dinâmico entre as normas e decisões internacionais e o contexto político que rodeou a sua produção e aplicação. Destacam-se os estudos de Patrícia Galvão Teles (1997, 1999), Miguel Galvão Teles (1999), António Monteiro (2001) e a obra colectiva organizada por Jorge Miranda (2000).

Mas o balanço acima ensaiado evidencia um segundo défice, tanto ou mais inquietante do que o primeiro: *falta espessura teórica* à reflexão e pedagogia jus-internacionalista em Portugal. Com as excepções assinaladas, a escassa visibilidade do Direito Internacional estudado em Portugal reflecte uma opção genérica por um estilo de positivismo normativista. Essa tendência maioritária, embora limitadamente temperada por filiações jusnaturalistas, sufraga uma visão marcadamente indutiva do Direito Internacional, para a qual as interrogações sobre o processo político de produção e aplicação da normatividade internacional não são realmente importantes, pois que o verdadeiramente importante é a efectividade, medida pela verificação da regularidade do comportamento dos Estados.

A elaboração teórica em Direito Internacional partilha, entre nós, daquela “certa atonia metodológica” de que fala Maarten Bos (1984). O “pragmatismo conceptual” (Kennedy, 1988) que ocupa o lugar deixado vazio por esse desinvestimento teórico – Martti Koskenniemi denunciou, a este propósito, que “a discussão sobre a teoria em Direito Internacional se tornou numa ocupação marginal” (1989: xiii) – concretiza-se no facto de a grande maioria dos manuais de Direito Internacional reduzir as questões teóricas a uma menção marginal à juridicidade da disciplina, ao fundamento da sua natureza vinculativa e a uma referência, as mais das vezes difusa e vaga, ao método que invariavelmente vem designado como “interdisciplinar, pluridisciplinar ou multidisciplinar” (Forcada Barona, 1999: 183).

Navegando no compromisso impossível entre normativismo legalista e positivismo realista que essa alergia à fundamentação teórica suscita, nessa

oscilação persistente entre conceptualismo e empirismo, o ensino e a produção teórica de Direito Internacional em Portugal têm passado ao lado dos mais importantes debates teóricos que vêm marcando, de há décadas a esta parte, a investigação sobre o papel e a intensidade da normatividade no sistema internacional. Como explica Robert Beck (1996: 8), a variedade das respostas a quatro perguntas fundamentais – a) que relação existe/deve existir entre as regras internacionais e a moral? b) o que leva os actores internacionais a cumprirem as regras internacionais? c) que influência têm os factores de política interna no comportamento face às regras internacionais? e d) como são formuladas as normas internacionais? – permite construir uma cartografia de um universo teórico complexo em que pontuam tanto escolas “de Relações Internacionais” como escolas “de Direito Internacional”. Uma tal cartografia é, na sugestão de Beck, sintetizável numa matriz construída segundo dois eixos. O primeiro divide as diversas propostas teóricas segundo o seu método. Esse eixo tem como referências, de um lado, o empirismo e, do outro, a teoria crítica. Aproximam-se da primeira extremidade do eixo aquelas propostas que mergulham as suas raízes na tradição sociológica positivista, para a qual a realidade natural e a realidade social não são mundos essencialmente distintos o que permite admitir a existência de um conhecimento objectivo da realidade. Aproximam-se da outra referência do eixo metodológico as escolas que rejeitam essa assimilação da realidade social à realidade natural e que, sublinhando a natureza contingente da realidade, negam a viabilidade de um conhecimento objectivo a que opõem a inevitabilidade de um conhecimento contextual, assente em trabalho hermenêutico, não científico no sentido tradicional. O outro eixo da matriz estrutura-se em função dos objectivos fundamentais perseguidos por cada escola. Tem como referências, num extremo, as abordagens explicativas e, no outro, as abordagens prescritivas. As primeiras visam primordialmente responder a porquê e como são as regras internacionais originadas, porquê e como se processa a sua evolução, porquê e como se verifica a sua influência sobre a acção dos Estados. As segundas oscilam entre a enunciação das regras que obrigam no sistema internacional e a proposta de novas regras, em função de critérios valorativos como a justiça, a dignidade humana ou a igualdade.

A matriz assim construída por Robert Beck (Figura 1) dá conta da pluralidade de perspectivas teóricas, de linguagens e de universos de referência na abordagem do fenómeno normativo no sistema internacional contemporâneo. E a sua simples contemplação é já um exercício de identificação do imenso défice teórico que perpassa pelo ensino e a investigação do Direito Internacional em Portugal.

FIGURA 1: Abordagens teóricas das regras internacionais

		OBJECTIVO PRINCIPAL	
		EXPLICATIVO	PRESCRITIVO
		Porquê? Como?	O que é que é vinculativo? O que é que deveria ser vinculativo?
M É T O D O	EMPIRICISTA	Realismo Clássico Realismo Estrutural Institucional. Racionalista	<i>Jusnaturalismo</i> <i>Positivismo Jurídico</i> <i>Escola de New Haven</i>
	CRÍTICO	Institucional. Sociológico <i>Nova Corrente</i> <i>(New Stream)</i>	<i>Feminismo Jurídico</i>

(Abordagens de carácter jurídico às regras internacionais em itálico)

Fonte: BECK, 1996.

2.2. O indeclinável desafio do diálogo interdisciplinar

Há uma tradicional “insularidade académica” (Beck, 1996: 3) entre Relações Internacionais e Direito Internacional. A literatura de Relações Internacionais tem encarado o Direito como algo “periférico”, “irrelevante” ou, no mínimo, como “um epifenómeno” (Arend, 1996: 289). A ser-lhes reconhecido valor jurídico, as regras não exercem qualquer influência efectiva no comportamento externo dos Estados e são, portanto, tendencialmente irrelevantes para a análise do sistema internacional. Por sua vez, os juristas encaram o discurso das Relações Internacionais como um sociologismo descritivo e, por isso, tendencialmente identificado como discurso legitimador das relações de poder instaladas no sistema internacional.

2.2.1. A síndrome das duas culturas

Esta síndrome das duas culturas, analisada por autores como Oran Young (1992: 72), constitui um obstáculo de primeira linha à superação interdisciplinar dos défices materiais e metodológicos que acima enunciei. Urge, portanto, encontrar vias de aproximação e diálogo disciplinar entre os dois campos. Noutra lugar (Pureza, 1998b), analisei os pressupostos teóricos deste afastamento. O primeiro consiste em considerar cada um destes campos disciplinares, tal como existente neste momento, de forma monolítica. O segundo consiste em ignorar a dinâmica de transição paradigmática que tem operado em qualquer deles.

Os termos usados pela literatura dominante em Relações Internacionais para referir o Direito Internacional dão conta não apenas de incomunicabi-

lidade mas também, e sobretudo, de desvalorização. Essa subalternização do Direito Internacional é um corolário lógico da matriz cultural realista das Relações Internacionais. Como expressão do positivismo, a matriz cultural realista da ciência das Relações Internacionais contrapõe factos a valores e atribui absoluta prioridade epistemológica ao conhecimento factual. A essa diferenciação epistemológica e de estatuto cognitivo entre realidade empírica e discursos normativos chama Melvin Frost a *tendência para uma explicação objectiva* (1996: 12). Os pressupostos elementares do positivismo científico que sustentam aquela diferenciação epistemológica e cognitiva são bem conhecidos: a observação dos factos permite detectar regularidades que, sendo leis naturais do funcionamento dessa realidade, devem ser como tal acolhidas pelo labor científico devidamente isolado de quaisquer condicionantes metafísicas. A regularidade empírica adquire assim estatuto de regularidade científica. Ora, esta elevação da repetição empírica à categoria de discurso de validação científica determinou a cientificação de duas imagens do mundo sobejamente conhecidas.

A primeira é a da anarquia endémica do sistema internacional. O sistema interestatal, “em que cada um deles [Estados] vigia os outros a fim de assegurar a sua segurança estatal”, como escrevia Aron, é o oposto do *Rechtsstaat* weberiano. Naquele, ao contrário deste, faltam os “five C’s” imprescindíveis à formação das normas genuinamente jurídicas: “Congress, Code, Court, Cop and Clink” (Arend, 1999: 29). Na ausência de um poder legislativo, de um procedimento codificador e sistematizador, de jurisdição compulsória universal, de meios públicos de aplicação forçada e de sanções para os potenciais infractores, vale o estado de natureza permanente, sem instâncias de monopolização da violência legítima, em que cabe a cada Estado zelar pela sua segurança, recorrendo a todos os meios incluindo a força. A segunda imagem do mundo tornada canónica (ou “científica”) pela matriz cultural realista é a das Relações Internacionais como um campo de luta irreprimível pelo poder. Toda a política é *power politics* e a política internacional é-o, obviamente, por excelência, pois que a inexistência de uma instância de autoridade política superior aos Estados os condena – norteados que são, em exclusivo, pela defesa do respectivo interesse nacional – a uma tensão mútua permanente. Neste quadro de referência, toda a regulação é auto-regulação.

