

# Revista de Direito Cosmopolita

## v.4, n. 1 e 2, 2017



INTERNATIONAL  
LAW ASSOCIATION  
RAMO BRASILEIRO



## Sumário

### Seção de Artigos (p.6 – 233)

Reexaminando a filosofia do direito internacional de Ronald Dworkin: poderia o ouriço ter feito de outra maneira? - **Thomas Bustamante** (p.6 – p.41).

Pequeno ensaio sobre as relações entre a guerra e o direito - **Leonam Baesso da Silva Liziero** (p.42 – p.62).

Transconstitucionalismo e lex digitalis: a disputa entre a organização das nações unidas e a icann pelo controle da regulação da internet e suas possíveis afetações no campo dos direitos humanos digitais - **Bruna Pinotti Garcia Oliveira** (p.63 – p.85).

Reflexos do direito internacional no crime de tráfico de pessoas - **Daniela Saab Nogueira e José Paulo Gutierrez** (p.86 – p.103).

Jurisdição e corte internacional de justiça: caso “obrigação de negociar acesso ao oceano pacífico” (Bolívia versus Chile) – **Jean Rodrigo Ribeiro de Pontes** (p.104 – p.126).

Rumo à ruptura? - O desmonte da estrutura internacional de proteção dos indivíduos como ameaça à estabilidade da ordem internacional - **Eraldo Silva Junior** ( p.127-p.154).

Contribuição para uma teoria discursiva do costume internacional - **Rodrigo Cerveira Cittadino** (p. 155 – p.181).

Direito Internacional: o diálogo inter-judicial e a unidade do sistema - **Luiza Szczerbacki Castello Branco, Giovana de Souza Carneiro Ventura, Tamara Grillo Balassiano** (p.201-p.214).

Estado, derecho y justicia en las enseñanzas de Radbruch - **Ana Cláudia Moreira Miguel Philippini e Renato Augusto de Alcântara Philippini** (p.215-233).

Seção de dossiês – (p.234 – p.312).

## Apresentação

Após um período intermitente de sono, a revista despertou com fôlego total. O ano de 2017 foi um ano de renovação para os processos editoriais da Revista de Direito Cosmopolita. Em suas atividades mais recentes, renovou a identidade visual e agora se apresenta com um *layout* novo. Com todas essas novidades, sua equipe ficou maior, contando com o crescente auxílio de alunos da graduação, além dos integrantes discentes e docentes do PPGD. A fim de simbolicamente expressarmos nossa renovação, a foto da capa é uma alusão às edições anteriores: renovação e tradição marcam o futuro da revista.

O ano de atividades de 2018 será ainda melhor. A revista realizou uma parceria com a ILA BRASIL, o ramo brasileiro da ILA. Esta, fundada numa conferência internacional em Bruxelas nos idos de 1873, tem por objetivo: “o estudo, esclarecimento e desenvolvimento do Direito Internacional público e privado, do Direito Comparado e das Relações Internacionais”<sup>1</sup>. Nesse caminho, a Revista de Direito Cosmopolita e a ILA BRASIL têm um futuro especial pela frente, pois ambas pretendem ser lidas pelos principais organismos internacionais, de modo a atingir o desenvolvimento das pesquisas sobre direito internacional.

Nesta edição, publicamos dez artigos imperdíveis. Os temas são os mais variados possíveis, mas todos imprescindíveis para as discussões do direito internacional. Como artigo de destaque, o prof. Thomas Bustamante contribui para a edição com um artigo inédito em português sobre a filosofia do direito internacional de Dworkin. Há ainda artigos sobre a guerra, tráfico de pessoas, direito e internet, o conflito histórico entre Chile e Bolívia, a crise humanitária e o refúgio, a teoria do costume, o diálogo inter-judicial e a unidade do ordenamento jurídico, a dignidade da pessoa humana na relação entre direito interno e direito internacional, bem como a relação entre o Estado, a justiça e o direito.

---

<sup>1</sup> Ver mais informações em: <http://www.ilabrasil.org.br/institucional/apresentacao/>

Agradeço, em especial, aos avaliadores dessa edição. Contribuiu conosco, avaliando tanto os artigos rejeitados como os artigos que seguem publicados: Jeancezar de Souza Ribeiro, Larissa Clare Pochmann da Silva, Paulo Cesar Rodrigues, Rodrigo Cittadino, Rodrigo dos Santos Amaral, Gustavo Simões, Guilherme Klausner, Maira Almeida, Nitish Monebhurrin, Bruno Drude, André Bezerra Meireles, Elizabeth Goraieb, Rodrigo Tardeli, Andreu Wilson Pereira Leandro e Diogo Bacha e Silva.

Por fim, os integrantes da revista se comprometem a inaugurar uma novidade em todos os editoriais. A integração entre cultura e pesquisa é fundamental para a expansão do imaginário poético e a verdadeira identificação entre realidade e universidade. Assim, os editores se comprometem a publicar, em todas as edições, trabalhos consagrados e ainda a deslanchar, a fim de contribuir com a dita integração. Na primeira edição dessa novidade, homenageamos Kurt Heynicke com o poema “O homem”. O poeta era um expressionista alemão que influenciou os trabalhos de Mario de Andrade, principalmente pelo sentimento de vertigem do homem na união e comunhão com o que lhe é inexplicável. De modos diferentes, o sentimento de vertigem também habita o direito internacional.

#### O homem

“Eu estou sobre as florestas  
verde e brilhante,  
pairando acima de todas as coisas,  
eu, o Homem.  
eu sou roda no cosmos,  
movimento em flor,  
carregador carregado.  
Eu sou Sol entre os astros que giram,  
eu, o Homem,  
sinto-me profundamente,  
perto do Sol que gira no cosmos,  
eu, o seu pensamento.

A minha cabeça tem folhagem de estrelas,  
de prata é o meu rosto,  
eu brilho,  
eu,  
como Ele,  
o cosmos;  
o cosmos,  
como eu!”

(Tradução de João Barrento com algumas adaptações realizadas por Rosângela Asche de Paula - na tese “O expressionismo na biblioteca de Mário de Andrade: da leitura à Criação”, 2007, p.91 - que mescla a tradução de João Barrento com alterações de Mário de Andrade. Cf. BARRENTO, João (org.). Expressionismo alemão. Sintra: MEM Martins, sd.).

Estamos sempre à disposição para tirar dúvidas e esclarecer nossas decisões editoriais. Para isso, o canal institucional e os emails dos editores estão sempre à disposição para auxiliar no que for necessário.

Boa Leitura!

### **Equipe da Revista de Direito Cosmopolita**

#### **Editores-chefes**

Paulo Emílio Vauthier Borges de Macedo, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil

Leonam Baesso da Silva Liziero, Universidade Castelo Branco, Brasil

Matheus Farinhas de Oliveira, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil

## **Assistentes de edição**

Carolina Geissler Miranda de Barros, Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Táisa Regina Rodrigues, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil

## **Estagiárias**

Eloisa Helena Chagas Alves, UERJ, Brasil

Maria Augustta Henriques Dias, UERJ

Ana Flávia Sales Moreira, UERJ

Giovana de Souza Carneiro, UERJ

# ARTIGOS PUBLICADOS

"Enquanto se acredite que um povo possui um 'caráter' prévio e que sua história é uma emanção deste caráter, não haverá maneira nem sequer de iniciar a conversação. O 'caráter nacional', como tudo que é humano, não é um dom inato, mas uma fabricação. O caráter nacional vai se fazendo e desfazendo e refazendo na história. Em que pese esta vez à etimologia, a nação não nasce, se faz. É uma empresa que dá bem ou mal, que se inicia após um período de ensaios, que se desenvolve, que se corrige, que 'perde o fio' uma ou várias vezes, e tem de voltar a começar, ou, pelo menos, reatar".

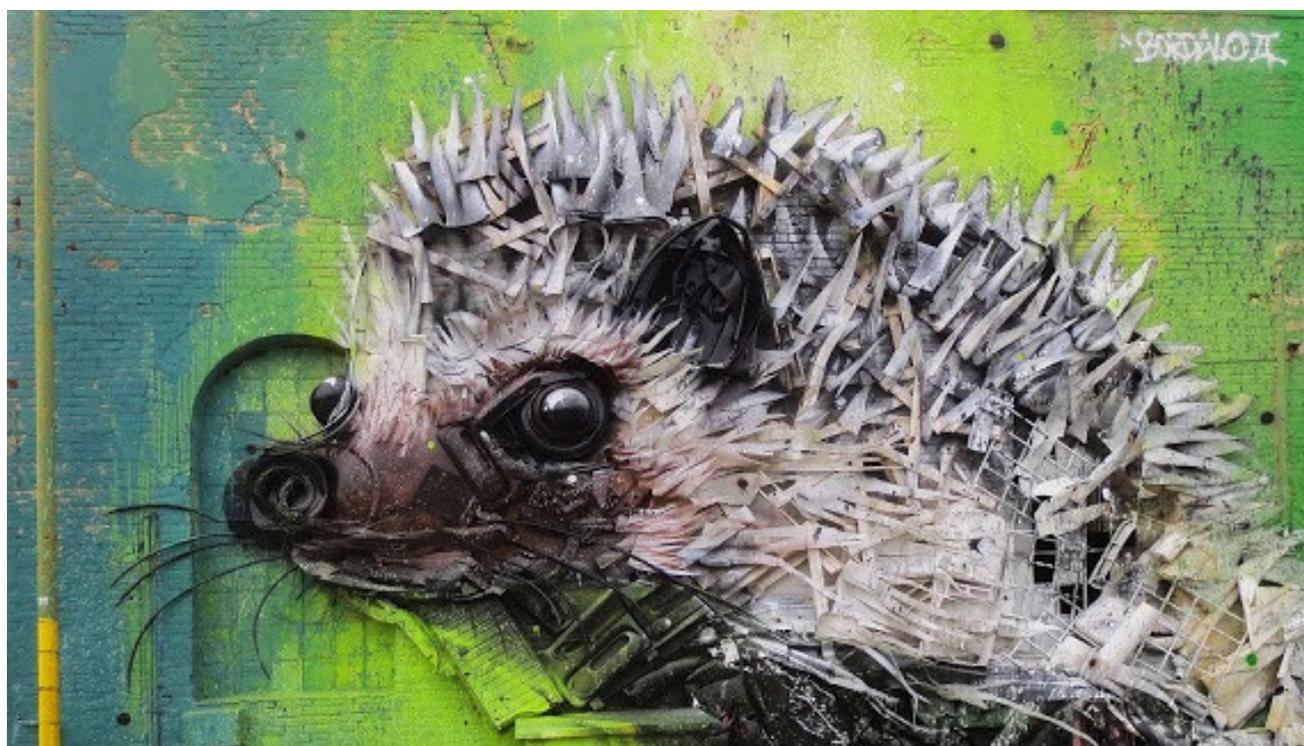
Fonte: "Epílogo para Ingleses" em "A Rebelião das Massas" escrito por José Ortega y Gasset.



