

ASAS & RAÍZES. DIREITO INTERNACIONAL: UM DIREITO DE DIREITOS HUMANOS

Paulo Ferreira da Cunha

Catedrático de Direito. Faculdade de Direito da Universidade do Porto (Porto, Portugal). Bolsista da Fundação Nacional de Desenvolvimento do Ensino Superior Particular no Projeto “Fundamentação do Direito e Contrato Constitucional Global” na Faculdade Autônoma de Direito (FADISP, São Paulo, SP) e Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU, São Paulo, SP) (*Laureate International Universities*). <lusofilias@gmail.com>.

Resumo: O presente artigo visa encarar o Direito Internacional Público tal como hoje já se apresenta, no que metaforicamente pode designar-se pelas suas Asas: um novo Direito mais sutil, mais dútil, mais fraterno, fragmentário, em construção, e empenhado na defesa dos Direitos Humanos. Para isso se recua a suas raízes e se desenvolve uma reflexão epistemológica não estritamente retrospectiva, mas também, de algum modo, prospectiva.

Palavras-chave: Direito Internacional. Direitos Humanos. Epistemologia.

Sumário: I Epistemologia e definição – 1 Escopo – 2 Epistemologia ou metaciência do Direito Internacional – 3 Perspetiva pós-disciplinar – 4 Estilos – 5 Ciências e definição – II Uma tópica nocio-nal – III As palavras e as coisas na designação da disciplina – IV “Estado epistemológico da arte” e direitos humanos – Referências

I Epistemologia e definição

1 Escopo

Quem se deu um pouco ao trabalho de parar e refletir já entendeu que o velho Direito Internacional vestefaliano é de algum modo uma moribunda sobrevivência, com revivências, é certo, mas que parece serem alçadas pela História aos *media* para melhor ressaltar o seu caráter dissonante, anacrônico, com os ventos novos. Na verdade, quem fala hoje em Direito Internacional Público, apesar de tudo (mesmo de alguns recuos nacionalistas e autoritários), o que vê é um rosto de Direitos Humanos.

De algum modo essa impressão empírica muito difundida, e tanto mais difundida quanto os intervenientes no debate sejam especialistas, necessita de recuo, análise de rigor, e análise epistemológica.

Não sendo muito frequente a reflexão epistemológica sobre ramos jurídicos como o Direito Internacional, precisamente além do mais por tal motivo parece ser este um terreno a explorar, uma temática a ponderar. Tanto mais que hoje em dia ele se apresenta como a grande sede dos Direitos Humanos, e isso tem implicações irradiantes, para todo o ramo em causa.

No presente artigo, procura-se um trânsito reflexivo (em si mesmo pós-disciplinar e de metodologia holística) entre a dimensão essencial-onto-identitária da epistemologia do Direito Internacional Público e os fascinantes e complexos desafios que os tempos atuais lhe colocam, e que se agregam e dialetizam com o *corpus* e feições iniciais, matriciais.

Entre a disciplina rigorosa e o peso da *scientia*, de um lado, e a provocação, mutabilidade, fragmentaridade e crise de identidade do contemporâneo, por outro, o Direito Internacional revela-se ao mesmo tempo uma disciplina e uma realidade social particularmente aptas a sintetizar ao mesmo tempo a identidade e as angústias da juridicidade de todos os tempos, e a espelhar os reptos dos novos tempos, idade de Direitos como diria Bobbio (1992).

Para alguns, a grande questão latente seria a de saber até que ponto esta “ciência jurídica material” em concreto seria capaz de resistir às modificações que vai sofrendo exógena e endogenamente. Para nós, porém, não se trata de resistir em nome de uma identidade em grande medida já superada. Trata-se de avaliar o novo rosto jushumanista ou *antropodikeu* do Direito Internacional. De ver com ele já é outro, sendo o mesmo. Porque se trata, salvo melhor opinião, de uma evolução, não de uma radical mudança. Os Direitos Humanos, aliás, são a linguagem hodierna do Direito Natural (Puy, 1985), e o Direito Natural é uma das raízes mais profundas do Direito Internacional, aliás.

Nesse sentido, convocam-se, além das questões epistêmicas mais gerais (e em especial das relações entre saberes), várias problemáticas como a das suas designações, o acesso definitório ou outro (nomeadamente tópico) ao seu conhecimento e reconhecimento, estilos, atitudes e metodologias (sem faltar alguma reflexão pedagógico-didática). Finalmente, encerra-se por uma breve observação sobre o “estado da arte” nesta perspectiva epistemológica. Trata-se, sobretudo, de um começar, com a noção (tão metodológica) de que *el camino se hace caminando*.

2 Epistemologia ou metaciência do Direito Internacional

A imagem “Raízes e Asas” (que aqui invertemos para “Asas e Raízes”), utilizada classicamente por Goethe a propósito da educação familiar, e retomada (algo *a contrario*) numa dedicatória pelo malogrado jurisfilósofo João Batista Machado (1985), parece-nos sintetizar a problematização que urge empreender sobre o

Direito Internacional Público. Uma das clássicas formas de explicitar a sucessiva divisão e especialização dos saberes é, com efeito, a metáfora da árvore dos saberes (por árvore da ciência se designa uma das árvores do Gênesis), que se vão separando do tronco, e ramificando. Como se sabe, a partir da Filosofia as várias *epistemai* se foram separando, autonomizando. Ora a Epistemologia funciona um tanto como saber radicial, pelo menos está na base e no princípio dos saberes em geral, e muito em particular de cada saber. Até para que se veja ao espelho na sua identidade, e reconheça a alteridade dos demais.

Ananke stenai, diz-se muitas vezes, evocando ou não Aristóteles, para se saber finalizar. E é realmente necessário encontrar o momento para colocar um ponto final (desde logo em dissertação ou tese), até para evitar o que nas Artes Plásticas se considera o erro ou o vício de “excesso de informação”. Mas é também necessário saber principiar, sobretudo no estudo de matérias troncais, semi-nais, fulcrais. O adágio mais próximo do começar não nos fala como fazê-lo, mas das condições prévias ao começo dos estudos: *ageometretos medeis eisito*. Aqui não entre quem não souber geometria. Ou seja, há “geometrias” que é preciso conhecer para poder franquear os muros dos templos do saber, que hoje seriam, ou deveriam ser, desde logo, as Universidades.