Ora, esta menorização, ou mesmo negação, do Direito Internacional pelo realismo resulta da *circunscrição da totalidade do fenómeno normativo a uma certa noção de Direito*, naturalmente aquela que aproxima mais a ordem jurídica da tradução, pelo Estado, do interesse nacional em termos de poder. Quer dizer, o único discurso jurídico reconhecível como tal pelo realismo é

o do positivismo jurídico. O Direito que a cultura realista nega existir no sistema internacional é aquele a que Austin se referiu como “ordem do soberano”, daí inferindo também este autor que, não havendo coerção soberana que sirva de suporte às normas internacionais, elas não são verdadeiras normas jurídicas, mas apenas “moralidade internacional positiva”. Como expressões do mesmo primado da sagração da realidade empírica sobre a perspectiva crítica, realismo e positivismo jurídico dão-se as mãos na consideração de que só há Direito no campo da soberania e que esse campo é, portanto, exclusivamente o do Estado. É ilustrativa desta afinidade entre realismo e positivismo jurídico o seguinte passo de Hans Morgenthau sobre o trabalho do jurista de Direito Internacional:

Por um lado, ele propõe-se abordar exclusivamente questões jurídicas e, para esse efeito, separa claramente a esfera jurídica da ética e dos costumes, bem como da psicologia e da sociologia. Daí o seu *legalismo*. Por outro lado, ele confina a sua atenção, dentro da esfera jurídica, às regras aplicadas pelo Estado e exclui todo o Direito cuja existência não se reconduza aos códigos ou às decisões dos tribunais. Daí o seu *monismo estatista*. (Morgenthau, 1940: 283)

Deste modo, a plena identificação do Direito com um sistema de proibições e sanções sustentado em última análise pela coerção exercida pelo poder público tem servido de mecanismo de deslegitimação do Direito no sistema internacional. Sem a garantia dessa coerção, em virtude da inexistência de instâncias de autoridade política formal superior à dos Estados, as regras perdem o carácter de ordens e o Direito Internacional fica limitado a um papel meramente contratual entre os Estados – um *bric-à-brac*, nas palavras de Combacau (1986). Assim, para conforto das teses realistas e positivistas, as regras jurídicas internacionais remetem-se a um papel passivo de ratificação da prática interestatal. É nesse sentido que Martti Koskenniemi fala de “padrão ascendente de justificação do Direito Internacional” (1989), já que, de acordo com esta óptica empiricista, a validade e a eficácia das normas jurídicas internacionais radicam na proximidade para com os comportamentos correntes dos Estados e, sobretudo, para com os interesses destes.

2.2.2. Crítica/desconstrução

O fundo positivista em que radicam as teses subalternizadoras do papel do Direito Internacional tem sido alvo de uma dupla crítica.

Em primeiro lugar, uma crítica de cariz metodológico. Para as correntes pós-positivistas, toda a realidade é socialmente construída, pelo que a dis-

tinção entre explanação objectiva e discurso normativo sobre a realidade internacional é uma artificialidade intencional. Ao contrário do que o positivismo dá como inquestionável, não há factos objectivos e absolutamente exteriores aos actores sociais que os observam e, portanto, alheios às perspectivas teóricas que perfilham, pelo que a rejeição de uma metodologia normativa e a adopção de uma metodologia empiricista não são uma fatalidade mas uma escolha livre e conduzida, ela própria, por critérios não factuais, ou seja, normativos. O que faz a matriz realista das Relações Internacionais ser tão desvalorizadora do papel do Direito Internacional e de quaisquer outros discursos normativos sobre a realidade internacional não é, pois, tanto o respeito pela autonomia dessa realidade como a vontade implícita de a manter como estrutura do sistema internacional. Nesse sentido, o realismo não se afigura só como uma antropologia (um discurso sobre a natureza humana), uma epistemologia (um discurso sobre a compreensão e o conhecimento da política) e uma pragmática (um discurso sobre como se deve agir, sendo a política o que efectivamente é) (Panebianco, 1992: 29). Mais do que tudo isso, a matriz realista das Relações Internacionais é uma ideologia – uma ideologia conservadora, que legitima e perpetua uma determinada configuração do sistema internacional e a sua hierarquia.

O segundo tipo de críticas ao ideário positivista é o que tem como alvo a representação do Direito que padroniza o discurso jurídico do realismo.

Ao tomar como referência fechada a do Direito nacional, o positivismo tende a ver no Direito Internacional uma ordem que repousa quase exclusivamente em regras de costume, desprovida, portanto, dos mecanismos de aplicação forçada típicos dos Direitos nacionais e deixada ao sabor da generalizada adesão dos Estados.

Ora, há um duplo vício nesta construção. Por um lado, a exacerbação da dimensão voluntarista e relativista do Direito Internacional. O indutivismo inerente à construção positivista do Direito determina uma extrapolação mecânica do passado para o presente e o futuro. A definição de fronteiras estritas entre *lex lata* e *lex ferenda* assim fundamentada torna o positivismo numa perspectiva incapaz de explicar a realidade do Direito Internacional em períodos de rápida e profunda mudança do sistema internacional (Müllerson, 2000: 23). Por outro lado, a adopção de um padrão muito reduzido de juridicidade. O Direito é um discurso normativo multi-funcional sobre a realidade. Limitá-lo a um sistema de comandos-sanções é ignorar as suas dimensões performativas, pragmáticas ou simplesmente enunciadoras e até simplesmente “sedutoras”. O que significa que “a eficácia do Direito

não pode ser avaliada apenas em termos de cumprimento/não cumprimento das proibições. Uma tal avaliação seria inadequada porque confunde leis com ordens e porque a obediência às prescrições é um processo intensamente dinâmico, o oposto de um cumprimento passivo das regras” (Kratowil, 1984: 50). Por isso, num horizonte pós-positivista, a aferição da eficácia do Direito Internacional pressupõe, desde logo, abordar o fenómeno jurídico internacional nas suas várias dimensões e não limitá-lo a um arquétipo criminalístico do sistema de comandos-sanções.

É sobre essa visão reducionista do universo do Direito que repousa a tradicional subalternização do normativo (e do jurídico em particular) na conformação e regulação do sistema internacional. Ultrapassados esse reducionismo e o monolitismo da matriz realista das Relações Internacionais, há, porém, lugar para o discurso normativo nas Relações Internacionais e para uma releitura do papel do Direito Internacional.

A transição paradigmática no conhecimento da realidade internacional reforça a importância da leitura de Martti Koskenniemi, para quem a validade jurídica do Direito Internacional não tem apenas um mas dois padrões de aferição. Para além do “padrão ascendente”, que faz assentar a juridicidade do Direito Internacional na sua adesão à prática efectiva dos Estados, também pertence à identidade do Direito Internacional o “padrão descendente”, isto é, a fundamentação da ordem jurídica internacional “na justiça, nos interesses comuns, no progresso, na natureza da comunidade mundial, ou em outras ideias semelhantes às quais é comum o facto de serem anteriores ou superiores ao comportamento, vontade e interesse do Estado”, “um código normativo [...] que efectivamente impõe de que modo um Estado pode comportar-se, qual pode ser a sua vontade e quais podem ser os seus legítimos interesses” (Koskenniemi, 1989: 40-41). Se o primeiro privilegia a efectivação das normas sobre o seu carácter prescritivo, o segundo opera de modo inverso. Ora, a transição paradigmática para um horizonte pós-positivista está a consistir, no que ao Direito Internacional diz respeito, no reforço da sua dimensão normativa e utópica, sem que isso signifique, no entanto, o abandono da sua função clássica de formalização em normas gerais dos procedimentos adoptados pelos Estados para a regulação das suas relações mútuas. Acentua-se assim a sua componente de “dever-ser” relativamente à fixação do que é. E esta dinâmica de mudança traz consigo a exigência de uma reflexão sistemática sobre qual a medida em que o Direito pode ser instrumento facilitador da emergência e consolidação de tendências desejáveis e se mostra capaz de prevenir o aparecimento de tendências indesejáveis (Müllerson, 2000: 17).

2.2.3. Percursos alternativos

A superação dos défices materiais e metodológicos que têm marcado a investigação e o ensino do Direito Internacional em Portugal situa-se, portanto, na convergência de duas transições. Por um lado, a transição do cânone historicista e empiricista que o pensamento realista fez cristalizar na ciência das Relações Internacionais. Por outro lado, a abertura da agenda programática do Direito Internacional a diálogos interdisciplinares que quebrem o círculo fechado do positivismo normativista.

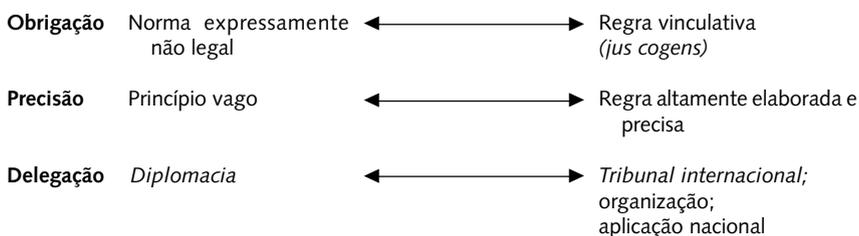
Neste sentido, um estudo do Direito Internacional sintonizado com estas preocupações dialógicas e interdisciplinares deve acolher dois campos teóricos que as literaturas dominantes de uma e de outra disciplinas têm considerado marginais.

A “legalização das relações internacionais”

O primeiro desses campos teóricos é o da chamada “legalização das relações internacionais”. Trata-se de um conceito em processo de aprofundamento na literatura de Relações Internacionais (Abbott *et al.*, 2000) e que pretende designar “uma forma particular de institucionalização caracterizada por três componentes: obrigação, precisão e delegação” (*ibid.*: 401). Aquela primeira nota pretende destacar que, no contexto destes variados processos de institucionalização, os Estados se vinculam a regras ou a conjuntos de regras jurídicas. A precisão, por sua vez, identifica precisamente essas regras, enquanto enunciados claros e determinados (Franck, 1990) das condutas exigidas, autorizadas ou interditas. Finalmente, a referência à delegação visa sublinhar que a transferência de autoridade para um terceiro em vista seja da interpretação e aplicação das regras, seja da solução de controvérsias, seja, enfim, da capacidade de produzir novas regras, complementares ou autónomas relativamente às originárias, é um traço marcante da institucionalização das relações internacionais contemporâneas.