Fonte: José Ortega y Gasset.  
commons.wikimedia

# REEXAMINANDO A FILOSOFIA DO DIREITO INTERNACIONAL DE RONALD DWORKIN: PODERIA O OURIÇO TER FEITO DE OUTRA MANEIRA?

*DR. THOMAS BUSTAMANTE*



Fonte: Hedgehog - Pintura numa rua da Itália. Bordalo II apud <https://streetartnews.net/2015/10/bordalo-ii-unveils-new-street.html>

## REEXAMINANDO A FILOSOFIA DO DIREITO INTERNACIONAL DE RONALD DWORKIN: PODERIA O OURIÇO TER FEITO DE OUTRA MANEIRA?

Thomas da Rosa de Bustamante<sup>1</sup>

6

**Resumo:** Este ensaio se debruçará sobre a questão de se o esforço de Dworkin para estender a sua teoria do direito doméstico para o campo do direito internacional teve êxito. Para responder, deve-se examinar não apenas as teses importantes que ele adota no ensaio póstumo “A New Philosophy for International Law”, mas também o seu último livro Justice for Hedgehogs. Sustentarei que a teoria do direito internacional de Dworkin está embasada em ao menos três premissas importantes que se situam no coração da sua imagem do direito e da moral como um “único sistema”: i) uma concepção não-metafísica de fatos morais; ii) uma visão otimista sobre a objetividade de juízos morais; e iii) uma perspectiva anti-naturalista sobre a verdade de proposições morais. Concluirei que a filosofia do direito internacional de Dworkin resiste aos seus críticos e que sem os princípios da mitigação e da saliência Dworkin não será capaz de oferecer um fundamento moral para as instituições internacionais.

**Palavras-chave:** Dworkin; filosofia do direito internacional; fundamento moral.

**Abstract:** I will examine in this essay Dworkin’s effort to extend his general theory of municipal law to the realm of international law. The

---

<sup>1</sup> O prof. Thomas Bustamante possui graduação em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora (2000), mestrado em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (2003) e doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (2007), com período de investigação na University of Edinburgh, Reino Unido, como bolsista da CAPES. Atualmente é Professor Adjunto da Universidade Federal de Minas Gerais, onde é membro do corpo docente permanente do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito. Foi docente (Lecturer) do corpo permanente da Universidade de Aberdeen, no Reino Unido, por dois anos completos (2008 a 2010) e Professor Adjunto da Universidade Federal de Juiz de Fora (de 2004 a 2008), onde exerceu a função de Chefe de Departamento. Coordenou de Projetos de Pesquisa financiados pelo CNPQ, pela FAPEMIG e pelo CNJ. É bolsista de Produtividade em Pesquisa do CNPQ - PQ-Nível 2. Foi também contemplado com recursos do programa Pesquisador Mineiro - PPM VIII (2014), da FAPEMIG. Realizou (de março de 2015 a fevereiro de 2016) estágio de pós-doutorado na USP, com bolsa da FAPESP. Tem publicações em português, inglês, francês e espanhol e experiência na área de Direito, com ênfase em Teoria do Direito, atuando principalmente nos seguintes temas: Teoria do Direito, Filosofia do Direito, Filosofia Política, Teorias da Argumentação Jurídica, Hermenêutica Jurídica, Direitos Fundamentais e Direito Constitucional. Conferir página do autor na SSRN: Social Science Research Network no endereço: [http://papers.ssrn.com/sol3/cf\\_dev/AbsByAuth.cfm?per\\_id=1470905](http://papers.ssrn.com/sol3/cf_dev/AbsByAuth.cfm?per_id=1470905)

question to answer is whether this effort is successful. One must not only look at the important assumptions he made in his posthumous essay “A New Philosophy for International Law” but also at his final book *Justice for Hedgehogs*. I argue that Dworkin’s theory of international law is premised on at least three important assumptions at the heart of his “one-system picture” of law and morality: i) a non-metaphysical conception of moral facts; ii) an optimistic view about the objectivity of moral judgments; and iii) an anti-naturalistic account of the truth of moral propositions. The conclusion I argue for is that Dworkin’s philosophy of international law resists its critics. Without these principles – mitigation and salience – Dworkin would be at pains to provide a moral foundation for international institutions. Indeed, without them his account would collapse into a metaphysical theory of natural law. Before we can find a ground for this conclusion, however, we must revisit the general features of Dworkin’s theory of international law.

**Key-words:** Dworkin; philosophy of international law; moral foundation.

## 1 INTRODUÇÃO

Este ensaio se debruçará sobre a questão de se o esforço de Dworkin para estender a sua teoria do direito doméstico para o campo do direito internacional teve êxito. Para responder, deve-se examinar não apenas as teses importantes que ele adota no ensaio póstumo “A New Philosophy for International Law”<sup>2</sup>, mas também o seu último livro *Justice for Hedgehogs*.<sup>3</sup> Apesar de muitas críticas terem sido desferidas contra a filosofia do direito internacional de Dworkin, esse ensaio enfocará especificamente nas críticas dos que sustentam, como Eric Scarffe recentemente fez,<sup>4</sup> que a nova perspectiva de Dworkin sobre a legitimidade do direito internacional é inconsistente com a ambição moral encontrada em sua filosofia do direito ou dos que descartam Dworkin, como o faz Thomas Christiano,<sup>5</sup> sem

---

<sup>2</sup>Agradeço a Ronaldo Macedo Jr., Alberto Amaral, Fabrício Polido e Igor Enríquez pelas discussões prévias e comentários específicos. A pesquisa que levou a esse artigo foi parcialmente financiada pelo CNPq, Processos 484975/2013-7 e 306253/2014-3. Este ensaio foi originalmente publicado em inglês na *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. 30, n. 2, 2017, pp. 259-286.

<sup>2</sup> Ronald Dworkin, “A New Philosophy for International Law” (2013) 41:1 *Phil & Public Affairs* 2.

<sup>3</sup> Ronald Dworkin, *Justice for Hedgehogs* (Belknap Press, 2011).

<sup>4</sup> Eric J Scarffe, “‘A New Philosophy for International Law’ and Dworkin’s Political Realism” (2016) 29: 1 *Can JL & Jur* 191.

<sup>5</sup> Thomas Christiano, “Ronald Dworkin, State Consent and Progressive Cosmopolitanism” in Wil Waluchow & Stefen Sciaraffa, eds, *The Legacy of Ronald Dworkin* (Oxford University Press, 2016) 49.

perceber a *conexão* entre as premissas apresentadas em sua teoria interpretativa do direito doméstico e as da sua nova teoria do direito internacional.

Sustentarei que a teoria do direito internacional de Dworkin está embasada em ao menos três premissas importantes que se situam no coração da sua imagem do direito e da moral como um “único sistema”: i) uma concepção não-metafísica de fatos morais; ii) uma visão otimista sobre a objetividade de juízos morais; e iii) uma perspectiva anti-naturalista sobre a verdade de proposições morais. Se essas premissas forem plausíveis, então a única maneira de justificar a autoridade do direito para Dworkin é por meio de uma interpretação holística que leve aos mesmos princípios que ele defende em sua filosofia do direito internacional. Esses dois princípios são – como será explicado – o dever dos estados de mitigar os riscos de sua própria soberania e o princípio da saliência. Concluirei que a filosofia do direito internacional de Dworkin resiste aos seus críticos e que sem os princípios da mitigação e da saliência Dworkin não será capaz de oferecer um fundamento moral para as instituições internacionais.

Com efeito, sem eles a sua perspectiva do direito internacional colapsaria na direção de uma teoria metafísica do direito natural. Antes de encontrarmos o fundamento dessa conclusão, no entanto, precisamos revisitar as características gerais da teoria de Dworkin sobre o direito internacional.

## 2 A FILOSOFIA DO DIREITO INTERNACIONAL DE DWORKIN

A filosofia do direito internacional de Dworkin deriva de sua insatisfação com a explicação doutrinária do direito internacional disponível para os defensores do positivismo jurídico. Ao considerar um conceito doutrinal de direito internacional, nós estamos preocupados não com a identificação do direito internacional enquanto categoria sociológica, mas com a “questão interpretativa” sobre “o que o direito internacional exige em matérias particulares.”<sup>6</sup> Uma das teses centrais de Dworkin é de que a resolução de qualquer caso jurídico depende de um argumento jusfilosófico sobre o propósito da prática do direito e sober a “melhor justificação de tal prática” à luz desse propósito. De acordo com Dworkin,

---

<sup>6</sup> Dworkin, “A New Philosophy”, *supra* note 1 at 5.