Começar pelo princípio (sem vulgarizações, amadorismos, ou pressas) uma matéria universitária, implica alguns “passos em volta” (Hélder, 1970). Contudo, não muitos, para não nos perdermos nem entrarmos por uma perifilosofia (Lane, 1997). Tal é válido para qualquer ciência jurídica material ou “ramo do Direito”.

É preciso um certo distanciamento (distância para ver o conjunto e não a superfície das coisas, visão panorâmica – daí a palavra *teoria*, que vem do grego, significando precisamente visão) e, desde logo, algum olhar sobre o próprio saber que se está a constituir. Isso é ir além do conhecimento (*meta-scientia*) ou discurso ou saber sobre a própria disciplina (*episteme-logia*). Depois, vem o estudo dos métodos, que se estrutura numa metodologia de uma área. Porém, no nosso caso (Corten, 2009), mas não só, é normal que tal metodologia seja desenvolvida de forma embutida, feita *pari passu* com o próprio discurso mais substancial da matéria, sabendo-se que *el camino se hace caminando*. Aliás, é frequente que a Metodologia propriamente dita que mais se aprende nos cursos de Direito seja a implícita e não tanto a explícita, que não raro acaba por se remeter a uma matéria, terminal ou preliminar, e não acompanhando as várias disciplinas, onde superabunda a história de correntes metodológicas e não verdadeira e própria Metodologia. Aliás, como nas Faculdades de Letras é também frequente que se estudo nos cursos de Filosofia mais história da Filosofia que Filosofia *proprio sensu*.

Em termos correntes, pois, Epistemologia ou Metaciência de uma área do saber é o estudo, a reflexão, o conhecimento e a interrogação sobre os temas

mais especificamente ligados com as questões propriamente “científicas” dessa área, abrangendo a sua delimitação conceitual (objeto, método, problema, congregação ou corpo de pesquisadores e práticos-teóricos, etc.), debruçando-se sobre a metodologia em ação e em teoria, as relações com outras disciplinas e problemas de delimitação de “fronteiras”, por vezes chegando a alargar-se o âmbito destes estudos a questões até de índole histórica ou filosófica. É o começar pelo princípio numa determinada área de estudo. Não se pode, evidentemente, seria irrazoável, consumir todo o esforço nesta indagação prévia, mas ela é importante, e pode mesmo ser decisiva, quando menos se espera. É grande a importância da ciência e da epistemologia no saber jurídico (Clève, 2011: 33 ss.).

E será essa forma de começar pelo princípio o que, numa perspectiva bastante abrangente (embora de forma alguma esgotante ou exauriente, pelo contrário), se deverá certamente fazer numa primeira lição ou num primeiro capítulo. Depois, tudo depende de pedagogias e didáticas. Há quem pense que a razão epistêmica é muito abstrata e árdua, e que melhor se ensinará (e se aprenderá) por exemplos impressionantes. Mesmo a História, dizia Dioniso de Halicarnasso, acaba por ser “filosofia a partir de exemplos”...

3 Perspectiva pós-disciplinar

A abordagem da área que escolhemos para observar aqui, o Direito Internacional Público, centrar-se-á, evidentemente, no respetivo objeto de estudo. Mas com a consciência de que ele é um campo vastíssimo e para cujo entendimento devem concorrer múltiplos saberes, repartidos tradicionalmente por muito diversas disciplinas, desde outros ramos do Direito à Politologia e às Relações Internacionais, à História, à Sociologia, à Geografia, etc.. Eles são a tal “geometria” prévia, mas sempre necessária, que os Gregos requeriam, e que se veio a tornar um tópico, ao ponto de estar esculpido em frontões de Faculdades... Como aviso (a quem saiba ler grego...).

Contudo, os tempos hodiernos superaram a cristalizada visão sobranceira e isolacionista no Direito (que ainda mantém alguns isolados redutos, é certo, mas totalmente perdidos na História, completamente deslocados no tempo), em que, tal como outrora Kant apontou para alguns cultores da Filosofia (Kant, 1982), alguns juristas tinham um ar “grão senhor”, acantonados em torres de marfim donde se não via senão uma estrita nesga da realidade.

E a grande abertura que hoje é cada vez mais apanágio dos juristas, acompanhada pela curiosidade científica e humildade (que é necessária para quem quer sinceramente aprender: é a velha virtude da *humilitas*), são capazes de fazer

um Direito muito mais interessante, fundamentado, informado, e os juristas, assim mais dialogantes e versáteis, capazes de maior imaginação jurídica (Martínez García, 1992; Petit, 1997).

Esta perspectiva poderá, no caso, pela constante e descomplexada convocação de referências, reminiscências e desafios de áreas para além do estrito Direito Internacional, ser considerada transdisciplinar, pluridisciplinar, multidisciplinar ou mesmo interdisciplinar. Contudo, e independentemente de querelas (epistemológicas, realmente) sobre essas classificações, cremos poder mais propriamente dizer-se que se deseja que esta disciplina assuma já uma dimensão pós-disciplinar, em que se pressupõe a unidade essencial do saber, e a solidariedade e confluência de todos os saberes... Naturalmente, com intervenção mais de uns que de outros, conforme as situações. Mas não se suspeita muitas vezes quantos conhecimentos até de ciências puras, duras e da terra e da vida em geral são necessárias a algumas dimensões do Direito Internacional.

Nada de mais erróneo (e deontologicamente reprovável) como atitude que a do estudante que se preocupe apenas com o que “cai na prova” ou “conta para nota”, assim como do mesmo modo classificá-los a do pesquisador ou docente que estritamente rejeita, como não sendo do seu foro, tudo o que não tenha um ideal e fantasmático carimbo de registo de um assunto ou de uma metodologia como pertencendo “à sua matéria”, “à sua área”, “à sua cadeira”.