O que a teoria da legalização sustenta é que estes processos são combinações múltiplas entre aqueles três elementos (obrigação, precisão e delegação), em que cada um deles pode assumir intensidades variáveis. E que, portanto, “o conceito de legalização engloba um *continuum* multidimensional que vai do ‘tipo ideal’ de legalização, em que todas as três propriedades são maximizadas, até à legalização ‘forte’ [hard], em que todas as três (ou, pelo menos, a obrigação e a delegação) são altas, passando por múltiplas formas de legalização ‘fraca’ [soft] que envolvem diferentes combinações daqueles atributos, até, enfim, à completa ausência de legalização, que é outro tipo ideal” (Abbott *et al.*, 2000: 401-402). Esse espectro da legalização das relações internacionais está graficamente sintetizado na Figura 2.

FIGURA 2: Dimensões da legalização



Fonte: ABBOTT *et al.*, 2000.

A influência das normas nas relações internacionais

Um segundo campo de diálogo interdisciplinar que um programa de Direito Internacional susceptível de quebrar a hegemonia dos vícios positivista e normativista deverá integrar é o que respeita à avaliação da influência real das normas no comportamento dos actores internacionais, em especial dos Estados.

Na verdade, entre o desdém realista por um Direito Internacional visto como puro “epifenómeno” e o juridicismo que olha o mundo sob o prisma exclusivo do cumprimento ou incumprimento de regras, afirma-se um vasto conjunto de posições que tendem a ser ignoradas nos discursos até agora dominantes, numa e noutra disciplinas, em Portugal. A explicitação deste leque de abordagens do problema constitui, sem dúvida, um elemento fundamental de um diálogo interdisciplinar entre Direito Internacional e Relações Internacionais.

Anthony Clark Arend (1999) identifica três grandes abordagens deste problema.

A primeira é a do *realismo estrutural*, em que pontuam autores como Kenneth Waltz, Robert Gilpin ou John Mearsheimer. Não cabe nesse pensamento o reconhecimento de força independente às normas internacionais. Com efeito, o primado absoluto da conquista de poder como forma de acautelar os interesses nacionais num contexto de permanente dilema de segurança conduz os Estados, de acordo com os realistas, a entender as normas internacionais como meros instrumentos de conveniência.

A segunda abordagem é a do *institucionalismo racionalista*. Diversos pressupostos unem racionalistas e realistas: o primado do Estado no sistema internacional, a concepção do Estado como actor unitário, a configuração do sistema internacional como anarquia. Para esta abordagem, o Estado age como um actor racional, em busca da permanente maximização dos seus interesses. Deste ponto de vista, a vinculação a normas internacionais pode ser vantajosa ou conveniente para os Estados, por diversas razões:

redução dos custos de transacção entre eles, estabilização das expectativas, promoção da cooperação a longo prazo e criação de condições para a imposição da aplicação das regras, numa base de reciprocidade e não de centralização institucional (Arend, 1999: 121). Para a escola dos regimes internacionais as normas internacionais têm real influência sobre o comportamento dos Estados mas tal influência é selectiva e é determinada, em última análise, pela ponderação racional feita pelos próprios Estados.

Finalmente, a proposta *construtivista* desenvolvida por autores como Robert Cox, John Gerard Ruggie, Friedrich Kratochwil ou Alexander Wendt. Ao contrário da proposta realista, para a qual o poder no sistema internacional se afere por indicadores puramente materiais (poder militar, recursos naturais, capacidade económica), o pensamento construtivista sugere que a estrutura do sistema internacional é uma estrutura socialmente construída. O que significa duas coisas: em primeiro lugar, que há elementos não materiais, como as normas e as instituições internacionais, que integram a estrutura do sistema internacional tal como os elementos materiais; em segundo lugar, que os próprios elementos materiais só ganham sentido na estrutura do sistema à medida que os Estados desenvolvem sobre eles expectativas partilhadas através da interacção. Os construtivistas realçam a acção constitutiva recíproca entre agente e estrutura e isso é decisivo para a sua leitura do relacionamento entre Estados e normas: os construtivistas admitem que a vinculação de um actor internacional a uma norma internacional pode mudar a sua identidade e a representação que faz dos seus interesses.

Com base nestes dois pressupostos, a proposta construtivista sublinha que as normas internacionais fazem parte do sistema internacional *out there*. E fazem-no de duas formas. Em primeiro lugar, desempenhando uma *função constitutiva* do próprio sistema, conformando-o tal como é. Trata-se, portanto, de princípios de primeira ordem [*first-order principles*] sobre os quais assenta todo o sistema jurídico internacional ou, nas palavras de Arend (1999: 130), “os princípios gerais sobre a natureza do sistema jurídico internacional”. Em segundo lugar, as normas internacionais desempenham, na esmagadora maioria, uma *função reguladora*, sobretudo definindo competências e a sua respectiva articulação e atribuindo valor normativo a pretensões e acções dos actores internacionais.

O diálogo interdisciplinar patente nestes dois debates fundamentais abre perspectivas de uma superação das matrizes tradicionais que, numa e noutra das disciplinas, têm imposto uma lógica de insularidade e aponta para um terreno pós-positivista de articulação entre elas.

3. Ensinar que Direito Internacional?

Ao longo das últimas décadas, diversos autores têm procurado captar a marca da determinação histórica do Direito Internacional. Assim, Wolfgang Friedmann (1964) contrapõe um direito da coexistência, ensaio minimalista e meramente procedimental, próprio de uma comunidade desintegrada, em que o mais importante é “how to keep them peacefully apart” (Abi-Saab, 1998: 251) a um direito da cooperação, cujo objectivo é antes “how to bring them actively together”, pois que há interesses substantivos comuns cuja satisfação não pode ser senão comumente realizada. René-Jean Dupuy (1963) lê esta transformação como expressão de uma dialéctica aberta entre o Direito Internacional de uma sociedade relacional e o Direito Internacional de uma sociedade institucional: enquanto o primeiro se caracteriza pela atomização, a natureza incondicional e a violência do poder do Estado soberano, o segundo vem com as marcas da concentração, do condicionamento e da repressão do poder desconcentrado que são apanágio dos processos de institucionalização. Já Paul Reuter (1961) havia sublinhado o impacto sobre o mundo do Direito da coexistência de três facetas da sociedade internacional: simples justaposição, reconhecimento de interesses comuns ou organização diferenciada. Enfim, Antonio Cassese (1986) sintetiza este processo de transformação na conhecida contraposição entre a ordem de Vestefália e a ordem das Nações Unidas.

Seguindo Carrillo Salcedo (1991), creio que esta mutação adquire, no nosso tempo, uma intensidade porventura inédita que se traduz numa pluralidade de sinais de transformação do Direito Internacional tradicional sedimentado no processo de afirmação e consolidação do sistema interestatal, que o vêm configurando como um Direito da comunidade internacional ou, nas palavras de Abi-Saab, como um “direito interno da humanidade” (1991: 11).

Independentemente das referências que privilegiemos na nossa interpretação, há um fundo comum a todas elas. Trata-se da percepção de que o Direito Internacional, que desempenhou nos séculos XVII, XVIII e XIX uma função de consubstanciação jurídica da ordem internacional interestatal lançada na Paz de Vestefália – contrabalançando-a, porém, através da afirmação doutrinal de padrões éticos agregadores e, por isso, veículos de viabilização da comunidade internacional (o *bonnum commune humanitatis*) – é hoje, em novo tempo de transição paradigmática, convocado a cumprir a mesma tarefa: por um lado, exprimir juridicamente a ordem internacional soprada pelos ventos da globalização; por outro, balizá-la de acordo com opções políticas e valorativas anunciadoras de uma certa conformação da comunidade internacional (Falk, 1989).

3.1. O Direito Internacional vestefaliano

O sistema internacional contemporâneo e o direito que o regula têm na sua matriz fundadora o sistema interestatal surgido na Europa nos séculos XV e XVI e o Direito Público da Europa que primeiramente o disciplinou. A desintegração da *res publica christiana* medieval veio a traduzir-se no colapso de uma ordem unipolar – garantida, em última análise, pela unidade espiritual da Cristandade e pela autoridade papal – e na sua substituição por uma ordem multipolar em que uma multiplicidade de Estados-nação passou a constituir a estrutura básica da governação internacional (Pureza, 1998c: 34).

Neste sentido, a principal transformação política e institucional simbolizada em Vestefália veio a ser a introdução de um princípio de descentralização na paisagem política internacional. Descentralização de dupla face, aliás, sendo que em ambas as dimensões avulta o mesmo processo de construção de uma comunidade imaginada (Anderson, 1983). Em primeiro lugar, uma comunidade imaginada interna. A sedimentação de uma relação de pertença e de lealdade territorial estruturou-se em torno da diferenciação entre esfera pública e esfera privada e teve no monopólio do uso legítimo da força pelo poder público a sua expressão maior. A esta dimensão interna acresce uma dimensão externa: Vestefália simboliza que não há nenhuma instância de poder externa ao Estado que lhe seja superior. Aqui, a contradição fundadora é entre interno e externo: monopólio do uso da força pelo Estado na ordem interna contra uso discricionário da força nas relações entre os Estados; ordem e relacionamento contratual na esfera interna contra anarquia e guerra de todos contra todos na esfera externa. Para que a comunidade nacional pudesse ser uma comunidade imaginada, era necessário que a comunidade internacional fosse, por definição, inimaginável (Pureza, 1998c: 35).

Nascido neste contexto de marca vestefaliana – em que a igualdade soberana dos Estados se consolidou como princípio constitucional da ordem internacional – o Direito Internacional expandiu-se à medida da própria expansão do sistema interestatal. Com as sucessivas vagas dessa expansão, o Direito Internacional foi-se progressivamente configurando como ratificador das desigualdades de facto, cobertas com o manto da igualdade formal.