“qualquer argumento jurídico prático, não importa o quão detalhado de limitado, assume o tipo de fundamento abstrato que a teoria do direito oferece.”<sup>7</sup>

Para explicar a prática jurídica, uma teoria plausível do direito internacional enfrenta duas tarefas. Ela deve explicar as fontes do direito internacional e ao mesmo tempo expor os princípios abstratos que fornecem a justificção dessas fontes. Quanto à primeira tarefa, há pouca dúvida de que o positivismo jurídico pode prover uma explanação para as normas e instituições do direito internacional. Pode-se dizer, por exemplo, que os participantes na prática do direito internacional aceitam uma convenção como uma regra de reconhecimento segundo a qual tratados, costumes e outros materiais previstos no art. 38 (1) do Estatuto de Corte Internacional de Justiça funcionam como fontes do direito internacional.<sup>8</sup>

Uma questão mais difícil surge quanto tentamos responder à questão sobre os fundamentos dos critérios de validade que o positivismo fornece. De acordo com Dworkin, o argumento padrão do positivismo para a autoridade do direito internacional está baseado na ideia de *consentimento*. A razão para uma obrigação jurídica internacional é a asserção de que os estados “consentiram em se vincular por esse direito.”<sup>9</sup> Essa resposta é insatisfatória por diversas razões. Primeiramente, a ideia geral de consentimento não fornece nenhuma ordem de prioridade entre as “diferentes fontes que ela reconhece”; em segundo lugar, ela falha em explicar a existência de algumas regras de direito internacional, como as regras do *jus cogens*, que são vinculantes mesmo em relação aos estados que não consentiram com essas normas; e, em terceiro lugar, o princípio do consentimento é sub-determinado e falha em fornecer um standard “para decidir quantos estados devem aceitar uma prática como juridicamente exigível” antes de classificá-la como um costume.<sup>10</sup>

O desafio mais forte, no entanto, é a questão filosófica sobre o fundamento do próprio consentimento. Dworkin apresenta, aqui, o mesmo argumento que ele apresentou em outros escritos sobre o fundamento de nossa obrigação de cumprir nossas promessas. Ele crê que Hume é provavelmente o único filósofo moral que ofereceu uma resposta não circular sobre as obrigações que as promessas parecem gerar para um agente moral responsável. Se uma promessa é capaz de criar deveres para quem a faz, isso não é porque ela é considerada uma “fonte especial de um tipo distinto de dever moral”, mas apenas porque ela exerce “um papel

<sup>7</sup> Ronald Dworkin, *Law's Empire* (Belknap Press, 1986), p. 90.

<sup>8</sup> Ver Samantha Besson, “Theorizing the Sources of International Law” in Samantha Besson & John Tasioulas, eds, *The Philosophy of International Law* (Oxford University Press, 2010) 163; Jeremy Waldron, “International Law: ‘A Relatively Small and Unimportant’ Part of Jurisprudence?” in Luís Duarte D’Almeida, ed, *Reading HLA Hart’s ‘The Concept of Law’* (Hart, 2013) 378.

<sup>9</sup> Dworkin, “A New Philosophy”, *supra* note 1 at 6.

<sup>10</sup> *Ibid* at 6-8.

importante, mas não exclusivo, de fixar o âmbito de uma responsabilidade mais geral”, que é o dever de “não causar danos a outras pessoas primeiramente ao encorajá-las a esperar que nós atuemos de certa maneira e depois ao não atuarmos desse modo.”<sup>11</sup> O ato de prometer não é uma “prática auto-centrada que gera obrigações automaticamente, mas ao invés disso é parasitário em relação à obrigação mais geral de não causar danos em outrem.”<sup>12</sup>

Para Dworkin, o problema do consentimento não é que ele não pode ser aceito como um processo institucionalmente regulado para criação de novas normas no âmbito do direito internacional, mas que ele não é “nem um fundamento necessário nem um fundamento suficiente para a legitimidade” do direito internacional.<sup>13</sup> Para justificar a autoridade do direito internacional nós precisamos de uma teoria da legitimidade, e Dworkin acredita que essa teoria está localizada no terreno das assim chamadas “obrigações associativas”, que ele usou em seus escritos anteriores para fundamentar a legitimidade do direito doméstico. Para construir a sua teoria da legitimidade do direito internacional, Dworkin enuncia novamente a premissa na qual ele se baseou para desenvolver a legitimidade do direito doméstico, que é expressa da seguinte maneira: “nós identificamos o direito de uma comunidade ao perguntar quais regras os seus cidadãos ou oficiais têm o direito de demandar que sejam garantidas por suas instituições coercitivas sem qualquer decisão política coletiva adicional.”<sup>14</sup>

Uma das teses importantes de Dworkin é de que tribunais desempenham, pelo menos nas democracias contemporâneas, um papel proeminente na identificação do direito. É porque o direito é constitutivo de suas atividades que eles “têm a responsabilidade e o poder de aplicar coercitivamente direitos e obrigações mediante demanda.” Devemos “construir a nossa questão política básica”, portanto, da seguinte maneira: quais são os direitos e deveres que os tribunais têm a responsabilidade e o direito de aplicar coercitivamente?<sup>15</sup> De acordo com Dworkin, assim que conseguirmos responder essa questão nós teremos encontrado o conteúdo das leis legítimas em uma comunidade particular. Sem embargo, quando movemos o foco para o direito internacional esse teste não está mais disponível porque não há uma autoridade com jurisdição global para garantir os direitos e deveres que nós temos uns em relação aos outros no direito internacional. Dworkin apela, portanto, para uma ideia regulativa e nos convida a imaginar um tribunal com jurisdição universal com vistas a identificar os direitos que seria apropriado para esse tribunal garantir coercitivamente. Se nós pudermos identificar os direitos que essa corte hipotética poderia legitimamente aplicar

<sup>11</sup> Dworkin, *Justice for Hedgehogs*, *supra* note 2 at 304.

<sup>12</sup> *Ibid* at 310.

<sup>13</sup> Dworkin, “A New Philosophy”, *supra* note 1 at 11.

<sup>14</sup> *Ibid* at 12.

<sup>15</sup> *Ibid* at 14.

pela força, então nós teremos encontrado um princípio para a legitimidade do direito internacional.

A intuição central da resposta de Dworkin é de que a questão da legitimidade sobre o que justifica o poder político coercitivo surge não somente “dentro de cada estado soberano”, mas também “sobre o próprio sistema de direito internacional.”<sup>16</sup> Nas palavras de Dworkin, “esses princípios não são independentes, mas na verdade fazem parte do sistema coercitivo que cada um dos estados impõe sobre os seus cidadãos.”<sup>17</sup> Disso se segue um dever de cada estado de mitigar os efeitos da noção de soberania ao impor “constrições sob o seu próprio poder” e abandonar o modelo vestefaliano de soberania que ainda prevalece no direito internacional.<sup>18</sup> O primeiro passo para desenvolver uma nova filosofia do direito internacional seria aceitar que o dever dos estados de zelar pela sua própria legitimidade inclui “uma obrigação de cada estado de zelar pelo sistema geral” de instituições internacionais. Essa exigência, que Dworkin denomina de princípio da “mitigação”, fornece “a verdadeira base moral do direito internacional.”<sup>19</sup> Uma vez que esse princípio tenha sido estabelecido, Dworkin propõe um segundo princípio, denominado princípio da “saliência”, que funciona como um “princípio estruturante fundamental” para facilitar a aplicação prática do dever de mitigar. Dworkin define o princípio da saliência da seguinte maneira:

Se um número significativo de estados, compreendendo uma população significativa, desenvolveu e concordou com uma regra prática, seja por tratado ou por outra forma de coordenação, então os outros estados têm pelo menos um dever *prima facie* de subscrever à prática também, com a importante condição de que esse dever vale apenas se uma prática geral com esse efeito, expandida dessa maneira, for ampliar a legitimidade do estado subscritor e da ordem internacional como um todo.<sup>20</sup>

O núcleo da filosofia do direito internacional de Dworkin, portanto, é a tese de que esses dois princípios – o dever de mitigar e o princípio da saliência – fornecem os fundamentos para a legitimidade do direito internacional. Denominemos essa estratégia de estabelecer os fundamentos morais do direito internacional de “Tese da Ampliação da Legitimidade Estatal” (*State Legitimacy Enhancement Thesis*).<sup>21</sup>

<sup>16</sup> *Ibid* at 16-17.

<sup>17</sup> *Ibid*.

<sup>18</sup> *Ibid*.

<sup>19</sup> *Ibid*.

<sup>20</sup> *Ibid* at 19.

<sup>21</sup> Sigo a terminologia de Thomas Christiano ao me referir a ela dessa maneira. Ver *supra* nota 4, p. 53.

Apesar de eu acreditar que esses princípios são coerentes com a justificação do interpretativismo, entendido como uma teoria não-fundacionista do direito que sustenta que proposições jurídicas são construídas “pela prática jurídica e de dentro da prática jurídica”,<sup>22</sup> essa teoria da legitimidade do direito internacional enfrentou algumas críticas importantes não apenas por parte de autores que se opõem à teoria geral interpretativa de Dworkin, mas também por filósofos que podem ser simpáticos ao “Direito como integridade”. É com essa “crítica interna” que eu estarei preocupado nas seções remanescentes deste ensaio.

### 3 A Mitigação e a Saliência sob Ataque

Antes de Dworkin publicar o seu ensaio sobre direito internacional, alguns de seus simpatizantes levantaram dúvidas sobre se o interpretativismo poderia ser estendido para o território do direito internacional. Başak Çali denominou uma dessas objeções internas de “objeção da ausência de comunidade.”<sup>23</sup> De acordo com tal objeção, “o interpretativismo enquanto teoria do direito se baseia na própria existência de comunidade e, o que é mais importante, de uma comunidade que visa à igual consideração e respeito pelas vidas dos indivíduos.”<sup>24</sup>

O núcleo da ideia dworkiniana de “direito como integridade”, como sabemos, é a pretensão de que a consistência em termos de princípio é uma exigência para o sucesso na interpretação jurídica.<sup>25</sup> Mas o valor da integridade se aplica apenas a “um tipo específico de comunidade”, em que a igual consideração e respeito por indivíduos é o propósito

<sup>22</sup> Dworkin, *Law's Empire*, *supra* note 6 at 13.

<sup>23</sup> Başak Çali, “On Interpretivism and International Law” (2009) 20:3 EJIL 805. Essa não é, entretanto, a única objeção interna que Çali apresenta contra o interpretativismo no âmbito do direito internacional. Além dessa crítica, ele menciona a assim denominada objeção da “ausência de instituição coercitiva centralmente organizada”. Assumo, entretanto, para fins de argumentação, que Dworkin antecipou essa objeção no seu artigo e evitou o seu problema mais significativo quando ele especificou que está buscando um conceito “doutrinal” de direito internacional e que ele recorre à pressuposição hipotética de uma instituição centralizada com poderes coercitivos no âmbito do direito internacional com vistas a identificar o conteúdo das normas internacionais legítimas.