Abel Salazar, um grande médico, humanista, artista, um grande vulto do saber em geral, disse que *quem só sabe Medicina nem sequer Medicina sabe*. Evidentemente, em Direito Internacional é impossível só se saber Direito Internacional. Não se sabe mesmo nada dele se não se souberem muitas outras coisas. E se tal estudo não for feito sem preocupação excessiva de classificação: é preciso ir colher o que se precisa a qualquer canteiro... Só isso nos levará mais longe, e nos fará progredir.

Como sublinhou um dos principais arautos da pós-disciplinaridade, o filósofo catalão Gonçal Mayos Solsona (e ao convocarmos o problema e a fonte já estamos a praticar o que professamos teoricamente): “o rendimento das pesquisas ultraespecializadas são claramente menores que os oferecidos por pesquisas abertas ao pós-disciplinar.” (Mayos, 2014: 192). E o pós-disciplinar não é, evidentemente, pré-disciplinar, mas uma superação, incorporando o já alcançado:

Quer dizer, aspira a possuir uma panorâmica mais além da ‘disciplinação’ (poderíamos quiçá traduzir por ‘confinação disciplinar’) atual dos saberes e a potenciar tudo o que temos aprendido dos estudos inter-, multi- e transdisciplinares. (Mayos, 2014: 192-193)

4 Estilos

O tempo das sebatas ou apostilas monocórdicas e dos manuais unívocos terminou. Hoje, ensina-se de forma plural, e até, por vezes, fragmentada. Os estilos são vários e mesclados... Alguns dirão que é um sinal (ou já um legado) da pós-modernidade. Não o discutiremos. É, sem dúvida, um traço adquirido, salvo por pedagogias agelásticas, ultrapassadas pelo próprio tempo lá fora (nem sequer pelas teorizações dos oficiais desse ofício).

Cremos que este hibridismo de estilos, longe de quebrar um abstrato conceito de harmonia de ensino, o que para alguns seria crime de lesa-majestade didática, pelo contrário é, no caso, um benefício.

Ninguém se forma bem em Direito (e eventualmente em coisa nenhuma) apenas decorando plácida e acriticamente a prosa triste - relembrando um conhecido adjetivo de Raymond Aron sobre um clássico moderno (Aron, 1991) - e insípida que normalmente é a dos manuais. Embora haja exceções, claro. Lembremo-nos dos *Précis* de Michel Villey (Villey, 1982, 1984), e mesmo há alguns em Direito Internacional, desde logo o clássico *Law of Nations*, de Brierly (Brierly, 1979): mas *une fois n'est pas coutume*.

O estudante e leitor, que primeiramente será estudante de graduação, deverá ir-se familiarizando, nesta área, com vários tipos de texto científico, e de bem diverso fôlego expositivo, crítico, especulativo, etc.. Não parece ser uma boa forma de Educação (*education*, à inglesa, com o vasto sentido britânico sobretudo), a qualquer nível, para qualquer destinatário, pouparmos alguém à variedade das experiências, ao espetáculo do Mundo, às dificuldades que a realidade não académica insofismavelmente virá um dia a trazer. Uma Universidade que alguns dos seus próprios labores internos, estilos, ferramentas e produtos ocultasse, por exemplo, para facilitar uma memorização pedestre (pressupondo que ela é mais fácil com textos menos instigantes, o que está por provar... pelo menos com todos) não cumpriria a sua função universalista e de universalidade de diversificação e diversidade também.

Além de que não é aconselhável usar um manual apenas, mesmo num curso elementar. Santo Tomás de Aquino, que sabia, aliás, muito de Direito (e o entendia na sua dimensão filosófica, mais profunda), sendo, aliás, autor de um excelente e breve guia de como estudar (Lauand, 1994), dizia já, com muita sabedoria, *timeo hominem unius libri*, que se traduziria para o nosso tempo como: “Temo a pessoa que leia por um só livro”. Infelizmente, em algumas latitudes, por motivos os mais diversos e não raro contraditórios, há alunos que não compram um só livro (nem sequer um manual) para cada disciplina...

Além disso, o professor cada vez mais deveria ser visto como alguém que abre portas e entusiasma o estudo autónomo, não um devedor de saber já feito

e completo, meramente a consumir. Evidentemente que este caráter do docente parece andar psicologicamente de mãos dadas com alguma aura, que se exprime de múltiplas formas nas velhas universidades, como estudos em homenagem (*Mélanges*, *Festschriften*, etc.), doutoramentos honoris causa, e sobretudo a relação de discipulato. Pela qual um mestre se filia na lição, no exemplo, na tradição, na sombra tutelar de outro, de quem foi discípulo. É uma experiência em grande medida transcendente e iniciática. Que a Universidade de massas, de puro consumo, não consegue sequer vislumbrar.

5 Ciências e definição

O saber científico, ou, pelo menos, acadêmico, universitário, nada tem a ver com o pseudoconhecimento do senso comum, superficial, preconceituoso, de conversas de café, palavras pouco pensadas, muitas vezes repetidas do que se acabou de ouvir, “jogadas fora”, na verdade... Há lugar para opinião (a *helénica doxa*) neste nível, mas é preciso que ela se funde em dados devidamente averiguados, e se procure impor por uma argumentação séria, racional, muitas vezes formalizada em fórmulas, mas pelo menos respeitando certas regras. Esta ideia já está felizmente presente nas preocupações de pelo menos alguns cientistas mais “puros”. Veja-se, por exemplo, o seguinte passo de uma obra de grande divulgação científica quando, entre outros, se acolhe também este possível sentido científico: “(...) a ciência é sobretudo um dispositivo cognitivo, retórico e comunitário de produção de estratégias de sobrevivência na relação com o meio exterior?” (Caraça, 1997). Sim, em certa medida achamos que o é...