Convirá lembrar que a mundialização do sistema interestatal de raiz europeia operou, durante os séculos XVIII e XIX, segundo uma lógica de expansão como reforço do centro (Pureza, 1998a: 25). Hedley Bull (1984: 123) pôde escrever a este propósito que “a perspectiva padrão desta emergência de uma sociedade internacional universal era a de que Estados não europeus entravam para um clube de Estados originariamente europeu, na

medida em que acolhessem os critérios de admissão estabelecidos pelos membros fundadores”. Foi claramente essa a lógica que, através do impulso descolonizador americano, primeiro, e da expansão imperialista e colonialista do Ocidente, depois, presidiu à ampliação do inicial sistema europeu de Estados formalizado em Vestefália, num momento inicial para um “sistema internacional de Estados cristãos” e, de seguida, para um “sistema internacional de Estados civilizados”. James Lorimer, um dos mais destacados internacionalistas dos finais do século XIX, apresenta a tese da humanidade como uma entidade política dividida em três círculos concêntricos: “a humanidade civilizada, a humanidade bárbara e a humanidade selvagem”. Da pertença a cada um destes círculos depende o grau de reconhecimento que as nações civilizadas estão admitidas a operar. Assim, o reconhecimento político pleno, que envolve “a aplicação integral do Direito Internacional racional e do Direito Internacional positivo”, ocorre entre “todos os Estados da Europa (excepto a Turquia), as colónias e protectorados desses Estados e os Estados da América”. O reconhecimento político parcial supõe “a aplicação plena e integral do Direito Internacional racional e uma aplicação restrita e variável do Direito Internacional positivo”; estão-lhe submetidos “na Europa a Turquia, na Ásia os Estados independentes, a Pérsia, o Afeganistão, a China e Sião, e, em África, Marrocos e os pequenos Estados muçulmanos ou fetichistas cuja existência na África equatorial nos é a cada passo revelada por corajosas expedições de audaciosos exploradores”. Enfim, o “reconhecimento político natural ou puramente humano”, com base no qual os Estados civilizados se obrigam tão só a respeitar “os princípios humanitários do direito racional”, abarcaria “os povos ou tribos não organizadas de África e os selvagens de algumas raras ilhas oceânicas ainda independentes”.

Reconhecimento e colonialismo foram, assim, as duas expressões jurídico-políticas da expansão mundial do Direito Internacional vestefaliano. O primeiro como mecanismo formal de admissão selectiva de novos Estados no concerto das “nações civilizadas”; o segundo como corolário político e jurídico desta selectividade: os territórios não incluídos, directa ou indirectamente, na jurisdição dos “Estados civilizados” eram considerados como *terra nullius* e apropriáveis, como tal, no quadro da expansão colonialista dos Estados europeus.

O Direito Internacional tradicional, produzido e pensado por/para um tal sistema de relações sociais, apresentava quatro traços característicos fundamentais.

Em primeiro lugar, a sua *interestatalidade*. Segundo Michel Virally (1983: 27-28), “a sociedade internacional não é senão uma sociedade em segundo

grau, uma sociedade das sociedades: a sociedade dos Estados”. Foi sobre esta representação do mundo que foi edificado o Direito Internacional tradicional, como ordenamento vocacionado para regular exclusivamente relações entre Estados, ignorando de forma praticamente absoluta as relações que envolvessem entidades não estatais (o que significou, por exemplo, relegar para o direito interno toda a regulação do relacionamento entre Estados e pessoas singulares ou colectivas sob sua jurisdição). A par desta interestatalidade ontológica vai uma interestatalidade funcional: o Direito Internacional tradicional apresentou uma vocação marcadamente competencialista, assumindo-se como um direito relacional minimalista destinado a garantir a coexistência entre Estados que procuravam sobretudo ignorar-se reciprocamente (Alcaide Fernandez, 2001: 27).

Em segundo lugar, a *territorialidade*. A “obsessão do território” traduziu-se na imposição de uma lógica segmentada de regulação, em que imperava, não apenas o princípio genérico do respeito pelas fronteiras e pela integridade territorial de cada Estado, como também o primado da jurisdição territorial de cada Estado em matéria quer de elaboração de legislação, quer de administração da justiça. Prosper Weil sintetizou lapidariamente esta marca territorialista do Direito Internacional tradicional: “o território é o poder” (1991: 502).

Em terceiro lugar, o *bilateralismo*. Todo o modo de ser do Direito Internacional tradicional se funda numa lógica estritamente bilateral e de reciprocidade. É o que se evidencia, desde logo, no plano da elaboração, com o relevo determinante atribuído ao consentimento dos Estados quer expresso (nas convenções internacionais), quer tácito (na formação de normas consuetudinárias). E a compreensão do Direito Internacional no seu todo como um somatório indiferenciado de relações jurídicas de perfil contratual mais acentua o lugar matricial ocupado pela igual soberania dos Estados na produção de normas jurídicas internacionais. A aplicação e garantia das normas de Direito Internacional tradicional foi um outro campo em que se evidenciou esta fundamentação bilateralista do Direito Internacional tradicional. Basta lembrar a importância conferida às medidas de auto-tutela dos direitos dos Estados e a natureza “civilista” da responsabilidade internacional tal como formulada nos quadros tradicionais.

Carrillo Salcedo (1996) sintetiza estas notas numa única marca caracterizadora do Direito Internacional vestefaliano: o seu *relativismo*. A relevância da vontade de cada Estado na assunção de obrigações jurídicas internacionais, a liberdade discricionária de apreciação, por cada Estado, da própria situação jurídica internacional e a pretensa neutralidade axiológica do Direito Internacional tornaram-no num ordenamento vocacio-

nado para a ratificação das relações de força estabelecidas no terreno das relações internacionais sem capacidade de antecipação utópica ou de actualização correctiva.

3.2. O “direito interno da humanidade”

No curto espaço de um século, o meio social para que se destina o Direito Internacional alterou-se profundamente. A complexidade da sociedade internacional contemporânea é extraordinariamente superior à daquela que motivou o nascimento do Direito Internacional Público, simbolizada na Paz de Vestefália de 1648. Por um lado, a sociedade internacional do nosso tempo é, pela primeira vez, uma formação mundial e global, mas a globalização é selectiva e reforça as diferenças de poder herdadas do passado. Por outro lado, o Estado-nação deixou inapelavelmente de ser a única unidade de referência do sistema internacional, pois que foi funcionalmente ultrapassado pela dimensão global de muitos problemas e institucionalmente superado pelas teias empresariais globais e pelas tecnologias da informação; mas o certo é que a fragmentação política em unidades soberanas continua a ser um problema fundamental e o sistema interestatal se mantém como realidade incontornável do processo de governação e da dinâmica de regulação internacionais (Pureza, 1998a: 283).

3.2.1. Traços de um novo paradigma

Nos interstícios desta transição insinuem-se alguns traços de um novo paradigma do Direito Internacional. Os processos de universalização, socialização e humanização que marcaram a sua evolução ao longo da segunda metade do século XX (Carrillo Salcedo, 1984), transformaram o tradicional ordenamento competencialista num Direito Internacional “de regulamentação” (Rodríguez Carrión, 2002: 64) que penetra no reduto soberano dos Estados, limitando-o, em vista da satisfação de interesses comuns da comunidade internacional no seu conjunto. São várias as grelhas de análise propostas pelos diferentes autores. Retenho, em termos de síntese, duas: a de Mohamed Bedjaoui (1991: 1), para quem o Direito Internacional oligárquico, dos Estados e de coordenação, terá dado lugar a um Direito da comunidade internacional, para os seres humanos e de finalidades; e a de Bruno Simma (1994), segundo o qual a grande novidade imposta, no Direito Internacional, pela inovadora centralidade da protecção internacional dos direitos humanos, da protecção transnacional do ambiente e do combate por uma solução justa dos desequilíbrios Norte-Sul, é a superação do velho direito *bilateral-minded*, minimalista e fundado numa escrupulosa reciprocidade, por um direito *community-minded*.

Trata-se, obviamente, de um processo muito complexo de mutação paradigmática do Direito Internacional, que prolonga no campo jurídico uma outra transição paradigmática: a que nos conduz do paradigma estadocêntrico ao paradigma da sociedade global. Como tal, o traço fundamental desta mutação é a sedimentação progressiva de um “direito da humanidade” ou da “comunidade internacional”, que traduz (e antecipa), no plano das regras jurídicas internacionais, a construção de um modelo de ordem internacional pautado pela primazia da equidade sobre a reciprocidade, pela primazia da legitimidade sobre a neutralidade axiológica e pela primazia da comunidade internacional sobre a soberania territorial.

Noutro lugar (Pureza, 1998a: 284) tive ocasião de apontar sumariamente as três referências norteadoras deste processo de transição paradigmática no Direito Internacional:

Um direito trans-espacial: Rompendo com a tradição competencialista e procedimentalista do Direito Internacional tradicional, o Direito Internacional do nosso tempo assume a condição planetária da pessoa e dos povos, transcendendo a mera agregação de regulamentações bilaterais ou multilaterais. Esta abertura do núcleo constitucional do Direito Internacional, ao acrescentar à tradicional lógica interestatal e sincrónica outros padrões jurídicos, de inspiração trans-espacial e diacrónica, veio pôr em causa os consensos estabelecidos em torno dos pilares do Direito Internacional clássico, no plano substantivo, e a lógica de desagregação das relações jurídicas (a natureza “bilateralizável” dessas relações, a que se refere Simma). A entrada da humanidade na História força o Direito Internacional a ser um direito universal não apenas no plano geográfico, mas também *rationae materiae* (Abi-Saab, 1994: 41). A crise que hoje atravessam figuras como o domínio reservado ou a não ingerência em matéria de direitos humanos, a reciprocidade ou a não discriminação em sede de relações económicas internacionais, dá-nos conta da profundidade dessa perturbação.