<sup>24</sup> *Ibid* at 817. De acordo com Çali, essa objeção pode ser compreendida de duas maneiras. Primeiro, pode-se arguir que as circunstâncias da interpretação construtiva estão ausentes no direito internacional, já que nós ainda não temos uma comunidade global de pessoas que compartilham uma atitude interpretativa em relação a essa prática e atribuem à prática um propósito comum em relação ao qual a prática seria sensível. Segundo, mesmo se essa objeção pudesse ser superada, o ideal de integridade exigiria o respeito por indivíduos, de modo que somente poderia ser alcançado em uma “única comunidade política”, ao invés de “múltiplas comunidades políticas.” *Ibid*, 818.

<sup>25</sup> Ver Dworkin, *Law's Empire*, *supra* nota 6, cap 6.

fundamental da associação política.<sup>26</sup> Acredito que essa é uma objeção importante à aplicação do interpretativismo no âmbito do direito internacional, e me alegro que Dworkin tenha – ao menos indiretamente – tentado contornar ou ao menos minimizar algumas de suas implicações práticas na sua filosofia do direito internacional. Com efeito, se o princípio dworkiniano da mitigação for válido, então os estados têm um dever não apenas em relação aos estranhos, mas também em relação a seus próprios cidadãos, de criar instituições internacionais para ampliar a legitimidade do direito internacional. Nenhum sistema jurídico doméstico pode ser legítimo se ele falhar em contribuir para construir uma associação legítima de estados em nível global.

Sem embargo, as críticas internas que Dworkin recebeu pela sua teoria do direito internacional, após a publicação de seu ensaio, seguiram um caminho bem diferente. Elas tendem a compartilhar uma ideia que é também bastante importante para Dworkin: de que a filosofia da moralidade política e dos direitos humanos implica uma concepção cosmopolita de dignidade e que essa concepção deve se encontrar na base do direito internacional. Sem embargo, eles criticam Dworkin porque eles pensam que a legitimidade do direito internacional deveria ser considerada como vinculante independentemente de quaisquer deveres que os estados tenham em relação aos seus próprios cidadãos. Discutiremos, nas seções seguintes, duas versões diferentes dessa objeção.

### ***a) A Acusação de Realismo Político***

Talvez a crítica mais radical dirigida contra a filosofia do direito internacional de Dworkin seja o argumento de Eric Scarffe de que a perspectiva moral de Dworkin sobre a juridicidade “parece estar obviamente ausente” na sua teoria do direito internacional.<sup>27</sup> Scarffe considera o princípio da mitigação de Dworkin “não um argumento de moralidade política, mas ao invés disso uma concessão atípica” ao realismo político.<sup>28</sup> Ao falar sobre o realismo político, Scarffe pretende descrever uma teoria amplamente defendida por juristas céticos e cientistas políticos que tendem a ser radicalmente pragmatistas, ao invés de defensores de uma leitura moral das fontes do direito. Uma perspectiva de realismo político amplamente aceita no direito internacional é a de Jack Goldsmith e Eric Posner, que acreditam que o direito internacional “emerge da busca pelo estado de políticas auto-

---

<sup>26</sup> Çali, *supra* nota 23, 817.

<sup>27</sup> Scarffe, *supra* note 3 at 198.

<sup>28</sup> *Ibid* at 202.

interessadas no âmbito internacional.”<sup>29</sup> A melhor explicação para o cumprimento ou descumprimento do direito internacional pelo estado, para eles, “não é de que os estados tenham internalizado o direito internacional, ou tenham o hábito de obedecê-lo, ou sejam atraídos por sua força moral, mas simplesmente que os estados atuam com base no auto-interesse.”<sup>30</sup> Quando Dworkin sustenta que os estados devem respeitar o direito internacional somente na medida em que ele amplie a sua própria legitimidade, a razão para a obrigação internacional não seria um argumento moral “até o final” (*all the way down*). Pelo contrário, seria um alinhamento com “o auto-interesse de um estado.”<sup>31</sup>

O valor da dignidade, na leitura de Scarffe, seria amplamente desconsiderado na filosofia do direito internacional de Dworkin: “ao invés de falar da dignidade como um valor ‘indivisível’ ou ‘inviolável’, como era o caso de trabalhos anteriores, aqui Dworkin a considera como um valor entre tantos outros.”<sup>32</sup> Ela já não é mais um “trunfo” que “se sobrepõe sobre todos os outros interesses estatais,, mas está subjugada aos valores de se ampliar a ordem mundial e a legitimidade política do próprio estado.”<sup>33</sup>

Uma vez que a obrigação do direito internacional é inteiramente derivada do dever do estado de incrementar “a sua própria legitimidade”, quaisquer outros valores (incluindo a “justiça”, a “dignidade humana” e a “moralidade política”) “não se estendem às relações entre o direito internacional e os estados.”<sup>34</sup> Interesses de estados, sustenta Scarffe, “reinem supremos, e a obrigação dos estados de ampliar a sua própria legitimidade é o valor nuclear em face do qual todos os outros valores gravitam e são interpretados.”<sup>35</sup>

Depois de atribuir essas consequências fatais à filosofia do direito internacional de Dworkin, Scarffe indaga por que essa teoria tomou uma direção tão inesperada, e chega a três explicações possíveis. Primeiramente, pode ter sido o caso de que a filosofia do direito internacional é simplesmente um desvio em relação a seus trabalhos anteriores e carece de consistência com a teoria geral do direito de Dworkin.<sup>36</sup> Em segundo lugar, Dworkin pode ter falhado em compreender uma assimetria entre o direito estatal e o direito internacional, que

---

<sup>29</sup> Jack L Goldsmith & Eric Posner, *The Limits of International Law* (Oxford University Press, 2005) at 13.

<sup>30</sup> *Ibid* at 225.

<sup>31</sup> Scarffe, *supra* note 3 at 203.

<sup>32</sup> *Ibid* at 204.

<sup>33</sup> *Ibid*.

<sup>34</sup> *Ibid* at 206.

<sup>35</sup> *Ibid*.

<sup>36</sup> *Ibid* at 206-07.

ele não capturou quando tentou estender a sua teoria do direito à arena internacional.<sup>37</sup> Finalmente, a teoria do direito internacional de Dworkin pode de fato ser uma aplicação possível de seus escritos anteriores ao campo do direito internacional, de modo que o realismo político de Dworkin é de fato uma consequência de um problema importante de consistência na filosofia do direito de Dworkin.

Esse artigo se foca na última explicação, ou seja, de que a filosofia do direito internacional de Dworkin é uma aplicação correta de seus escritos prévios. Nessa perspectiva, pode ser possível argumentar que o princípio da mitigação é estabelecido da mesma maneira que Dworkin derivou os deveres morais dos deveres éticos que nós temos em relação a nós mesmos. A ideia de dignidade, para Dworkin, compreende os princípios do “auto-respeito” – que é visto como um princípio ético segundo o qual cada pessoa deve levar a sério a sua própria vida –<sup>38</sup> e da “autenticidade” – que sustenta que “cada pessoa tem uma responsabilidade especial, pessoal de identificar o que conta como um sucesso em sua própria vida.”<sup>39</sup> Em face desses princípios, Dworkin fundamenta o seu argumento para derivar nossas responsabilidades morais em uma interpretação construtiva da asserção de Kant de que nós devemos tratar a humanidade como um fim em si mesma. Essa asserção, que Dworkin descreve como o “princípio da humanidade”, é compreendida da seguinte maneira:

Se o valor que você vê na sua vida for verdadeiramente objetivo, ele deve ser o valor da própria humanidade. Você deve encontrar o mesmo valor objetivo na vida de todas as pessoas. Você deve tratar a si mesmo como um fim em si mesmo e, portanto, em face do auto-respeito, você deve tratar a todas as pessoas como fins em si mesmos também.<sup>40</sup>

Quando compreendemos as fontes de nossas obrigações morais dessa maneira, se torna um passo pequeno pensar que podemos estender esse raciocínio para o território do direito internacional. Como atores internacionais, os estados “compartilham a mesma fonte de suas obrigações também: nomeadamente o interesse deles em ampliar a sua própria legitimidade.”<sup>41</sup> Faria sentido, portanto, dizer que uma vez que a legitimidade do estado “depende somente de como ele trata *os seus próprios* cidadãos, se segue que a obrigação de

---

<sup>37</sup> *Ibid* at 211-12.

<sup>38</sup> Ver Dworkin, *Justice for Hedgehogs*, *supra* note 2 at 203. Em outras palavras, o seu ponto é de que cada pessoa “deve aceitar que é uma questão importante que a sua vida seja uma realização exitosa ao invés de uma oportunidade perdida”.

<sup>39</sup> *Ibid* at 204.

<sup>40</sup> *Ibid* at 265.

<sup>41</sup> Scarffe, *supra* nota 3, 209.

ampliar a ordem internacional existe somente quando os seus cidadãos são diretamente afetados.”<sup>42</sup>

De acordo com Scarffe essa interpretação fracassa em prover um fundamento sólido para a filosofia do direito internacional de Dworkin porque ela meramente revela importantes questões de consistência na filosofia do direito de Dworkin. De um lado, não estaria claro “que fundamentos Dworkin tem para reivindicar que as obrigações morais de um estado em relação a seus próprios cidadãos são diferentes das suas obrigações em relação àqueles que não estão sob o seu domínio.”<sup>43</sup> De outro lado, Scarffe não está persuadido pela explicação da dignidade oferecida por Dworkin. Este teria falhado em estabelecer, com um argumento filosófico sólido, *por que* cidadãos têm o tipo de dignidade que ele está propondo, falhando por conseguinte em “fundamentar a sua compreensão da dignidade.”<sup>44</sup> Em resumo: “apesar de Dworkin dedicar incontáveis páginas para explicar o que significa respeitar [a dignidade de alguém], ele não fornece um argumento para explicar por que temos essa dignidade em primeiro lugar.”<sup>45</sup>

### ***b) O Argumento de Christiano para a Insuficiência da Legitimidade do Estado como Base para o Direito Internacional***

Thomas Christiano nos fornece um “modelo de associação equitativa” para a legitimidade das instituições internacionais. O modelo de associação equitativa, que antecede a teoria do direito internacional de Dworkin, é um intento de fundamentar a legitimidade do direito internacional em valores democráticos como os princípios da “igual proteção de interesses” e da “igualdade pública.”<sup>46</sup> No contexto do estado moderno, Christiano sustenta que “instituições democráticas são legítimas na medida em que e por que elas publicamente realizam a igual proteção dos interesses dos membros da sociedade.”<sup>47</sup> Sua proposta, simplificada, é estender esses dois valores democráticos abstratos ao direito internacional. Se isso for possível, então a legitimidade do direito internacional “deriva do

---

<sup>42</sup> *Ibid* at 209.