Nessa retórica se inclui, desde logo, a linguagem técnica da área ou áreas em que se desenvolve. É fundamental ponderar a importância da linguagem (de todos os tipos) na ciência, e em qualquer ciência (Carvalho, 2004: 31). Uma das técnicas metodológicas que estruturam essa linguagem é a definição. Mas se o rigor é sempre vital, assim como a deontologia científica, nem sempre todas as técnicas encontram aplicação em todas as áreas.

Nas chamadas ciências “naturais” e “exatas”, a que alguns mais ou menos chamam também “duras” (para sublinhar a diferença com a ductilidade ou plasticidade e ‘jogo de cintura’, infelizmente ou inevitavelmente muitas vezes ideológico, das ciências sociais e humanas, ditas também “moles”), o procedimento metodológico preliminar da definição tem, na verdade, muita voga e prestígio. Provavelmente, na deriva de imitação das ciências duras que ocorreu nas várias ciências do espírito (e normativas, donde também o Direito), a partir da Modernidade, e sobretudo a partir do positivismo (como bem assinala um Michel Villey), se terá reforçado a importância e a necessidade de definições.

Regra geral, todavia, em Direito, a definição é perigosa e constitui mesmo para o pesquisador uma armadilha positivista. Já diziam os Romanos, e consta do *Digesto* de Justiniano: *Omnis definitio in jure civili periculosa est* (D., 50, 17, 202).

Mas as coisas (mais ainda as das ciências humanas e sociais) têm de ser compreendidas em termos hábeis. Por exemplo, nesta mesma área dizem grandes autores como Accioly, Nascimento e Silva e Casella: "Todo estudo há de ser iniciado pela definição de seu objeto" (Accioli *et al.*, 2014: 25).

É que é *deveras* importante, evidentemente, saber do que se está falando. Mas há definição e definição, definições e definições... Pelo menos em tese, "uma definição do seu objeto" pode até ser alcançada por um procedimento metodológico outro que a verdadeira e própria "definição". Por exemplo, pela descrição, cara por exemplo, ao jurisfilósofo emérito da Universidade Católica de Lisboa Mário Bigotte Chorão (Chorão, 1989), ou ainda pela noção, itens, ou tópica (preferida por exemplo pelo jurisfilósofo emérito da Universidade de Santiago de Compostela, Francisco Puy Muñoz (2006), etc.... Francisco Puy, no âmbito, é certo, de uma área diversa, acabaria por dizer algo como que não lhe interessaria discutir o que é a Filosofia do Direito, mas queria era praticá-la. Tal não deixa de nos recordar a clássica questão de uma *episteme* ou ciência ou área do saber ser, afinal, o que os oficiais desse ofício fazem. É tradicional dizer-se que a Economia é o que os economistas fazem, já lemos que a Sociologia é o que os juristas fazem. Nesse sentido, o Direito Internacional seria o que os seus cultores, muitas vezes chamados jusinternacionalistas ou apenas internacionalistas, fazem...

Tudo ponderado, no nosso caso, em vez da definição como algo que pode ser mesmo academicamente "autoritário", limitador (*de-finir* é *de-limitar*, pôr fim, limite, *con-finir*, o que pode ser até matar, como recordava o saudoso romanista da Universidade de Coimbra, Sebastião Cruz (1980), e eventualmente algo arbitrário no plano epistemológico, propomos uma *tópica nocional*.

II Uma tópica nocional

Esta tópica nocional que propomos (que procura, como toda a tópica, os lugares comuns), opera a partir de definições, descrições, noções, e todo o tipo de aproximações que procuram dizer o que o Direito Internacional Público seja.

Algumas definições podem considerar-se:

O Direito Internacional pode ser definido como 'as normas que governam a relação jurídica entre as nações e os estados', mas a realidade é muito mais complexa, com fatores políticos, Direito Internacional

Publicolomáticos e sócio-econômicos a modelar o direito e a sua aplicação. (Klabbers, 2014: i)

(Direito Internacional Público): Conjunto de regras jurídicas que regem as relações entre Estados. (Martin-Bidou, 2012: 5)

O Direito Internacional Público é classicamente definido como o direito chamado a organizar as relações entre os Estados. (Canal-Forgues / Rambaud, 2011: 18)

Já não parece haver uma verdadeira e própria definição em alguns autores, que dão uma noção que vai fornecendo como que densificações do objeto ou *quid*:

Sistema jurídico autônomo, onde se ordenam as relações entre Estados soberanos, o Direito Internacional Público – ou *direito das gentes*, no sentido de direito das nações ou dos povos – repousa sobre o consentimento. (Rezek, 2015: 25; Dixon, 2003: 1)

O Direito Internacional pode ser descrito como um corpo de regras e princípios que determina os direitos dos estados primariamente com respeito às suas relações com outros estados e com os cidadãos dos outros estados. (Lowe, 2007: 5)

Note-se que, apesar da latência (já em muitos casos passada a ato) da importância dos Direitos Humanos neste domínio, como é natural, há uma tendência classicista para definições que ainda não espelham esse facto. Mas será isso de estranhar? As definições de Direito Constitucional também demoraram em sair da esfera do Estado, e sua simples normatividade (Ferreira da Cunha, 2002: 289 ss.). Não é, portanto, pelo lado definitório, mas pelo lado prático, mediático e simbólico que se pode dizer que o Direito Internacional é em grande medida direito jushumanista. Claro que também se não peça que seja um êxito na aplicação prática. O Direito Penal também não é colocado em causa por se cometerem crimes, mais ou menos.

III As palavras e as coisas na designação da disciplina

Por vezes, os elementos da tópica nocional que vamos insensivelmente incorporando numa noção pré-compreensiva (alguns poderão dizer que algo sincrética) de Direito Internacional não espelham completamente a evolução da área. Assim, é natural que, muitos de nós, ao pensar em Direito Internacional Público, o associem a Estados (mas menos a organizações internacionais, o que é um

erro, dada a crescente importância destas – o que não quer dizer, como é óbvio, que suplantem aqueles), a Embaixadas e Consulados (mas menos a ONGs e aos próprios indivíduos, por exemplo, protagonistas das relações internacionais de hoje como os refugiados ou até os terroristas: e que também têm de ser levados em conta), etc.