Eis-nos, pois, perante uma primeira conclusão fundamental: não obstante a sua fundamentação intersubjectiva e a sua moldagem (na elaboração como na aplicação) por uma sociedade que se oferece como um mosaico cultural, político e económico, o Direito Internacional de hoje não se remete ao mero somatório de ajustamentos da “soberania externa” dos Estados, antes se constitui em Direito da comunidade universal, ordenado também à prossecução de um interesse público universal comum à multiplicidade de experiências locais-nacionais.

Um direito materialmente justo: Assumindo-se como direito da humanidade, o Direito Internacional do nosso tempo é um poderoso instrumento de desmistificação e crítica da transposição para a escala interestatal do

princípio da igualdade formal de todos perante a lei. O processo de mundialização do sistema interestatal, resultante das sucessivas vagas de descolonização, e a conseqüente heterogeneidade acrescida dos actores do sistema internacional determinam que a horizontalidade seja percebida não já como definitivo e estático ponto de partida mas também – e acima de tudo – como horizonte final. Em boa verdade, é precisamente essa “horizontalidade real” que o Direito Internacional é chamado a antecipar num cenário em que a diferença de poder dos intervenientes desvirtua a igualdade soberana e, conseqüentemente, nega a própria horizontalidade. À mundialização do sistema interestatal, o Direito Internacional responde assumindo a solidariedade como seu valor-guia.

Um direito revalorizador da soberania: A conformação do Direito Internacional contemporâneo como direito da humanidade não equivale a um acrítico juízo de anacronismo das soberanias nacionais.

Com efeito, a novidade transportada pelo Direito Internacional do nosso tempo é precisamente a do estabelecimento de uma relação circular – e não apenas de coexistência – entre soberania e comunidade internacional. Por um lado, não pode deixar de assinalar-se que a universalização da sociedade internacional, longe de enfraquecer, constitui um processo de “releitura tónica” da soberania; e que precisamente a comunidade universal, enquanto referência mítica e profética, é tomada como o argumento decisivo do reforço da afirmação soberana dos povos despojados (afinal, a esmagadora maioria ...), uma soberania-processo que é condição primeira de pertença plena à comunidade internacional. Por outro lado, a comunidade universal, se não se substitui aos Estados na protagonização da vida internacional, anima, no entanto, “um direito de regulamentação que define os comportamentos dos Estados em ordem à satisfação de interesses gerais [...], isto é, em função da promoção e realização do bem comum universal” (Carrillo Salcedo, 1984: 192).

Estes três pilares sustentam, por isso, um ordenamento de compromisso. Por um lado, o Direito Internacional contemporâneo dá guarida e potencia um conjunto de interesses da comunidade internacional no seu conjunto. Assim, a “Declaração do Milénio” (Resolução 55/2 da Assembleia Geral das Nações Unidas, adoptada em 8 de Setembro de 2000) enuncia a responsabilidade conjunta de todos os Estados no respeito pela dignidade humana, na manutenção da paz e da segurança internacionais, na protecção do ambiente, no desenvolvimento e erradicação da pobreza e no fortalecimento das Nações Unidas. Por outro lado, porém, esta dimensão agregadora é contrabalançada por uma desconstrução da unicidade de regimes jurídicos que marcou o Direito Internacional tradicional. Essa uniformi-

dade, expressão de um entendimento formal do princípio da igualdade soberana, foi forjada num contexto de assinalável homogeneidade social, económica, política e cultural do sistema internacional. Ora, a heterogeneidade crescente do sistema tem suscitado a emergência de diversas expressões de um *Direito Internacional situacional*, ou seja, do estabelecimento de regimes normativos diferenciados que atendam aos desequilíbrios das situações de partida dos Estados concretos envolvidos na regulação internacional – o princípio da não reciprocidade e a prática de sistemas de comércio preferenciais, o funcionamento dos “mecanismos de crédito” no quadro das instituições de Bretton Woods ou ainda a consagração do princípio das responsabilidades comuns mas diferenciadas no Princípio VII da Declaração do Rio de Janeiro sobre Ambiente e Desenvolvimento, de 1992, são porventura os exemplos mais ilustrativos dessa crescente diferenciação normativa que identifica o Direito Internacional contemporâneo como um direito social.

3.2.2. Sinais da transição

A autonomização normativa de um interesse público universal ou da comunidade internacional no seu conjunto, não significando a inferiorização da soberania, deve perceber-se como quadro balizador da discricionariedade do Estado e do conseqüente relativismo do Direito Internacional e, nessa exacta medida, como revalorizador do Estado enquanto elemento nuclear do cumprimento da tarefa transformadora veiculada pelo Direito Internacional.

Neste exacto contexto, entendo que esse processo de densificação de um “direito da humanidade” é visível simultaneamente em duas dimensões do Direito Internacional: enquanto sistema de regras e enquanto discurso legitimador.

Um sistema de regras: O Direito Internacional tradicional, como ensina Pierre-Marie Dupuy (1995: 15), assentava sobre uma tripla indiferenciação: entre as regras relativamente ao seu conteúdo, entre regras primárias e regras secundárias e entre as várias fontes de produção normativa internacional. Ora, no nosso tempo, a par dessa lógica de indiferenciação, está a emergir a formação de uma ordem pública internacional cujos suportes são modos reforçadamente colectivos de produção das normas internacionais e que, do ponto de vista substancial, assenta em três fenómenos normativos marcantes da transição paradigmática do Direito Internacional: por um lado, a diferenciação entre obrigações bilaterais (ou “bilateralizáveis”) e obrigações para com a comunidade internacional no seu conjunto (*erga omnes*) (Teles, 1996); por outro, a diferenciação hierárquica entre normas dispositivas

comuns e normas imperativas de Direito Internacional geral (*jus cogens*) (Baptista, 1997); enfim, em terceiro lugar, a superação de um quadro estritamente bilateral de activação da responsabilidade internacional nos casos de violação grave de obrigações de importância essencial para a salvaguarda de interesses fundamentais da comunidade internacional no seu conjunto.

Estas tendências de inovação normativa veiculam a consideração de que há bens jurídicos que constituem *public affairs* de toda a humanidade (protecção dos direitos humanos fundamentais, proibição da escravatura, do genocídio, da tortura, da dominação colonial ou do *apartheid*), impondo assim limites à discricionariedade jurídica dos Estados, relativamente quer à livre composição do conteúdo dos tratados, quer à livre determinação dos seus actos unilaterais.

O Direito Internacional como direito da humanidade rompe, desde logo, com o exclusivismo que o consentimento/vontade dos Estados ocupava na criação das normas jurídicas do Direito Internacional interestatal tradicional. No nosso tempo, a densificação de um direito da humanidade, sem afastar em absoluto o papel crucial da vontade/consentimento dos Estados soberanos, veio acentuar o papel do *consenso geral* (em detrimento do consentimento individual) dos Estados como elemento motor do processo de elaboração das normas. Disso são expressão maior os *tratados multilaterais gerais*. A especificidade destes instrumentos convencionais situa-se muito mais no seu modo de operar do que no número dos seus membros. Enquanto a generalidade dos tratados multilaterais se decompõe numa malha de relações bilaterais pautadas por um equilíbrio contratual entre direitos e obrigações, no caso dos tratados multilaterais gerais, essa correspondência sinalagmática das posições dos Estados membros fica arredada em favor de uma lógica “legislativa” de estabelecimento de uma disciplina comum, sem que o comportamento de cada Estado membro possa ser entendido como uma contrapartida do comportamento dos demais.

A segunda manifestação fundamental do direito da humanidade enquanto sistema de regras é a diferenciação entre obrigações dos Estados. É, de novo, em homenagem à primazia dos interesses da comunidade internacional no seu conjunto que se vem admitindo uma dicotomia entre *obrigações ordinárias*, inscritas numa lógica sinalagmática bilateral, e *obrigações fundamentais*, de alcance eminentemente comunitário (De Hoogh, 1991: 184).

O facto de a lesão de bens jurídicos protegidos por regras como as da ilegalização dos actos de agressão e de genocídio ou por princípios e regras relativos aos direitos fundamentais da pessoa humana, incluindo a protecção contra a prática da escravatura e da discriminação racial, afectar a humanidade no seu todo determina a *estrutura não bilateralizável* das obrigações

que se lhes referem (Teles, 1996: 79). Trata-se, pois, de *obrigações erga omnes*, cujo traço característico fundamental é, justamente, o de se tratar de obrigações para com a comunidade internacional no seu conjunto, ou seja, o facto de elas constituírem a concretização, na esfera jurídica de cada Estado, de imposições de respeito pelos interesses comuns, consensualmente subtraídos à livre disposição individual de cada Estado.

Esta diferenciação entre obrigações vai necessariamente a par com uma diferenciação hierárquica entre normas. Segundo Alcaide Fernandez (2001: 157), “a autonomia da vontade dos Estados sofreu a sua mais importante quebra com o reconhecimento da categoria das normas imperativas ou de *jus cogens* nos artigos 53 e 64 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados”.

Finalmente, é todo o regime da responsabilidade internacional que evidencia o carácter inovador do direito da humanidade e a centralidade que nele ocupa a ideia de ordem pública mundial. A fisionomia bilateral e civilista da responsabilidade internacional, absolutamente dominante no Direito Internacional tradicional – que se exprimia na máxima “*pas de dommage, pas d'intérêt; pas d'intérêt, pas d'action*” – deixou, no nosso tempo, de ser exclusiva. Com ela concorre hoje uma afirmação do interesse incindível da comunidade internacional no cumprimento inflexível de áreas nevrálgicas do Direito Internacional. A responsabilidade internacional é assim chamada a sancionar a indisponibilização de valores mínimos fundamentais normativamente protegidos, o que supõe uma inovadora diferenciação de regimes de resposta a distintos ilícitos internacionais.