<sup>43</sup> *Ibid* at 210-11.

<sup>44</sup> *Ibid* at 211.

<sup>45</sup> *Ibid*.

<sup>46</sup> Thomas Christiano, “Democratic Legitimacy and International Institutions” in Samantha Besson & John Tasioulas, eds, *The Philosophy of International Law* (Oxford University Press, 2010) 119.

<sup>47</sup> *Ibid* at 121.

fato de que o sistema de direito e instituições internacionais é um sistema de associação voluntária entre estados.”<sup>48</sup>

Deve-se observar, no entanto, que Christiano é muito mais otimista do que Dworkin sobre a importância do consentimento nesse modelo associativo. Ele acredita que o modelo de associação voluntária “parece animar a visão tradicional de que o consentimento estatal é a principal fonte do direito internacional”, apesar de ele estar ciente de que há certas proposições do direito internacional que são válidas a despeito da falta de consentimento porque “elas sustentam um sistema de livre associação entre estados.”<sup>49</sup>

Apesar dessa ênfase no consentimento, há pontos de convergência interessantes entre o “modelo de associação equitativa” de Christiano e a filosofia do direito internacional de Dworkin. Uma conexão importante é que Christiano acredita que o “fundamento moral” do seu modelo “consiste na importância dos estados para a proteção dos interesses das pessoas.”<sup>50</sup> Quando, por exemplo, ele discorre sobre o *jus cogens* – que inclui normas contra o genocídio, a escravidão, a tortura, a discriminação racial etc. – ele pensa que elas não exigem consentimento porque “os estados que se engajam nessas práticas não podem ser tidos como representando os interesses dos seus membros, e portanto o propósito da associação voluntária parece estar claramente derrotado em casos que estados violam essas normas de *jus cogens*.”<sup>51</sup>

Eu considero esse modelo para a legitimidade de instituições internacionais compatível com a teoria da legitimidade estatal que Dworkin sustentou em sua filosofia do direito original. Quando Dworkin considera o direito estatal, sua perspectiva da legitimidade política pode ser resumida da seguinte maneira:

A melhor defesa da legitimidade política (...) pode ser encontrada não no terreno árido dos contratos e deveres de justiça ou obrigações de *fair play* que podem ser encontrados entre estranhos, onde os filósofos sempre acreditaram encontrá-la, mas no terreno mais fértil da fraternidade, da comunidade, e suas obrigações correlatas. A associação política, tal como a família ou a amizade e outras formas de associação mais locais e íntimas, está em si mesma repleta de obrigações.<sup>52</sup>

---

<sup>48</sup> *Ibid* at 122.

<sup>49</sup> *Ibid*.

<sup>50</sup> *Ibid* at 124.

<sup>51</sup> *Ibid*.

<sup>52</sup> Dworkin, *Law's Empire*, *supra* note 6 at 206.

Como podemos ver, Dworkin fundamenta a legitimidade em um modelo associativo que está baseado em valores democráticos bem similares aos de Christiano, e o dever de mitigar os efeitos da soberania parecem buscar uma associação de comunidades igualitárias e cooperativas muito semelhantes ao “modelo de associação equitativa” de Christiano.

O “modelo de associação equitativa” parece mais uma formidável réplica à “objeção da falta de comunidade” discutida por Çali<sup>53</sup> do que um argumento plausível contra os princípios dworkinianos da mitigação e da saliência no direito internacional. Sem embargo, apesar dessas importantes similaridades em suas concepções de legitimidade política, Christiano sustenta algumas preocupações em relação à concepção de Dworkin sobre o direito internacional. As objeções centrais são devidas a quatro preocupações quanto aos princípios da saliência e da mitigação.

A primeira preocupação de Christiano é de que não está claro porque “a saliência e a mitigação devem vir previstas essencialmente em tratados universais.”<sup>54</sup> De acordo com essa objeção, Dworkin não explicou porque regras internacionais em nível global estão melhor posicionadas do que tratados regionais como a Convenção Europeia de Direitos Humanos ou o Acordo Geral de Comércio e Tarifas (GATT) para ampliar a legitimidade dos estados signatários.

O segundo e mais danoso problema é que o dever dos estados de ampliar a sua própria legitimidade não seria um fundamento satisfatório para fundamentar a obrigação internacional de prevenir violações a direitos humanos que não ocorram em suas próprias fronteiras. Christiano acredita que o conceito de legitimidade de Dworkin se refere apenas a como o estado trata os seus próprios cidadãos, independentemente do que aconteça com as pessoas que não se colocam sob o domínio de sua autoridade política. Por via de consequência, a pretensão de Dworkin de que o princípio da mitigação pode fundar os princípios do *jus cogens* se adequa apenas de maneira imperfeita.

Para especificar essa segunda objeção, Christiano faz uma distinção entre uma versão “estrita” e outra “ampla” dos princípios da mitigação e da saliência. A primeira conectaria esses princípios somente com a “ampliação da legitimidade do estado”, ao passo que a última seria mais ambiciosa porque ela busca “superar os perigos dos estados soberanos para quaisquer valores morais.”<sup>55</sup> Um problema da visão de Dworkin, para Christiano, é que ela está concentrada somente na versão estreita, que é insuficiente para fundamentar os

---

<sup>53</sup> See *supra* note 23.

<sup>54</sup> Christiano, “State Consent”, *supra* note 4 at 57.

<sup>55</sup> *Ibid* at 56.

propósitos morais independentes da sociedade internacional “que todas as sociedades têm razões comuns para buscar.”<sup>56</sup> Apesar de o princípio da legitimidade estatal fornecer uma base sólida para avaliar se um estado está justificado em impor obrigações para os seus cidadãos, “ele não parece implicar nada para aquelas pessoas que se situam fora da sociedade.”<sup>57</sup> Ele falha em explicar, por exemplo, o dever dos estados europeus de subscrever a tratados de direitos humanos fora da Europa, “já que a aderência não aumenta a legitimidade desses estados.”<sup>58</sup> O verdadeiro fundamento moral do direito internacional, portanto, não pode ser capturado pelos princípios da saliência e da mitigação. Ele deve incluir, ao contrário, “preocupações morais além da legitimidade estatal”, que nos devem conduzir a um tipo diferente de associação política: “uma comunidade cosmopolita de pessoas que estão divididas em estados.”<sup>59</sup>

A terceira preocupação, que na realidade parece ser um caso especial da segunda, ao invés de uma preocupação independente, é que Dworkin exclui do âmbito das obrigações internacionais alguns problemas que são preocupações genuínas da comunidade internacional sob o modelo da associação equitativa, tais como os deveres de ampliar a riqueza e aliviar a pobreza mundial. Apesar de essas questões serem o objeto de regulações internacionais importantes, tais como a *United Nations Millenium Declaration*, elas recebem pouca atenção no artigo de Dworkin e não estão fundamentadas no conceito de legitimidade estatal que Dworkin adotou para dar sustentação aos dois princípios básicos do direito internacional.<sup>60</sup>

Finalmente, a quarta preocupação é de que a legitimidade do direito internacional parece se estender “significativamente além da tese da ampliação da legitimidade doméstica.”<sup>61</sup> Nós não podemos justificar a legitimidade do direito internacional sem a ideia de que as pessoas devem participar da produção do direito internacional. Mas essa ideia, para Christiano, “não parece em nenhuma medida envolver a ampliação da legitimidade doméstica.”<sup>62</sup> Devemos ser capazes de construir, ao invés disso, uma “comunidade política cosmopolita.”<sup>63</sup>

---

<sup>56</sup> *Ibid.*

<sup>57</sup> *Ibid* at 58.

<sup>58</sup> *Ibid.*

<sup>59</sup> *Ibid* at 59.

<sup>60</sup> *Ibid.*

<sup>61</sup> *Ibid.*

<sup>62</sup> *Ibid.*

<sup>63</sup> *Ibid.*

Como está provavelmente evidente, a fonte das preocupações de Christiano – com exceção da primeira – parece semelhante à objeção que Scarffe aduziu contra a filosofia do direito internacional de Dworkin.<sup>64</sup> Apesar de Christiano não compartilhar da visão de que Dworkin acaba adotando uma forma de realismo político, ele parece concordar com Scarffe ao atribuir a Dworkin uma tese que podemos denominar de “Tese da Indiferença”, que é a pretensão de que a autoridade política é um assunto puramente doméstico, de modo que um estado pode ser legítimo mesmo se ele não tiver nenhuma preocupação pelas pessoas que não estão sujeitas à sua autoridade política. É essa premissa que está na raiz das dificuldades mais importantes que os dois críticos encontraram na filosofia do direito internacional de Dworkin. Pretendo examinar, na seção seguinte, se os críticos estão corretos quando eles dizem que Dworkin precisa sustentar a tese da indiferença para poder dizer que os estados buscam ampliar a sua própria legitimidade quando eles se comprometem com o direito internacional.

#### **4 Uma Resposta Dworkiniana: Em busca de uma Concepção de Ouriço sobre a Legitimidade Política**

Nesta seção, sustentarei que a “tese da indiferença” está baseada em uma incompreensão das premissas filosóficas da concepção de Dworkin sobre a legitimidade política, e que se nós seguirmos consistentemente a teoria de Dworkin sobre os valores morais nós chegaremos a algo análogo aos princípios da saliência e da mitigação para prover um fundamento moral para o direito internacional. Se essa afirmação estiver correta, pode-se ainda discordar da filosofia do direito internacional de Dworkin, mas para tanto não se deve desafiar a derivação do princípio da mitigação do dever dos estados de ampliar a sua própria legitimidade. Ao contrário, deve-se demonstrar que essas premissas filosóficas – que se situam no núcleo do argumento da “unidade dos valores” – não são defensáveis e que a epistemologia integrada que Dworkin estabelece para compreender conceitos políticos não é uma teoria moral plausível.

##### ***a) A Ambição Filosófica do Ouriço***

---

<sup>64</sup> See above sect III 1.