Alguns lugares-comuns continuam ainda a pairar nessas noções prévias, e mesmo que conscientemente superadas, nem sempre o serão inconscientemente. É o caso da ideia, que cada vez mais perde terreno, de que o Direito Internacional não teria, nem lei, nem juiz, nem polícia (*ni loi, ni juge ni gendarme*). E que, por isso, não seria verdadeiro Direito (mas mais um voto piedoso, um “aleluia jurídico”, ou pura política), faltando-lhe a dimensão prática e coativa. Ora, como se aprende (ou deveria aprender) nos estudos introdutórios ao Direito, a coação não é um elemento essencial da juridicidade, mas meramente adjuvante, e eventual (Baptista Machado, 1985). Embora, evidentemente, haja quem pense o contrário, e precisamente venha argumentar (círculo vicioso!) com o argumento da própria existência e modo-de-ser do Direito Internacional Público.

Na linha do preconceito referido, chegava mesmo a ironizar-se dizendo que nem o Direito Internacional Público (a que por vezes chamamos Direito Internacional *tout court*) nem o Direito Internacional Privado passariam no teste para serem ramos de Direito Internacional *a sério*: o primeiro, pelas razões referidas, não seria sequer Direito, e o segundo não seria Internacional, dado referir-se a normas nacionais para assuntos privados que colocam em contacto várias ordens jurídicas, mas apenas do ponto de vista de um Estado nacional concreto.

Em Ciência (em todo o estudo rigoroso, ainda que não especificamente científico: mas essa é uma outra discussão epistemológica mais filosófica), a *petite histoire*, a anedota, e o lugar-comum podem ajudar de forma mnemónica, ou instigar até polemicamente, mas é preciso o maior cuidado em relação às ideias feitas, tanto mais numa área como esta, em que muitas certezas familiares vão sendo, nos tempos mais recentes, desfeitas pela evolução dos factos – que também têm a sua força normativa própria...

Antes mesmo da questão do significado, há ainda a do significante. O Direito Internacional, cujo nome alguns atribuem ao pensador britânico Jeremy Bentham (obviamente na fórmula inglesa *International Law*), conta com várias expressões para ser designado. As mais comuns nos nossos dias são mesmo as variantes nas várias línguas de “Direito Internacional” (*International Law*, *Droit international*, etc.), mas há também alguma predileção anglo-saxónica por *Law of Nations* (“direito das nações”), e germânica por *Völkerrecht* (“direito dos povos”).

Também se usa a expressão de direito romano (nesta ordem jurídica historicamente desaparecida há século com um significado preciso, oposto ao direito natural e ao direito civil *hoc sensu*) *Jus Gentium*, num sentido renovado, para designar

pura e simplesmente o Direito Internacional (Público). O *jus gentium* romano era inicialmente direito interno romano aplicado a relações “mistas”, entre cidadãos romanos e estrangeiros. Mas sofreu naturalmente evolução. E não é inabitual a apropriação de expressões com algum renome e peso (e densidade histórica) para designar coisa diversa (sobretudo quando, como é o caso, a realidade original desapareceu). Não se esqueça, porém, que o Direito Romano não ficou conhecido pelo seu Direito Público, e muito menos pelo seu Direito Internacional Público (digamos, grosso modo, que o *jus gentium* seria Direito Internacional Privado), que, aliás, pouco se adapta a uma situação imperial... (Ferreira da Cunha, 2014: 68, n. 18; Gaurier, 2005: 16 ss.).

Não havendo propriamente sinônimos, o uso de uma ou outra das expressões pode transportar conotações próprias, específicas. Mas como alguns as usam apenas por predileção de sonoridade ou por mimetismo de escola ou afim, nem sempre esta tentativa de desvendamento de um segundo sentido se revelará muito frutuosa.

IV “Estado epistemológico da arte” e direitos humanos

O Direito Internacional vive um momento cheio de desafios, e foge por entre os dedos dos que queiram aprisioná-lo em dogmatismos redutores. Alguns o situam entre a fragmentaridade e a unidade (ou universalização e fragmentação), embora outros haja que recusam estas balizas (v.g. Garcia Junior, 2012: 41 ss.). Houve quem tivesse medo que ele se enquistasse à maneira dos direitos nacionais, mas na verdade ele está muito vivo, e ainda faltará muito para que tal venha eventualmente a ser um perigo real. Os receios foram já alvo de sínteses (Gouveia, 2008: 117 ss.). A inovação e imaginação desta área do saber (e da ação: porque o Direito Internacional é ambas as coisas) não cessam de criar novas situações e colocar em causa ideias feitas.

O seu próprio reduto epistemológico está em causa, assediado por desafios novos. E quase se pode afirmar que o Direito Internacional é um paradigma epistemológico atravessado neste momento por alguns problemas de “concorrência”: interna e externa, ou endógena e exógena.

Assim, por um lado, é inegável, e tem sido por muitos referida, uma evolução interna no Direito Internacional. Desde a criação da ONU, superou-se o paradigma fundador (pelo menos “Moderno”) que foi o construído a partir da Paz de Vestefália (1648). De Estados com soberania expansiva e quase absoluta, dotados de *Kompetenz-Kompetenz* (grosso modo: o árbitro decide sobre a sua própria competência, e, no caso, cada Estado é o grande árbitro) que se comportavam

na cena internacional precisamente na perspectiva do equilíbrio e com a hipocrisia de uma igualdade formal entre todos (mas óbvia prevalência dos mais fortes), se foi passando a uma maior consciência de uma comunidade internacional, em que são possíveis adquiridos civilizacionais globais. Longe ainda de se ultrapassar a diferença entre grandes e pequenos, ricos e pobres, armados e desarmados. Mas os ideais estão proclamados, escritos, por vezes podem ser levados a julgamento.