O trabalho de codificação e desenvolvimento progressivo, em matéria de responsabilidade internacional dos indivíduos, ensaiado após 1945 e expresso fundamentalmente nos estatutos de tribunais internacionais *ad hoc* (Nuremberga, Tóquio, ex-Jugoslávia e Ruanda) e no Estatuto de Roma que cria o Tribunal Penal Internacional, traz para o primeiro plano da renovação do Direito Internacional a figura dos crimes contra a humanidade e propicia o desenvolvimento de diversas estratégias judiciais e processuais (entre as quais o princípio da universalidade de jurisdição), figura e estratégias necessariamente ignoradas nos quadros do Direito Internacional tradicional.

Um discurso legitimador: Richard Falk (1989: 18) sublinhou que “o papel dos grandes jus-internacionalistas no período de Vestefália foi acrescentarem um elemento normativo útil à torrente da opção estatista na vida internacional. Ser-se criativo requeria tanto uma compreensão desta torrente histórica quanto um esforço para exercer influência sobre ela”. De igual modo, também na actualidade a transição paradigmática do Direito Inter-

nacional está a passar por um novo acrescento de elementos normativos úteis à torrente da mundialização e da globalização, numa clara revalorização do *totus orbis* de Francisco de Vitoria ou do *bonnum commune humanitatis* de Francisco Suarez (Pureza, 1998a: 16).

Quer dizer, em meu entender, o Direito Internacional Público não é um mero eco passivo das formas de globalização dominantes; é também um instrumento de moldagem desse processo, de acordo com opções valorativas e políticas determinadas. Por outras palavras, o *Direito Internacional Público é, a um tempo, um indicador e um anunciador de novas formas de sociabilidade internacional* (Pureza, 1998a: 18). O Direito Internacional Público está a ser um veículo de representação de uma organização social e política alternativa à actual, sendo, portanto, antecipador de uma ordem internacional que privilegie as formas de autoridade partilhada e a dignidade de todos. Este papel antecipatório constitui uma manifestação peculiar da *eficácia simbólica*, ou seja, do impacto do Direito como discurso que cria uma representação legitimadora de certas práticas ou promotora de valores alternativos aos dominantes.

Nesta agenda antecipatória cabe lugar de destaque para três áreas.

A primeira é a da institucionalização dos interesses comuns. A densificação da malha de organizações internacionais e, com ela, a acentuação dos regimes de regulação multilateral, suscitou, ao longo do século XX – embora já com importantes precedentes nos finais do século XIX – a institucionalização do tratamento de interesses básicos para a comunidade internacional no seu conjunto. O domínio em que essa institucionalização adquiriu um valor de referência para as restantes experiências de disciplina colectiva foi o da manutenção da paz e da segurança internacionais.

Assumindo a paz como um bem indivisível, um *public affair*, responsabilidade de todos os Estados, a Carta das Nações Unidas consagra um autêntico contrato social internacional: por um lado, cada Estado membro abstém-se de recorrer ao uso da força nas relações internacionais (artigo 2.4); por outro, e conseqüentemente, reconhece-se ao órgão principal responsável pela manutenção da paz e da segurança internacionais, o Conselho de Segurança, poderes para, coercivamente se necessário, pôr termo, no interesse da comunidade internacional no seu conjunto, a qualquer ameaça à paz, ruptura da paz ou acto de agressão. Só residualmente, como pura “válvula de segurança” ou como “excepção necessária” subsiste o direito de legítima defesa individual ou colectiva (artigo 51.º) (Pureza, 1994: 77).

O paradigma agressão/legítima defesa que, de acordo com Michael Reisman (1991: 26), inspira a disciplina da Carta nesta matéria, comporta três elementos essenciais: primeiro, a proibição do uso da força, segundo, o

sistema de segurança colectiva, terceiro, a construção restritiva da legítima defesa. O primeiro está vertido no artigo 2.4 da Carta – “os membros deverão abster-se nas suas relações internacionais de recorrer à ameaça ou ao uso da força quer seja contra a integridade territorial ou a independência política de um Estado, quer seja de qualquer outro modo incompatível com os objectivos das Nações Unidas”. Sanção (ou, residualmente, legítima defesa) de um lado, delito do outro – eis o estatuto reservado pelo Direito Internacional onusiano à utilização da força (Carrillo Salcedo, 1991: 323). Esta ilegalização das competências bélicas individuais só faz, porém, sentido, num meio que permanece descentralizado, se for acompanhado por um sistema de segurança colectiva – a ONU, através do Conselho de Segurança, substitui-se aos Estados no desempenho da função de polícia internacional, na missão de salvaguarda da ordem pública internacional e de sanção das respectivas infracções. Para esse efeito, o Conselho de Segurança dispõe, em primeiro lugar, do exclusivo da constatação “da existência de uma ameaça à paz, de uma ruptura da paz ou de um acto de agressão” (artigo 39.º), portanto, de um poder de qualificação jurídica de certos factos, prévio ao desencadeamento dos demais poderes previstos no Capítulo VII da Carta. Em segundo lugar, o Conselho de Segurança dispõe de poderes de pressão e sanção sobre qualquer Estado que atente contra a paz e a segurança internacionais, através das medidas provisórias previstas no artigo 40.º, das medidas colectivas que não implicam o uso da força (artigo 41.º) e, enfim, das medidas colectivas de coerção armada do artigo 42.º. Em suma, a Carta não se pretende exorcizadora da força na arena internacional mas sim um instrumento de transformação de um modelo descentralizado-anárquico de utilização da força num modelo institucionalizado-centralizado. A filosofia individualista cede, na letra da Carta, perante a lógica societária. Finalmente, e a coroar esta construção, a Carta das Nações Unidas formula o “direito imanente” de legítima defesa como *uma faculdade subsidiária, provisória e controlada*. Desde logo, ela só é admitida como resposta urgente e proporcional a uma agressão armada consumada, o que estreita significativamente o seu alcance material. Por outro lado, do ponto de vista processual, a legítima defesa só é admitida enquanto o Conselho de Segurança não actuar no exercício das suas competências já referidas (daí também a obrigação de comunicação que incumbe ao Estado agredido).

Uma segunda área de interesses comuns abarcada pelo processo de institucionalização foi a do combate ao subdesenvolvimento. É o que resulta claro, desde logo, da inserção da realização “da cooperação internacional na solução dos problemas internacionais de carácter económico, social,

cultural ou humanitário” no elenco dos propósitos fundamentais da Organização das Nações Unidas (artigo 1.2). E se, numa primeira fase, a realização prática deste objectivo passou apenas pela assistência técnica voluntariamente disponibilizada pelos países desenvolvidos, o sismo provocado pela produção normativa em torno do estabelecimento de uma Nova Ordem Económica Internacional, em meados da década de setenta, determinou – ainda que com intensos recuos de conteúdo político – uma definitiva assunção deste interesse da comunidade internacional no seu conjunto pelas suas estruturas institucionalizadas. Disso dão conta as sucessivas declarações adoptadas pela Assembleia Geral das Nações Unidas e, acima de todas, a “Agenda para o Desenvolvimento” elaborada, em 1994, pelo então Secretário-Geral Boutros-Ghali.

Enfim, em terceiro lugar, cumpre destacar a regulação do ambiente global como uma outra projecção do direito da humanidade. Para o Direito Internacional tradicional o ambiente era um não-problema (Pureza, 1998a: 267). A questão da protecção jurídica internacional dos recursos naturais não se colocava, uma vez que era indirectamente assegurada pela delimitação de fronteiras dentro das quais cada Estado exerce poderes soberanos absolutos, numa espécie de decalque a uma escala macro do sentido pleno atribuído pelo direito liberal à figura do direito de propriedade. O entendimento clássico da soberania é, pois, segmentador da ignorada unidade física dos recursos e ecossistemas. A indiferença relativamente à preservação dos recursos e do ambiente revelou-se em dois princípios fundamentais do Direito Internacional tradicional em matéria de competências territoriais dos Estados: por um lado, um princípio de liberdade desregulamentada de actuação dos Estados nos espaços comuns; por outro, a soberania territorial plena de cada Estado sobre o espaço físico dentro das suas fronteiras.

Nas últimas três décadas, este panorama sofreu uma transformação profunda. Em primeiro lugar, registou-se uma emancipação conceptual do bem jurídico ‘ambiente’ em sede de regulação internacional, rompendo com a tutela territorialista da soberania. A celebração de mais de 300 tratados multilaterais e de 1000 bilaterais põe em evidência esta mutação. Por outro lado, a regulação jurídica internacional do ambiente passou a guiar-se cada vez mais intensamente pela consideração do ambiente como interesse fundamental e indivisível da comunidade internacional no seu conjunto.