Antes de prosseguirmos, devemos enunciar as pressuposições filosóficas básicas que subjazem à perspectiva de Dworkin sobre o direito e a moralidade. Uma de suas pretensões distintamente interpretativistas é de que o debate entre positivistas e jusnaturalistas permanece não resolvido porque ambos os lados assumem que uma questão relevante para a teoria do direito é se existem conexões necessárias entre direito e moral. Uma pressuposição crucial desse debate é de que “direito e moralidade são sistemas diferentes de normas e a questão crucial é como eles interagem.”<sup>65</sup> Enquanto positivistas sustentam que fatos sociais são os determinantes exclusivos do conteúdo do direito, ou, como argumentam positivistas includentes, que é ao menos possível imaginar um sistema jurídico baseado exclusivamente em fatos sociais, jusnaturalistas sustentam que há conexões necessárias entre direito e moral, seja porque alguns valores são necessariamente incorporados por qualquer sistema jurídico ou porque a autoridade do direito deve ser justificada por alguns princípios metafísicos básicos do direito natural.

De acordo com Dworkin, quando indagamos se há relações ou conexões entre direito e moral nós já estamos diante de uma imagem inadequada da natureza da legalidade porque “não há um ponto de vista neutro a partir do qual essas conexões entre esses sistemas alegadamente separados podem ser avaliadas.”<sup>66</sup> Devemos evitar, portanto, a premissa subjacente de que direito e moral são “dois domínios intelectuais diferentes.” Contrariamente a essa ideia, Dworkin acredita que é melhor tratar o direito como um departamento da moralidade, isto é, uma “parte da moralidade mais geralmente compreendida” cuja característica distintiva é que ela está preocupada com a ação das instituições.<sup>67</sup>

Ele entende o domínio dos valores – que inclui direito, política e moralidade – como um único domínio. A moralidade em geral teria uma sorte de “estrutura em árvore”, que funciona da seguinte maneira: “o direito é um ramo da moralidade política, que por sua vez é um ramo da moralidade pessoal mais geral, que por sua vez é um ramo de uma teoria ainda mais geral sobre o que é viver bem.”<sup>68</sup> Em seus escritos anteriores sobre teoria do direito, ele já parece antecipar esse ponto de um modo menos explícito, ao distinguir entre os “fundamentos” e a “força” do direito. Os fundamentos do direito são os determinantes da verdade de uma proposição jurídica. Eles são as proposições mais gerais que tornam uma proposição jurídica particular verdadeira ou falsa. A força do direito, por sua vez, é sua

---

<sup>65</sup> Dworkin, *Justice for Hedgehogs*, *supra* note 2 at 402.

<sup>66</sup> *Ibid* at 403.

<sup>67</sup> Ronald Dworkin, *Justice in Robes* (Belknap Press, 2006) at 34-35.

<sup>68</sup> Dworkin, *Justice for Hedgehogs*, *supra* note 2 at 5.

capacidade de obrigar, isto é, de criar obrigações e direitos que devem ser considerados moralmente vinculantes pelos membros da comunidade que ele pretende regular.

Quando essa distinção é assimilada, nós podemos ver a novidade do interpretativismo. O núcleo do interpretativismo é que ele não assume “nenhuma perspectiva moral prévia sobre os fundamentos e não deixa nenhuma questão residual sobre se as obrigações jurídicas têm força moral.”<sup>69</sup> Diferentemente das perspectivas dominantes na filosofia política, Dworkin acredita que nós devemos evitar uma teoria dos fundamentos do direito que não seja também uma teoria das obrigações políticas. Uma teoria do direito não deve adotar um teste para estabelecer a verdade de uma proposição jurídica que seja inteiramente independente de sua justificação moral. Tal teoria, para Dworkin, não pode se ajustar à prática jurídica porque “a argumentação jurídica ocorre em uma espécie de platô de consenso geral de que o direito existe e fornece uma justificação para o uso coletivo da força contra cidadãos individuais ou grupos.”<sup>70</sup>

Dworkin acredita que a visão do cidadão ordinário e do jurista prático – ou, mais geralmente, a visão de qualquer pessoa que participe de um debate sobre quais são os nossos direitos quais deveres temos uns contra os outros em uma comunidade política – é muito diferente da tradição filosófica dominante, que adota uma definição positivista de direito ao mesmo tempo em que assume que tal direito não é necessariamente obrigatório do ponto de vista moral. Sem embargo, ele sustenta que a razão está do lado da visão ordinária, e não da tradição filosófica. A clássica questão da filosofia política – sobre se há uma obrigação moral de obedecer ao direito – não é considerada como independente da questão de qual é o direito.<sup>71</sup>

Há um forte aspecto prático na concepção de Dworkin sobre o direito. Sua visão é de que nós geralmente usamos o conceito de direito de um modo justificatório. É esse propósito justificatório que diferencia o conceito *doutrinal* de direito – aquele com o qual devemos nos preocupar em um projeto jurídico-teórico – do conceito *criterial* que os sociólogos e historiadores podem aplicar. Nós usamos um conceito doutrinal de direito quando nós aduzimos uma pretensão “sobre o que o direito exige ou proíbe ou permite ou cria, e nós compartilhamos uma grande variedade de pressuposições sobre os tipos de argumentos que

<sup>69</sup> Nicos Stavropoulos, “Legal Interpretivism” in *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Summer 2014 Edition), Edward N Zalta, ed, online: <<https://plato.stanford.edu/archives/sum2014/entries/law-interpretivist/>>.

<sup>70</sup> Ronald Dworkin, *Law's Empire*, *supra* note 6 at 108-09.

<sup>71</sup> Na visão de Dworkin, “uma concepção de direito deve explicar como o que ela considera ser o direito provê uma justificação geral para o exercício do poder coercitivo pelo Estado.” *Ibid* at 190.

são relevantes na defesa dessas pretensões e sobre as consequências que se seguem quando essas pretensões são verdadeiras.”<sup>72</sup>

Consequentemente, Dworkin sustenta que o direito é “efetivamente integrado com a moralidade”, que “juristas e juízes são filósofos políticos trabalhando em um estado democrático.”<sup>73</sup> Não obstante, mesmo se o direito for concebido como ramo da moralidade, duas questões de significativa importância permanecem. Primeiro, qual é o aspecto distintivo do direito, que o torna um departamento especial da moralidade compreendida de modo geral? Segundo, como exatamente nós estabelecemos a conexão entre os diferentes ramos do campo valorativo?

Para responder à primeira questão, Dworkin acredita que o ponto distintivo do direito envolve a sua institucionalização. As ações de instituições tais como parlamentos, agências e oficiais podem mudar o conjunto geral de obrigações que nós temos em uma comunidade política. Sob direta influência de Dworkin, Mark Greenberg denominou o conjunto de “todas as obrigações morais, poderes, permissões, privilégios etc. que surgem em uma sociedade” como o “perfil moral” de tal sociedade.<sup>74</sup> Ao adotar ações moralmente significativas tais como promulgar leis, aplicar sanções ou decidir casos constitucionais, as instituições alteram o perfil moral da comunidade em que elas existem.<sup>75</sup> Nosso comprometimento com a democracia e os valores que subjazem ao Estado de Direito podem gerar obrigações para nós.

Como Dworkin explicou ao considerar o significado moral das convenções, nossas obrigações performativas e associativas – isto é, as obrigações que surgem de nossos atos ou de vínculos especiais que temos como membros de um grupo distinto – são “dramaticamente afetadas por fatos sociais.”<sup>76</sup> Quando uma instituição tal como um parlamento promulga uma

<sup>72</sup> Dworkin, *Justice in Robes*, *supra* note 67 at 2.

<sup>73</sup> Dworkin, *Justice for Hedgehogs*, *supra* note 2 at 414.

<sup>74</sup> Mark Greenberg, “The Standard Picture and its Discontents” in Leslie Green & Brian Leiter, eds, *Oxford Studies in Philosophy of Law, Vol 1* (Oxford University Press, 2011) 39 at 42.

<sup>75</sup> A perspectiva de Greenberg sobre a juridicidade é, no entanto, diferente da de Dworkin porque ela não está comprometida com o interpretativismo. As instituições podem alterar o conjunto de obrigações morais que temos em uma comunidade, e nós chamamos de “direito” o conjunto de obrigações que derivam da ação de tais instituições. Tal como Dworkin, Greenberg pensa que para fins de entender o conteúdo do direito nós devemos realizar um juízo moral sobre a ação das instituições. No entanto há uma diferença importante em relação à teoria do direito de Dworkin, já que Greenberg não sustenta o interpretativismo e pensa que os valores que devem constituir a base dos nossos juízos sobre os efeitos da ação das instituições são fatos morais que são metafisicamente básicos. De acordo com Dworkin, Greenberg precisaria então de uma teoria metafísica para explicar os fundamentos dos fatos morais básicos que nós usamos para determinar o significado da ação das instituições políticas. Ver Mark Greenberg, “The Moral Impact Theory of Law” (2014) *Yale LJ* 1288 at 1301.

<sup>76</sup> Dworkin, *Justice for Hedgehogs*, *supra* note 2 at 301.

lei, por exemplo, essa promulgação é um fato social que é constitutivo de uma obrigação jurídica. Mas o significado desse fato social, a despeito do que os positivistas dizem sobre ele, deve ser determinado por alguma outra coisa. Na verdade, ele é em parte o produto de um argumento moral. Essa é, para Dworkin, a principal diferença entre o positivismo e o interpretativismo: “o positivismo jurídico sustenta que tais atos históricos ou condutas são exclusivamente decisivos para decidir quais direitos jurídicos as pessoas têm”, enquanto o interpretativismo oferece uma resposta diferente, “na qual princípios de moralidade política também têm um papel a desempenhar.”<sup>77</sup>

A resposta à segunda questão, por sua vez, é a pressuposição filosófica mais profunda de Dworkin. E é também o argumento filosófico que fornece a conexão entre a legitimidade estatal e a legitimidade do direito internacional. O núcleo do argumento de Dworkin é enunciado na primeira página de *Justice for Hedgehogs*, onde ele faz referência à fábula tradicional do ouriço e da raposa com o fim de sustentar, contrariamente a Isaiah Berlin, que a filosofia moral deveria buscar a “unidade dos valores.”