A Carta das Nações Unidas, e especialmente a Declaração Universal dos Direitos Humanos, são a prova de que acima dos interesses e da *raison d'État* particularista de cada bandeira, há anelos, princípios e direitos mais fortes, pelo menos no plano axiológico, ético, e jurídico até (o que é a grande novidade e ainda o grande desafio). E com a criação de várias cortes internacionais tal vai-se fazendo prática, efetividade.

Afinal são os Direitos Humanos que estão aí, e com presença fortíssima. O mesmo acaba por ocorrer com a criação do Tribunal Penal Internacional (no limite, e bem vistas as coisas, trata-se de punir violações graves, de índole penal, a Direitos Humanos ou afins), e a esperança da criação de uma Corte Constitucional Internacional também se consolida na medida em que ela terá uma dimensão jushumanista, igualmente. E onde não são os Direitos Humanos rigorosamente considerados são megaconceitos solidários de si, que estão em causa e suscitando defesa, cada vez mais, internacionalmente: democracia, Estado de Direito, legalidade, responsabilização pelo cumprimento de compromissos internacionais (*pacta sunt servanda*), etc.

Paralelamente à evolução interna, em que o Direito Internacional, permanecendo Direito Internacional, permeabiliza-se a novos princípios e se interessa por novas realidades – não deixando de ser lei do poder, vai mostrando novos rostos, de reciprocidade, coordenação e cooperação (Queiroz, 2009: 41 ss.) –, parece haver também uma concorrência exterior.

Do mesmo modo que há em alguns, mais nacionalistas e soberanistas, uma grande desconfiança ante as boas intenções do modelo e daquilo a que já se chamou a “ideologia” da ONU, outros, partilhando o entusiasmo internacionalista, que associam a uma certa crença, mais ou menos explícita, numa “teologia dos mercados” (dando razão, quantas vezes sem o saberem, a quem dizia que “o capital não tem pátria”), são partidários de novos modelos que se resumem, não sem alguma confusão, no grande gavetão da *global governance*. Para além de essa *global governance* ter certamente um enorme *déficit* democrático (quem controla os mercados e as *corporations*, que em língua portuguesa cada vez mais se vai traduzindo mediaticamente, e mal, por “corporações”?).

Este modelo, em que a vida do mundo seria regulado por vários polos ou redes multipolares, sem necessariamente a intervenção e a decisão realmente relevante dos governos e naturalmente das pessoas comuns, obviamente suscitará

tanto a desconfiança se não mesmo a aversão de nacionalistas e internacionalistas “democráticos”, partidários de formas pelo menos remotamente representativas.

Evidentemente que a intervenção global e o contributo para essa *global governance* de uns e de outros não é todo igual, nem em todas as situações. Uma coisa é a intervenção de instituições de organizações internacionais legitimadas em última análise pelos tratados que as fundam e regulamentam, outra coisa é a ação de grupos que não são sujeitos de direito internacional, ou pelo menos não o são para uma doutrina clássica.

Jan Klabbers dá o exemplo das agências de notação financeira, da Greenpeace e da Microsoft (Klabbers, 2014: 305 ss.). Uma e outras podem ter papéis relevantíssimos, e diríamos mais: se o normal é que tal seja voluntário, a sua simples presença no terreno pode levar a consequências de monta. Desde logo, porque outros atores sociais, económicos, políticos, podem contar com respostas suas, agir de acordo com presumíveis movimentos seus, ou efabular a seu propósito, espalhar boatos, etc., etc.. O poder real de certas organizações não governamentais, da comunicação social, que obviamente tem proprietários, de grandes empresas, muitas delas multinacionais (não “companhias” nem, muito menos, “corporações”) pode ser muito maior que o da “soberania” não apenas de pequenos Estados (que podem funcionar como uma espécie de “bandeiras de conveniência”), mas mesmo de médios Estados. Aliás, o vocábulo “soberania” apenas faria sentido para “alguns Estados muito poderosos” (Salomon, 1978: 127). Não pode deixar de se estudar esses “estados muito poderosos” como um importante vetor especial a ter em consideração. E os clássicos modernos não podem desprezar-se nesse estudo (Kennedy, 1997)...

Enquanto o Direito Internacional com o seu lastro clássico se preocupa com todo o ritual complexo, rigoroso e demorado da diplomacia que leve à feitura de um tratado, com o contributo de subtis e elegantes diplomatas, pode ser que tudo isso seja apressado, bloqueado ou anulado por um simples telefonema ou e mail entre dois funcionários de uma multinacional, ou pelos rumores da comunicação social, ou pelos rebaixamentos (ou eventuais subidas...) de classificação dos países pelos *ratings* financeiros feitos por empresas privadas? Ou então, mas menos plausivelmente, por manifestações multitudinárias de ativistas nas ruas?

Os próprios processos de arbitragem internacional, sobretudo ao nível comercial, estão em alguns casos sob suspeita, pela forma como derogariam o Direito, ou, pelo menos, o Direito “habitualmente usado”, em benefício precisamente desses novos protagonistas e decisores no palco internacional, as multinacionais (Barlow/Jennar, 2016: 16-17). Há quem goste e há quem não goste, e muito, desta renovada dimensão do Direito Internacional. E isso nos remete também para o papel da ideologia na ciência, e nesta ciência (ou *episteme*) em especial.

Creemos que, independentemente de ocorrer frequentemente que o Direito tenha que vergar-se à chamada “força normativa dos factos” (e a aceitação da revolução como fonte de Direito – já assimilada por muitos – é disso o mais cabal exemplo), o problema teórico que subjaz a toda a questão é o dos limites do Direito (Allot, 1980). Onde acaba e onde começa o Direito? Onde acaba o Direito e começa a simples política e outras coisas afins? O poder tem no Direito uma imensa intervenção, é certo. Mas sempre o Direito teve uma prerrogativa, ainda que platônica, de proscrever o nu poder, de indicar o que é direito e o que é torto, mesmo que o torto tenha uma imensa prevalência.