Esta transformação conceptual foi acompanhada por uma mudança significativa na escala e na natureza da mesma regulação jurídica, de um alcance transfronteiriço bilateral para uma perspectiva global. Na escala, desde logo, uma vez que os regimes ambientais tendem a ter uma aplicação *urbi et orbi*,

tanto nos espaços sujeitos à soberania territorial dos Estados ou à sua jurisdição funcional, como nos espaços situados fora de tal competência estatal. Na natureza dos regimes normativos, depois, já que se trata de regimes de carácter transversal, desenhados em função dos problemas que visam atacar e não dos espaços físicos em que eles emergem. Neste contexto, o Direito Internacional contemporâneo tem acolhido a qualificação do ambiente como preocupação/interesse comum da humanidade [*common concern of mankind*]. Trata-se de um conceito que está no cerne do direito da humanidade, embora de contornos pouco precisos. O Grupo de Consultores Jurídicos do Programa das Nações Unidas para o Ambiente aponta, ainda assim, um conjunto de características definitórias fundamentais dessa qualificação jurídica: a) aplica-se a problemas de importância essencial para a comunidade internacional no seu conjunto, mas colocando o acento no *modus faciendi* e não na titularidade: é a protecção baseada em critérios de ordem pública e operando em termos de não-reciprocidade que tem primazia; b) envolve, não só todos os Estados, mas também todas as sociedades e todas as comunidades dentro de cada sociedade nessas formas de regulação; c) sublinha a repartição equitativa de responsabilidades (Pureza, 1998a: 277).

Um segundo campo da agenda antecipatória do novo Direito Internacional é o da sua humanização. À velha blindagem dos Estados, alicerçada num entendimento amplo do seu domínio reservado, está a suceder a consolidação de uma obrigação internacional geral de prestação de contas pelo tratamento conferido por cada Estado aos indivíduos sob sua jurisdição.

Esta ruptura profunda suscitou a afirmação do princípio da protecção internacional dos direitos humanos como um novo princípio constitucional do Direito Internacional, com dignidade sistemática idêntica àquela que era reclamada, em termos monopolísticos, pelo princípio da soberania territorial dos Estados, no quadro do Direito Internacional tradicional. Toda a segunda metade do século XX foi atravessada por esta transformação, tornando o Direito Internacional num instrumento argumentativo forte de antecipação de uma comunidade internacional não só de Estados mas de pessoas.

Essa dinâmica de mudança foi desenvolvida em três frentes, complementares entre si. A primeira frente teve um conteúdo normativo e declaratório, traduzindo-se na multiplicação de textos jurídicos proclamadores dos direitos humanos fundamentais, com uma amplitude universal ou regional e com um âmbito geral ou temático. O desenvolvimento progressivo deste trabalho permite hoje constatar a existência de uma rede normativa densa e extensa e que evidencia áreas de irredutibilidade e inderrogabili-

dade entre os fundamentais tratados internacionais nesta matéria. A segunda frente tem uma natureza orgânica e consubstancia-se na criação de inúmeros organismos intergovernamentais de fiscalização e acompanhamento da aplicação das convenções internacionais de direitos humanos. Finalmente, a terceira frente reside no desenvolvimento de técnicas procedimentais de fiscalização internacional do cumprimento dos direitos humanos, que conduzem do tradicional *reporting system* aos *mecanismos ostensivos*, desenvolvidos no quadro das Nações Unidas com base na resolução 1235 do ECOSOC e que dispensam os Estados de cumprirem o ditame tradicional do consentimento prévio dos Estados.

A impetuosidade desta revolução – porque é disso que se trata – atinge mesmo a pedra-de-toque do individualismo estatal que é o princípio da não ingerência nos assuntos internos dos Estados. É nesse sentido que deve ser interpretado o artigo 2.º da Resolução do *Institut de Droit International* adoptada na sessão de Santiago de Compostela em 1989:

Sem prejuízo das funções e poderes que a Carta atribui aos órgãos das Nações Unidas em caso de violação das obrigações assumidas pelos membros da Organização, os Estados, actuando quer individual quer colectivamente, têm o direito de adoptar, relativamente a qualquer outro Estado que haja infringido a obrigação [de respeitar e assegurar o respeito pelos direitos humanos fundamentais] medidas diplomáticas, económicas, ou de outra índole, admitidas pelo Direito Internacional e que não impliquem o uso da força armada em violação da Carta das Nações Unidas. Estas medidas não podem ser consideradas como intervenção ilícita nos assuntos internos dos Estados.

Por fim, uma terceira componente fundamental da agenda antecipatória do direito da humanidade é a substituição da primazia absoluta da territorialização pela emergência do regime de património comum da humanidade. O territorialismo vestefaliano assentou numa aparente duplicidade de tratamentos jurídicos entre soberania territorial em terra e liberdade no mar. Mas essa aparência escondia uma efectiva complementaridade: legitimação da expansão da soberania territorial dos países centrais (conquista, ocupação, *debellatio*) e apropriação selectiva *de facto* dos espaços não apropriados qualificados como *res communis*, ao abrigo da lógica *first come, first served*. As externalidades ambientais e a interdependência económica suscitaram entretanto o aparecimento de outros regimes jurídicos, guiados pelos princípios da equidade e da gestão comum. Expoente máximo dessa novidade é o regime de património comum da humanidade (Pureza, 1998a), pioneiramente proposto por Arvid Pardo em 1967 e positivado em tratados

internacionais como o Acordo de 1979 sobre as actividades dos Estados na Lua e outros corpos celestes e, sobretudo, na Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar de 1982.

O regime proposto por Arvid Pardo condensa-se em dois pilares intimamente articulados. Em primeiro lugar, *o pilar da trans-espacialidade*, traduzido numa regra geral de não apropriação dos espaços qualificados como património comum da humanidade e dos respectivos recursos – não mais a lógica do “cada um por si” e do *first come, first served*, mas sim a afectação de espaços e recursos a uma administração internacional, mandatada pela comunidade internacional no seu conjunto e em seu benefício. Por isso, a trans-espacialidade do património comum da humanidade desenhado por Pardo associa a não apropriação com o igualitarismo: a administração do património comum da humanidade far-se-á em benefício da comunidade internacional no seu conjunto, mas tendo em especial atenção os países em desenvolvimento, a quem será conferido um acesso aos resultados dessa administração e um benefício especial com o seu aproveitamento económico. Em segundo lugar, *o pilar da trans-temporalidade*, sintetizado em dois princípios fundamentais: a reserva do património comum da humanidade para utilizações pacíficas e a orientação da sua gestão pela salvaguarda das gerações futuras.

A positivação jurídica e política dessa profunda inovação processou-se, desde a década de 70, segundo duas formas diferentes, que materializam o que designo por “duas idades do património comum da humanidade”.

A primeira consubstancia-se fundamentalmente na qualificação como património comum da humanidade de espaços e recursos físicos, materiais, que sobejaram das vagas apropriacionistas dos Estados. É essa a lógica que está presente, desde logo, na Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, cuja Parte XI qualifica os fundos marinhos situados para além da jurisdição nacional e respectivos recursos – que a CNUDM designa por “Área” – como património comum da humanidade, atribuindo a sua administração a uma organização internacional criada especificamente para esse fim (a Autoridade Internacional dos Fundos Marinhos) e dotada inclusivamente de um órgão próprio para a exploração operacional dos recursos da Área, a Empresa. É esse também o espírito do Acordo de 1979 sobre as actividades dos estados na Lua e outros corpos celestes. Num como no outro caso, não obstante o arrojo das soluções jurídicas e institucionais de contestação da extensão das soberanias dos Estados, o que ressalta é que essa contestação se faz de fora dos espaços apropriados, não constituindo mais do que um remanescente de dimensão diminuta. Aliás, a própria força jurídica dos textos que referi é, também ela, muito diminuta: a Parte XI da

CNUDM foi alvo de um processo de revisão pré-natal, concretizado no Acordo de 1994 sobre a aplicação do regime da Área e que constitui um completo desvirtuamento da redacção inicial da Convenção; já o Acordo de 1979 sobre a Lua enferma de um mal endémico em muitos tratados internacionais: no caso concreto, nenhuma das potências espaciais o ratificou.

Estas debilidades da primeira vaga de consagrações do regime de património comum da humanidade dão importância acrescida ao que se vem registando no domínio dos bens comuns culturais e ambientais. Sem acolher a expressão património comum da humanidade, sem contemplar fórmulas institucionais supra-nacionais como a AIFM, sem sequer estabelecer um detalhado regime de regulação desses bens, vem ganhando corpo uma dinâmica de protecção reforçada de recursos culturais e ambientais, em vista da sua integração no interesse público da comunidade internacional no seu conjunto. A qualificação de bens, conjuntos ou sítios como património mundial ao abrigo da Convenção da UNESCO de 1972 sobre protecção do património mundial cultural e natural, a sobreposição de estatutos de protecção de ecossistemas, espécies vegetais ou animais plasmados em convenções ambientais internacionais e ainda a consideração de alguns problemas globais – como a degradação da biodiversidade ou da camada de ozono, ou as alterações climáticas – como preocupação comum da humanidade [*common concern of humankind*], são rostos dessa dinâmica. O que nela há de essencialmente novo é que a lógica reguladora do património comum da humanidade passa a actuar dentro do reduto da soberania territorial dos Estados, obrigando a uma alteração substancial no modo como é exercida essa mesma soberania.

4. Conclusão

O exercício de estudar e ensinar Direito Internacional no nosso tempo oferece-se, talvez crescentemente, como verdadeira tarefa de resistência, diante da tendência manifesta para um desinvestimento normativo e institucional por parte dos novos condutores da ordem internacional. A consciência desse facto aviva ainda mais a necessidade de proceder a um trabalho de dupla desconstrução. Em primeiro lugar, do pragmatismo “a-valorativo” que a literatura de Direito Internacional adoptou como estilo dominante nas décadas mais recentes. Estudar e ensinar Direito Internacional não pode, pois, deixar de ser um labor apontado à revalorização da teoria. Em segundo lugar, desconstrução do senso comum realista-positivista que, explícita ou implicitamente, se afirma como matriz de leitura do fenómeno da normatividade nas Relações Internacionais. Estudar e ensinar Direito Internacio-

nal é, por isso, ser um elemento central do processo de formação de um novo senso comum acerca do lugar, dos conteúdos e do alcance da normatividade nas Relações Internacionais.