A raposa sabe muitas coisas, mas o ouriço sabe uma coisa grandiosa. O valor é uma coisa grandiosa. A verdade sobre viver bem e ser bom e o que é maravilhoso não é somente coerente mas mutuamente fundante: o que nós pensamos sobre qualquer um desses deve resistir, eventualmente, a qualquer argumento que nós consideremos irresistível sobre o resto.<sup>78</sup>

Ele leva essa pretensão – de mútua dependência entre valores éticos e morais – a um degrau acima e sustenta que se nós quisermos reter nossa convicção ordinária de que nossos juízos sobre valores são defensáveis, nós devemos abrir mão da pressuposição meta-ética de que nós podemos ter “razões externas não morais para acreditar que nossas opiniões morais são valiosas.”<sup>79</sup> Nós devemos sustentar, ao contrário, que não há um ponto de vista neutro para prover um teste para os juízos de valor que fazemos. Não há nada análogo ao método científico para determinar o que conta como uma verdade moral.

Dworkin rejeita, portanto, a distinção filosófica usual entre juízos morais de primeira ordem e questões meta-éticas de segunda ordem. É por isso que, para ele, o realismo moral e o ceticismo externo são ambas posições filosóficas implausíveis. Elas estão equivocadas porque elas são o produto de nossas expectativas equivocadas sobre a independência da

---

<sup>77</sup> *Ibid* at 407.

<sup>78</sup> *Ibid* at 1.

<sup>79</sup> *Ibid* at 37.

metaética.<sup>80</sup> E há ainda uma pretensão ainda mais forte que Dworkin está erigindo sobre a natureza dos valores, que ele considera “a visão mais radical” que ele defende: “a independência metafísica do valor.”<sup>81</sup> Se nós acreditarmos na objetividade dos valores enquanto admitimos que a meta-ética é uma ilusão, então nossas teorias sobre a verdade moral são uma questão de argumentação moral. Nossas teorias são “buscadas dentro da moralidade”, pois elas “são elas próprias juízos morais.”<sup>82</sup>

Quando nós abirmos mão de buscar um teste não-moral para validar nossas proposições morais, que é a pressuposição nuclear da meta-ética, nós necessitamos de uma nova epistemologia moral. Ela deve ser “uma epistemologia integrada ao invés de arquimediana, e deve portanto ser ela própria uma teoria moral substantiva, de primeira ordem.”<sup>83</sup> Ao invés de um processo externo de verificação de nossas intuições morais, precisamos de uma epistemologia interpretativa baseada no valor da “integridade,” que é o “nervo” de nossa responsabilidade moral.<sup>84</sup> Nossos únicos acessos à verdade de uma proposição moral são a nossa convicção de que ela é verdadeira e os laços que essa proposição pode ter com outras verdades morais que nós já conhecemos. Quando quer que precisemos fornecer o fundamento das proposições morais que sustentamos, nós devemos reexaminar as “convicções morais não-estudadas” que nós temos desde o início de nossas vidas. Nós devemos interpretar as proposições que nós advogamos à luz de outros valores – normalmente mais abstratos – de uma maneira responsável. Nossa interpretação pretende costurar esses valores em conjunto. Devemos ser moralmente responsáveis, e fazemos isso “na extensão em que nossas várias interpretações concretas alcancem uma integridade geral de modo que cada uma delas suporte as demais em uma rede de valores que nós autenticamente abraçamos.”<sup>85</sup>

Como Jeremy Waldron explica, a pretensão de Dworkin é de que “todas as áreas do valor dependem uma da outra.”<sup>86</sup> De acordo com Waldron, isso é uma ambição holística respeitável, que está baseada na “recusa de repetir o pluralismo preguiçoso de, digamos, Isaiah Berlin – a raposa *par excellence*.”<sup>87</sup> Devemos louvar a atitude filosófica de Dworkin e

---

<sup>80</sup> *Ibid* at 67.

<sup>81</sup> *Ibid* at 9.

<sup>82</sup> *Ibid* at 10.

<sup>83</sup> *Ibid* at 100.

<sup>84</sup> *Ibid* at 101.

<sup>85</sup> *Ibid*.

<sup>86</sup> Jeremy Waldron, “Jurisprudence for Hedgehogs” (2013): New York University Public Law and Legal Theory Working Papers, Paper 417, online: <[http://lsr.nellco.org/nyu\\_plltwp/417](http://lsr.nellco.org/nyu_plltwp/417)> at 5.

<sup>87</sup> *Ibid* at 5.

rechaçar o pluralismo de valores “cuja expressão sentenciosa não é combinada com nenhuma curiosidade intelectual sobre possíveis conexões entre vários ideais.”<sup>88</sup>

Podemos observar, dessa reconstrução da epistemologia moral integrada de Dworkin, que a sua filosofia moral e jurídica está baseada em três pressuposições importantes que, se corretas, o deixam sem alternativa a não ser uma forma “circular” de interpretativismo. Primeiramente, Dworkin sustenta uma concepção não-fundacionista de valor. Ele crê que nós devemos buscar a verdade das proposições que nós sustentamos sobre os valores não no terreno árido da metafísica, mas no campo mundano dos argumentos que nós somos capazes de oferecer para justificar essas proposições. Em segundo lugar, ele sustenta uma concepção anti-naturalista da moralidade. Nós podemos deixar a questão sobre se Dworkin é um realista moral em aberto. Sem embargo, nós temos que observar que ele é um advogado intransigente da distinção de Hume entre “ser” e “dever”, e repete várias vezes a sua asserção de que não há nada no mundo natural que possa estabelecer a verdade de qualquer proposição sobre valores. Em terceiro lugar, ele está comprometido com uma defesa do objetivismo moral. Há, para ele, respostas verdadeiras sobre valores, e seria tolice negar esse fato evidente. Ele oferece um argumento indireto para essa afirmação. Apesar de ele não utilizar esse vocabulário, podemos dizer que um defensor do ceticismo externo – a tese abstrata de que não há respostas corretas sobre valores – teria necessariamente que cometer uma contradição performativa cada vez que ele defende alguma proposição sobre a moralidade ou a ética ou os valores políticos.<sup>89</sup> Se sou um cético externo, não posso mais afirmar qualquer proposição sobre a justiça. Não posso, por exemplo, participar de qualquer debate político sobre se a tributação progressiva ou o aborto ou o casamento homoafetivo ou o discurso de ódio é moralmente correto ou incorreto. De acordo com Dworkin, ninguém pode viver consistentemente como uma pessoa moral enquanto aceitar esse argumento filosófico implausível, de modo que todos nós temos que ao fim e ao cabo admitir que a objetividade dos valores é uma pressuposição implícita em nossos argumentos políticos.

---

<sup>88</sup> *Ibid.*

<sup>89</sup> Uma contradição performativa é uma forma de contradição lógica. É uma contradição entre uma asserção e as pressuposições implícitas para a verdade de tal asserção. Como Robert Alexy explica, “o caráter performativa resulta do fato de que apenas uma parte da contradição deriva do que é explicitamente enunciado ao se realizar” um ato de fala. Robert Alexy, “On the Thesis of a Necessary Connection between Law and Morality: Bulygin’s Critique” (2000) 13 *Ratio Juris* 138 at 141. Uma contradição pereformativa, portanto, é uma falácia porque “suas condições de sucesso não podem exitosamente se realizar.” See John R Searle & Daniel Vanderveken, *Foundations of Illocutionary Logic* (Cambridge University Press, 1985) at 151.

A tese da “unidade dos valores” aparece, por conseguinte, como a única alternativa razoável para a filosofia moral.<sup>90</sup> Se Dworkin está correto sobre essa tese e sua epistemologia integrativa, ele nos dá então o caminho para testar a sua própria tese sobre a legitimidade do direito internacional. É um caminho que parece similar àquele que ele adotara para fundamentar a nossa moralidade pessoal em nossos valores éticos, e depois os nossos valores políticos em nossa moralidade pessoal, e finalmente nossas instituições e nossos direitos políticos.

### ***b) A Tese da Indiferença e a Legitimidade Política***

Mais cedo neste ensaio eu mencionei uma das possibilidades que Scarffe considera à disposição para explicar porque Dworkin foi forçado a adotar a Tese da Ampliação da Legitimidade Estatal, que é ler essa tese como derivando dos dois princípios de dignidade – “auto-respeito” e “autenticidade” – que Dworkin sustentou em sua filosofia moral e jurídica tardia.<sup>91</sup> Se essa possibilidade for atraente, Dworkin será capaz de fundamentar obrigações internacionais da mesma maneira que ele fundamentou a nossa moralidade pessoal, ou seja, nos princípios da humanidade e do auto-respeito. As obrigações que a nossa comunidade assume na sociedade internacional estariam diretamente relacionadas ao dever que tal comunidade tem de proteger a dignidade de seus membros.

É dessa maneira que Dworkin define a “legitimidade” em sua filosofia política madura:

[Governos] podem ser legítimos se suas leis e políticas podem... razoavelmente ser interpretadas como reconhecendo que o destino de cada cidadão é de igual importância e que cada um tem a responsabilidade de criar a sua própria vida. Um governo pode ser legítimo, portanto, se ele busca realizar a completa dignidade de seus cidadãos mesmo quando ele segue uma concepção defeituosa sobre o que isso exige.<sup>92</sup>

Essa concepção não implica que uma pessoa pode esperar que os seus oficiais “irão sempre atuar de acordo com os princípios que ela considera corretos.”<sup>93</sup> Mas implica que essa pessoa *pode* sim esperar que seus oficiais “ajam segundo os princípios que eles próprios

---

<sup>90</sup> Dworkin, *Justice for Hedgehogs*, *supra* note 2 at 1.

<sup>91</sup> Ver acima, seção III-a.

<sup>92</sup> Dworkin, *Justice for Hedgehogs*, *supra* note 2 at 322.

<sup>93</sup> *Ibid* at 113.

endosseem.”<sup>94</sup> Quando quer que uma autoridade falhe em adotar essa atitude política nós nos sentimos traídos, já que autoridades políticas têm uma responsabilidade especial de proteger a dignidade e demonstrar igual respeito por cada um de seus concidadãos.<sup>95</sup>

Não obstante, há algo além na exigência de que um governo busque “a realização completa” da dignidade dos seus cidadãos. Dworkin extrai do princípio do auto-respeito um dever não apenas de tratar a nós mesmos como fins em nós mesmos, um dever mais geral de “tratar todas as outras pessoas como fins em si mesmos também.”<sup>96</sup> Algo semelhante pode ser dito sobre as obrigações das comunidades políticas no âmbito do direito internacional. Como Dworkin enuncia no que concerne ao dever de mitigar o conceito de soberania, um estado é “defeituoso em sua legitimidade quando ele não consegue proteger aqueles sobre os quais ele reivindica o monopólio da força de invasões e pilhagem de outras pessoas.”<sup>97</sup> Qualquer estado deve construir uma ordem internacional que seja capaz de assistir aos estados na proteção de seus povos contra tal tipo de violência, qualquer que seja a origem dessa violência.