Não se trata, evidentemente, de declarar a ilegalidade de *inputs* importantes e de todo o modo reais na vida do Direito. Mas de ser capaz de, em cada momento, saber o que realmente é o Direito (*quid juris*), qual o Direito em vigor (*de jure constituto*). É certo que há motivações e influências exógenas, mas tudo tem que passar pelo filtro dos filtros da juridicidade. E pela decisão dos órgãos jurídicos (e em muitos casos jurídico-políticos) que constitucionalmente têm competência para decidir. Mesmo constitucionalmente ao nível internacional, como é óbvio...

Mesmo assim, porém, é talvez certo que o modelo cognitivo e explicativo de uma *global governance*, pelo menos em algumas das suas modalidades, não está na mesma sintonia, no mesmo comprimento de onda. E onde o modelo jurídico, apesar de tudo muito jurídico, sem dúvida, do Direito Internacional Público se preocupa com fontes e competências, e devido processo, etc., o novo modelo estará certamente a pensar em centros de decisão real, poder atrás do poder (ou acima dele), formas de influência informais, etc. No fundo, até, em grande medida uma pré-compreensão do problema em grande medida mais realista, baseada em elementos politológicos e grandemente sociológicos e quiçá psicológicos também. E é claro que, neste panorama, não pode o jurista de alguma forma deixar de sentir o terreno a fugir-lhe debaixo dos pés, eventualmente recordando também as críticas marxistas ao discurso jurídico oficial, e apontando o peso enorme das infraestruturas, e dos que dominam essas alavancas, sobretudo económicas.

Para alguns não deixa de ser incômodo terem de dar razão a esse discurso que se lhes afigurava de ideologia da suspeita e imensamente materialista. Obrigando-os a dar a mão à palmatória reconhecendo que o Direito seria uma superestrutura (e discurso legitimador) ao serviço de interesses de classe bem mais prosaicos.

No que diz respeito a outros, não deixa de ser curioso observar que, não partilhando esses da perspetiva coletivista, muito pelo contrário, acabam por, com a sua prática (e não poucos dos seus pontos de vista mais radicais, embora de sentido contrário), dar totalmente razão aos materialistas coletivistas. Só que, nos últimos tempos, perdeu-se o charme discreto da hipocrisia, e o *Enrichissez-vous* de Guizot passou a ser lema sem freio moral. O céu (ou o inferno) é o limite...

As disciplinas elementares e introdutórias de Direito Internacional Público, infelizmente nem sempre muito consideradas nos *currícula* em alguns países (em muitos casos liofilizados), devem começar, como é óbvio, por ensinar o arsenal clássico, porque perdê-lo seria estar à mercê de ferramentas ainda não testadas, movidas por energias a todo o tempo falíveis e esgotáveis, e teorias que ainda não provaram o que valem.

Contudo, é igualmente de grande importância ir estando atento a algumas novidades, que certamente virão a fazer História.

É verdade que há uma contradição entre o solidarismo dos Direitos Humanos e o egoísmo do dito “consenso neoliberal” (que de modo algum o é), como sublinha Lindgren Alves (1997: 320). E ambos parece serem os grandes vetores internacionais do nosso tempo. É ainda verdade que, como afirma Bilder,

(...) os Estados têm sido notoriamente relutantes em submeter casos de direitos humanos perante as Cortes Internacionais. Por este motivos, muitos acreditam que o único meio de fazer com que o sistema de direitos humanos possa operar é mediante a garantia, aos indivíduos e aos grupos, do acesso direto às cortes. (*apud* Piovesan, 2002: 310-311)

Mas o simples facto de cada vez mais pessoas e agentes de consciência coletiva se aperceberem dessa *décalage* entre a norma e o facto, é já revelador de uma consciência jurídica geral, de um espírito jurídico, de uma ideia de Direito generalizada, globalizada, que distingue o Direito do torto.

É certo também que há divergências na interpretação e no simples recorte dos Direitos Humanos (Herkenhoff, 1997: 12). Mas cremos que pelo menos em médio prazo não será possível definir Direito Internacional sem a menção a esse tópico decisivo.

Wings and Roots. International Law: a law of human rights

Abstract: The present article aims facing Public International Law as it is now presented, in what can metaphorically be called by its “wings”: a new, more subtle, more ductile, more fraternal, fragmented law, under construction and committed to the defence of the Rights Humans. In order to do so, it goes back to its roots, and an epistemological reflection is developed: not strictly retrospective, but also, in a sense, prospective.

Keywords: International Law. Human Rights. Epistemology.

Summary: I Epistemology and definition – **1** Scope – **2** Epistemology or Metascience of International Law – **3** Post disciplinary perspective – **4** Styles – **5** Sciences and definition – **II** A Notional topic – **III** The words and things in the designation of the discipline – **IV** “Epistemological state of the art” and human rights – References