Referências Bibliográficas

- Abbott, Kenneth *et al.* (2000), “The Concept of Legalization”, *International Organization*, 54(3), 401-419.
- Abi-Saab, Georges (1991), “Humanité et communauté internationale dans la dialectique du droit international”, in *Humanité et Droit International. Mélanges offerts à René-Jean Dupuy*. Paris: Pédone.
- Abi-Saab, Georges (1994), “International Law and the International Community: The Long Road to Universality”, in R. S. Macdonald (org.), *Essays in Honour of Wang Tieya*. Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff.
- Abi-Saab, Georges (1998), “Whither the International Community?”, *European Journal of International Law*, 9(2), 248-265
- Alcaide Fernandez, Joaquin (2001), *Tendencias del derecho internacional contemporáneo*. Sevilla: Dactil.
- Anderson, Benedict (1983), *Imagined Communities. Reflections on the Origins and Spread of Nationalism*. London: Verso.
- Arend, Anthony Clark (1996), “Toward an Understanding of International Legal Rules”, in Robert Beck *et al.* (orgs.), *International Rules: Approaches from International Law and International Relations*. Oxford: Oxford UP, 289-310
- Arend, Anthony Clark (1999), *Legal Rules and International Society*. New York/Oxford: Oxford UP.
- Baptista, Eduardo (1997), *Ius Cogens em Direito Internacional*. Lisboa: Ed. Lex.
- Beck, Robert (1996), “International Law and International Relations: The Prospects for Interdisciplinary Collaboration”, in Robert Beck *et al.* (orgs.), *International Rules: Approaches from International Law and International Relations*. Oxford: Oxford UP, 3-30.
- Bedjaoui, Mohamed (org.) (1991), *Droit International. Bilan et Perspectives*. Paris: Economica.
- Bos, Maarten (1984), *A Methodology of International Law*. Amsterdam/New York/Oxford: Kluwer.
- Bull, Hedley (1984), “The Emergence of a Universal International Society”, in Hedley Bull; Adam Watson (orgs.), *The Expansion of International Society*. Oxford: Oxford UP, 117-126.
- Canotilho, José Joaquim Gomes *et al.* (2001), “Nova ordem jurídica internacional?”, *Nação e Defesa*, 97.
- Carrillo Salcedo, Juan Antonio (1984), *El derecho internacional en un mundo en cambio*. Madrid: Tecnos.

- Carrillo Salcedo, Juan Antonio (1991), *El derecho internacional en perspectiva histórica*. Madrid: Tecnos.
- Carrillo Salcedo, Juan Antonio (1996), “Droit international et souveraineté des États. Cours Général de droit international public”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, tomo 257, 39-221.
- Cassese, Antonio (1986), *Le droit international dans un monde divisé*. Paris: Berger-Levrault.
- Castro, Paulo Canelas (2001), “A intervenção armada e o caso do Kosovo – Novos elementos para a construção de uma nova ordem internacional?”, *Nação e Defesa*, 97.
- Castro, Paulo Canelas; Canotilho, José Joaquim Gomes (orgs.) (1996), *A ingerência e o Direito Internacional*. Lisboa: Instituto da Defesa Nacional.
- Combacau, Jean (1986), “Le droit international: bric-à-brac ou système?”, *Annuaire de Philosophie du Droit*, 85-105.
- De Hoogh, Andre (1991), “The Relationship between Jus Cogens, Obligations Erga Omnes and International Crimes. Peremptory Norms in Perspective”, *Austrian Journal of Public and International Law*, 42.
- Dupuy, René-Jean (1963), *Le droit international*. Paris: P.U.F.
- Dupuy, Pierre-Marie (1995), *Droit International Public*. Paris: Dalloz.
- Escarameia, Paula (1992), *Colectânea de jurisprudência de Direito Internacional*. Coimbra: Almedina.
- Escarameia, Paula (1993), *Formation of Concepts in International Law. Subsumption under Self-Determination in the Case of East Timor*. Lisboa: Fundação Oriente/Centro de Estudos Orientais.
- Escarameia, Paula (2001), *Reflexões sobre temas de Direito Internacional: Timor, a ONU e o Tribunal Penal Internacional*. Lisboa: Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas.
- Falk, Richard (1989), *Revitalizing International Law*. Ames: Iowa State UP.
- Fernandes, Mário João (1995), “O ensino do Direito Internacional Público nos anos 90”, *Revista Jurídica*, Nova Série, 19.
- Forcada Barona, Ignacio (1999), “El concepto de Derecho Internacional Público en el umbral de siglo XXI”, *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, 181-220.
- Franck, Thomas (1990), *The Power of Legitimacy among Nations*. New York/Oxford: Oxford UP.
- Friedmann, Wolfgang (1964), *The Changing Structure of International Law*. London: Stevens.
- Kennedy, David (1988), “A New Stream of International Law Scholarship”, *Wisconsin International Law Journal*, 7(1), 1-50
- Koskenniemi, Martii (1989), *From Apology to Utopia. The Structure of International Legal Argument*. Helsinki: Lakimiesliiton Kustannus.

- Koskenniemi, Martii (1992), *International Law*. Aldershot: Dartmouth.
- Kratochwil, Friedrich (1984), “Thrasymmachos Revisited: On the Relevance of Norms and the Study of Law for International Relations”, *Journal of International Affairs*, 37, 343-356
- Lopes, José Azeredo (1993), “Agressão, crime internacional e crise do Golfo”, in R. Moura Ramos (org.), *A crise do Golfo e o Direito Internacional*. Porto: Universidade Católica Portuguesa.
- Lopes, José Azeredo (1998), “Autodeterminação dos povos, uso da força e responsabilidade internacional – algumas questões e poucas respostas”, *Juris et de Jure*. Porto: Universidade Católica Portuguesa.
- Lopes, José Azeredo (org.) (1999), *Textos históricos do Direito e das Relações Internacionais*. Porto: Gabinete de Estudos Internacionais da Universidade Católica.
- Miranda, Jorge (org.) (2000), *Timor e o Direito*. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa.
- Monteiro, António (2001), “O Conselho de Segurança e a libertação de Timor-Leste”, *Negócios Estrangeiros*, 1, 5-39
- Morgenthau, Hans (1940), “Positivism, Functionalism and International Law”, *American Journal of International Law*, 34.
- Müllerson, Reiner (2000), *Ordering Anarchy. International Law in International Society*. The Hague/Boston/London: Martinus Nijhoff.
- Panebianco, Angelo (1992), *Relazioni Internazionali*. Milano: Ed. Jaca Book.
- Pereira, André Gonçalves (1964), *Curso de Direito Internacional Público*. Lisboa: Ática.
- Pereira, André Gonçalves (1970), *Curso de Direito Internacional Público*. Lisboa: Ática (2.ª ed.).
- Pereira, Maria Assunção (1998), *As medidas provisórias na jurisprudência recente do Tribunal Internacional de Justiça*. Coimbra: Faculdade de Direito e Coimbra Editora.
- Pires, Maria José (1997), *As reservas à Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. Coimbra: Almedina.
- Pureza, José Manuel (1994), “Da guerra justa à guerra justificada? O Direito Internacional contemporâneo perante o uso da força”, *Política Internacional*, 10, 67-95.
- Pureza, José Manuel (1998a), *O património comum da humanidade. Rumo a um Direito Internacional da solidariedade?*. Porto: Afrontamento.
- Pureza, José Manuel (1998b), “O lugar do Direito num horizonte pós-positivista”, *Política Internacional* 2(18), 79-91.
- Pureza, José Manuel (1998c), “Eternalizing Westphalia? International Law in a Period of Turbulence”, *Nação e Defesa*, 87, 31-48.
- Raimundo, Isabel (1999), *Imperativo humanitário e não-ingerência. Os novos desafios do Direito Internacional*. Lisboa: Cosmos.

- Reisman, Michael (1991), “Allocating Competences to Use Coercion in the Post-Cold War World: Practices, Conditions and Prospects”, in Lori Fisler Damrosch; David Scheffer (orgs.), *Law and Force in the New International Order*. Boulder/San Francisco/Oxford: Westview Press.
- Reuter, Paul (1961), “Principes de droit international public”, in *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, vol. II.
- Rodriguez Carrión, Alejandro (2002), *Lecciones de derecho internacional publico*. Madrid: Tecnos.
- Simma, Bruno (1994), “From Bilateralism to Community Interest in International Law”, in *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, vol VI.
- Teles, Miguel Galvão (1999), “As Nações Unidas e a questão de Timor-Leste” *Política Internacional*, 3(20), 177-191
- Teles, Patrícia Galvão (1996), “Obligations Erga Omnes in International Law”, *Revista Jurídica*, 20, 73-137
- Teles, Patrícia Galvão (1997), “O estatuto jurídico de Timor-Leste: um *case study* sobre as relações entre os conceitos de autodeterminação e soberania”, *Política Internacional*, 1(15/16), 193-247
- Teles, Patrícia Galvão (1999), “Autodeterminação em Timor-Leste: dos Acordos de Nova Iorque à consulta popular de 30 de Agosto de 1999”, *Documentação & Direito Comparado*, 79/80.
- Vilela, Machado (1910), *Estudos de Direito Internacional. I – Organização da sociedade internacional. Lições de Direito Internacional, 1909-1910*. Coimbra: Faculdade de Direito.
- Virally, Michel (1983), “Panorama du droit international contemporain”, in *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, vol. IV.
- Weil, Prosper (1991), “Des espaces maritimes aux territoires maritimes: vers une conception territorialiste de la delimitation maritime”, in *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement. Mélanges offerts à Michel Virally*. Paris: Pédone.
- Young, Oran (1992), “International Law and International Relations Theory: Building Bridges – Remarks”, *Proceedings of the American Society of International Law*.