Referências

- ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA, G. E.; CASELLA, Paulo Borba. *Manual de Direito Internacional Público*. 21.ª ed., São Paulo: Saraiva, 2014.
- ALLOTT, Antony. *The Limits of Law*. Londres: Butterworths, 1980.
- ALVES, José Augusto Lindgren. *A Arquitetura Internacional dos Direitos Humanos*. São Paulo: FTD, 1997.
- ARON, Raymond. *Les étapes de la pensée sociologique*. Paris: Gallimard, 1967, trad. port. de Miguel Serras Pereira. *As Etapas do Pensamento Sociológico*. s.l, Círculo de Leitores, 1991.
- BAPTISTA MACHADO, João. *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*. Coimbra: Almedina, reimp., 1985.
- BARLOW, Maude; JENNAR, Raoul Marc. *O Flagelo da Arbitragem Internacional*. “Le Monde Diplomatique”, n.º 112, fevereiro de 2016, ed. port., pp. 16-17.
- BOBBIO, Norberto. *L'età dei Diritti*. Einaudi. 1990, trad. port. de Carlos Nelson Coutinho. *A Era dos Direitos*. 4.ª reimp., Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BRIERLY J. L.. *The Law of Nations*, ed. by Sir Humphrey Waldock, 6.ª ed.. Oxford: The Clarendon Press, 1963, trad. port. de M. R. Crucho de Almeida, prefácio de A. Rodrigues Queiró, *Direito Internacional*, 4.ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1979.
- CANAL-FORGUES, Eric / RAMBAUD, Patrick. *Droit International Public*. 2.ª ed., Paris: Flammarion, 2011.
- CARAÇA, João. *O que é Ciência*. Lisboa: Difusão Cultural, 1997.
- CARVALHO, Rómulo de. *Cadernos de Iniciação Científica*. Lisboa: Relógio de Água, 2004.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. *O Direito e os Direitos. Elementos para uma Crítica do Direito Contemporâneo*. 3.ª ed., Belo Horizonte: Forum, 2011.
- CHORÃO, Mário Bigotte. *Introdução ao Direito I. O Conceito de Direito*. Coimbra: Almedina, 1989.
- CORTEN, Olivier. *Méthodologie du droit international public*. Bruxelas: Editions de l'Université de Bruxelles, 2009.
- D., 50, 17, 202.
- CRUZ, Sebastião. *Direito Romano, I. Introdução. Fontes*, 3.ª ed.. Coimbra: ed. Autor, 1980.
- DIXON, Martin *et al.*. *Cases and materials on International Law*. Oxford: Oxford Univ. Press, 4. ed., 2003.
- FERREIRA DA CUNHA, Ary. *(Pre)Tensões sobre o Mar: Rumo a uma Global Governance dos Oceanos*. Jornadas do Mar: Trabalhos Premiados. Online: http://jornadasdomar.marinha.pt/pt/trabalhos/Documents/Pedro_Cunha.pdf. (consultado a 27 de abril de 2016), *in ex* “Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, Urbanismo e Ambiente”. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, n.º 33, Ano XVII, 2014.
- FERREIRA DA CUNHA, Paulo. *Nova Teoria do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2013, com Prefácio de Paulo Bonavides.

FERREIRA DA CUNHA, Paulo. *Teoria da Constituição*. Vol. I. *Mitos, Memórias, Conceitos*. Lisboa / São Paulo: Verbo, 2002.

GARCIA JÚNIOR, Prof. Armando Álvares. *Direito Internacional Público Moderno*. São Paulo: Aduaneiras, 2012.

GAURIER, Dominique. *Histoire du droit international*. Rennes: Presses Universitaires de Rennes, 2005, p. 16 ss.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. *Manual de Direito Internacional Público*. 3ª ed., Coimbra: Almedina, 2008.

HELDER, Herberto. *Os Passos em Volta*. 3.ª ed., Lisboa: Estampa, 1970 (1.ª ed. 1964).

HERKENHOFF, João Baptista. *Direitos Humanos. A Construção Universal de uma Utopia*. Aparecida, SP: Editora Santuário, 1997.

KANT, Emmanuel. *D'un ton grand seigneur adopté naguère en philosophie*. trad. fr. de L. Guillemit, Paris: Vrin, 1982.

KENNEDY, Paul. *The Rise and Fall of the Great Powers*. Trad. port. de Teresa Gonzalez. Mem Martins: Europa-América, 1997.

KLABBERS, Jan. *International Law*. 4.ª imp.,. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.

LANE. Gilles. *À quoi bon la Philosophie*. 3.ª ed., Québec: Bellarmin, 1997.

LAUAND, Jean (estudo introdutório e tradução). *Sobre o modo de estudar – o De Modo Studendi de Santo Tomás de Aquino*. São Paulo: « Cadernos de História e Filosofia da Educação ». EDF-FEUSP, vol. II, No.3, 1994, nova ed. com link: http://hottopos.com/mp3/de_modos_studendi.htm (consultado a 11 de fevereiro de 2016).

LOWE, Vaughan. *International Law*. Oxford: Oxford University Press. 2007.

MACHADO, João Baptista. *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*. Coimbra: Almedina, reimp., 1985.

MARTIN-BIDOU, Pascale. *Fiches de Droit International Public*. 2.ª ed.. Paris: Ellipses, 2012.

MARTINEZ GARCÍA, Jesús Ignacio. *La Imaginación Jurídica*. Madrid: Debate, 1992.

MAYOS SOLSONA, Gonçal. *Empoderamiento y Desarrollo Humano. Actuar Local y pensar Postdisciplinariamente*. In *Postdisciplinarietà y Desarrollo Humano. Entre Pensamiento y Política*. Ed. de Yanko Moyano Díaz; Saulo de Oliveira Pinto Coelho; Gonçal Mayos Solsona. Barcelona: Red, 2014.

PETIT, Carlos (ed.). *Pasiones del jurista: amor, memoria, melancolía, imaginación*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional*. Prefácio de Henry Steiner. Apresentação de Antônio Augusto Cançado Trindade. 5.ª ed. revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Max Limonad, 2002.

PUY, Francisco. *Derechos Humanos*. Santiago de Compostela: Imprenta Paredes, 3 vols., 1985.

PUY, Francisco. *Tópica Jurídica. Tópica de Expressiones*. México: Porrúa, 2006.

QUEIROZ, Cristina. *Direito Internacional e Relações Internacionais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público. Curso Elementar*. 15.^a ed., revista e atualizada, 3.^a tiragem, São Paulo: Saraiva, 2015.

SALON, Albert. « Souveraineté », in *Vocabulaire critique des relations culturelles internationales*. Paris: La Maison du Dictionnaire, 1978.

VILLEY, Michel. [Précis de] *Philosophie du Droit*. vol I, 3.^a ed., Paris: Dalloz, 1982; vol. II, 2.^a ed., Paris: Dalloz, 1984.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

CUNHA, Paulo Ferreira da. Asas & raízes. Direito Internacional: um direito de direitos humanos. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 11, n. 36, p. 17-34, jan./jun. 2017.

Recebido em: 02.01.2017

Aprovado em: 03.05.2017

Cota convite