Mas há algo ainda mais importante no argumento de Dworkin para explicar a fonte do direito internacional, que é o dever dos estados de ajudar os seus cidadãos a cumprirem a sua responsabilidade de proteger os direitos humanos de outras pessoas que podem não fazer parte da sua comunidade política. Não acredito que Dworkin poderia ter sido mais claro sobre essa obrigação, como podemos ler no seguinte excerto:

As pessoas em todas as partes do mundo acreditam que elas têm – e de fato elas têm – uma responsabilidade moral de proteger as pessoas em outras nações dos crimes de guerra, do genocídio e de outras violações de direitos humanos. Seus governos não cumprem esse dever de auxiliá-las a satisfazer suas responsabilidades morais quando ele sustenta definições de soberania que o impedem de interferir para prevenir esses crimes ou minimizar os seus efeitos desastrosos.<sup>98</sup>

A chave para entender as obrigações internacionais reside no dever que nosso governo tem de nos auxiliar a satisfazer as nossas próprias responsabilidades em relação às pessoas que podem sofrer danos com as nossas ações ou que nós podemos ter o dever de auxiliar em circunstâncias apropriadas. Se, por exemplo, nós, como pessoas ordinárias, podemos ser

---

<sup>94</sup> *Ibid.*

<sup>95</sup> *Ibid* at 113, 335.

<sup>96</sup> *Ibid* at 265.

<sup>97</sup> Dworkin, “A New Philosophy”, *supra* note 1 at 17.

<sup>98</sup> *Ibid* at 17 –18.

considerados detentores do dever de fazer o que estiver a nosso alcance para aliviar a pobreza extrema onde quer que ela ocorra, então o nosso estado não pode ser indiferente a esse dever moral. Nossa comunidade não pode reivindicar nossa adesão se ela fracassa em contribuir para desenvolver uma ordem internacional que nos ajude a satisfazer as responsabilidades morais que nossa adesão ao princípio da humanidade implica. Se nós não podemos ser indiferentes ao aquecimento global ou à extrema pobreza, então também não o pode nosso governo quando ele atue como uma comunidade que é constituída por nós e pretender ser autoritativa sobre nós.

Eu acredito que esse argumento fornece a resposta dworkiniana definitiva às objeções que nós analisamos nesse ensaio. Tendo em vista a metodologia interpretativa de Dworkin, ela é a única resposta disponível para estabelecer os fundamentos morais do direito internacional. A perspectiva do ouriço, que ele sugeriu em sua filosofia política de maturidade (a qual nos convida a buscar a unidade de nossos juízos sobre valores), não nos leva a qualquer outro lugar. Não é de se causar surpresa, portanto, que tanto Scarffe como Christiano tenham antecipado essa resposta, apesar de eles terem falhado, por diferentes razões, de perceber a sua força.

Scarffe, de um lado, pensa que essa integração interpretativa entre dignidade e a legitimidade internacional fracassa por duas razões. Primeiro, ela não oferece um fundamento sólido para a obrigação internacional dos estados uma vez que não está claro porque Dworkin acredita que um estado teria obrigações para seus cidadãos que não são extensíveis às pessoas fora de suas jurisdições. Segundo, a perspectiva de Dworkin sobre a dignidade é incompleta porque ela não tem uma base filosófica sólida: apesar de Dworkin fornecer uma explicação extensa sobre o que a dignidade enseja, ele falha em nos dar um argumento plausível para dizer porque nós temos esse tipo de dignidade.<sup>99</sup>

Christiano, por outro lado, pensa que o dever dos estados de tratarem as pessoas sob a sua autoridade com igual consideração não é um fundamento suficiente para a obrigação que a comunidade política pode ter para quem estiver fora da comunidade. A “qualidade” da associação no interior da comunidade não dependeria de nada que tal comunidade fizesse a estranhos que não são seus membros.<sup>100</sup> Ademais, Christiano também entende que se as pessoas em geral têm obrigações em relação às pessoas que vivem fora de suas comunidades, esse dever deveria estar baseado em fins morais independentes que são considerados suficientes para estabelecer obrigações internacionais. Para colocar a questão de maneira

---

<sup>99</sup> See *supra* at section III, b.

<sup>100</sup> Christiano, “State Consent”, *supra* note 4 at 60.

simples, a indagação correta deveria ser: “por que não ver as exigências normativas do direito internacional como diretamente fundadas nesses deveres?”<sup>101</sup>

Essas objeções, no entanto, desconsideram a epistemologia moral integrativa de Dworkin e implicitamente assumem que o interpretativismo é um processo metodológico fracassado. Elas são expressão típica da metodologia das “raposas”, ao invés de ouriços, e pressupõem a possibilidade de propósitos morais independentes que não estão relacionados com qualquer obrigação que os estados podem ter em relação a seus cidadãos. Scarffe parece exigir, por exemplo, um fundamento “independente” para a dignidade humana, ao passo que Christiano está buscando os “propósitos independentes” da sociedade internacional. Mas como poderiam esses valores morais independentes ser fundamentos se não há nada parecido com um teste metafísico que podemos aplicar para determinar a correção de normas morais? De onde esses propósitos morais viriam se Dworkin estivesse certo em sua pretensão filosófica de que nossas intuições metaéticas estão baseadas em um erro sobre a natureza de nossos argumentos morais?

Se a filosofia ética, moral, política e jurídica de Dworkin tem algum mérito, ele reside no seu holismo fecundo, que nos permite abandonar o labirinto de fórmulas metafísicas arbitrárias e, ao mesmo tempo, rejeitar as pressuposições contraditórias do ceticismo externo. A metodologia interpretativista de Dworkin é ao mesmo tempo anti-metafísica e objetivista, explicando nossas intuições morais sobre a objetividade dos valores enquanto também nos protege dos perigos do realismo moral metafísico. A pretensão mais geral de Dworkin sobre a moralidade política é de que não há propósitos morais independentes, e isso parece implicar que não há departamento no âmbito dos valores que possa ser considerado independente dos demais. Se nós não podemos explicar o nosso direito sem a nossa moralidade política, e se nós não podemos explicar nossas obrigações morais (tanto políticas quanto pessoais) sem nossos valores éticos, por que nós deveríamos considerar a legitimidade do direito internacional como independente da legitimidade do direito doméstico? Não seria preferível construir uma perspectiva da legitimidade internacional que seja coerente com nossas convicções sobre a legitimidade do próprio estado?

É provável que Scarffe e Christiano tenham respostas diferentes a essa questão. Scarffe, de um lado, provavelmente irá pensar que é natural buscar algum tipo de teste metafísico para fornecer o fundamento de nossos valores morais, já que ele não está satisfeito sequer com a descrição exhaustiva que Dworkin faz do conceito de dignidade em diversas páginas de *Justice for Hedgehogs*. Como já frisamos, Scarffe pensa que a filosofia moral de

---

<sup>101</sup> *Ibid.*

Dworkin é insatisfatória porque ele supõe que ela carece de uma explicação adequada de por que as pessoas têm a dignidade que Dworkin lhes atribui. Eu acredito que essa é uma preocupação sobre a capacidade da metodologia interpretativa circular de Dworkin para estabelecer a verdade dos dois princípios de dignidade que ele oferece. Na visão de Dworkin, já que não temos um ponto de vista externo arquimediano, de onde nós possamos aplicar um princípio meta-ético não-moral para avaliar qualquer julgamento moral particular, nós devemos iniciar nossos argumentos morais com as nossas convicções e testá-las à luz de todos os outros valores morais com os quais eles devam estar em coerência. A insatisfação de Scarffe com essa concepção de dignidade parece derivar de uma insatisfação muito mais geral com o interpretativismo de Dworkin. Essa é a única explicação, até onde consigo enxergar, para o fato de Scarffe querer uma explicação do fundamento de nossa dignidade que não seja também uma perspectiva sobre o que a dignidade implica.

Se estou correto sobre Scarffe, não causa surpresa que ele falhe em ver essa conexão entre a legitimidade estatal e a legitimidade das instituições internacionais. Instituições domésticas e internacionais, para ele, têm interesses conflitantes e a questão da legitimidade é considerada apenas um assunto de cada uma delas separadamente. A legitimidade estatal e a legitimidade internacional são assuntos completamente independentes.

Christiano, de outro lado, parece ser muito mais simpático em relação à ambição interpretativa de Dworkin, como podemos apreender dos aspectos mais fundamentais da sua filosofia política. Na discussão de Christiano sobre a autoridade da democracia, por exemplo, nós podemos observar muitos pontos que poderiam ser considerados comuns a Dworkin no que concerne à abordagem de princípios morais controvertidos.<sup>102</sup> Ao invés de buscar uma explicação metafísica para os conceitos morais que ele emprega em sua teoria democrática – que reivindica uma proteção pública e igualitária dos interesses de cada cidadão –, Christiano parece estar argumentando, na maior parte do tempo, do *ponto de vista interno*, de tal modo que sua perspectiva parece semelhante à perspectiva de Dworkin sobre a filosofia moral, política e jurídica. Ele tenta integrar esses valores com outros valores muito abstratos que nós consideramos fundamentais do ponto de vista moral, tais como a autonomia, a justiça e a igualdade política. Ao mesmo tempo, sua ambição de fundamentar a legitimidade de instituições internacionais em um “modelo associativo equitativo” parece ser tão interpretativa quanto o argumento de Dworkin de que nossos deveres morais derivam dos princípios éticos que nós adotamos e das responsabilidades que nós assumimos quando refletimos sobre como viver as nossas vidas. O modelo associativo equitativo para a

---

<sup>102</sup> See Thomas Christiano, *The Constitution of Inequality* (Oxford University Press, 2008).

legitimidade das instituições internacionais segue o mesmo caminho da doutrina de Dworkin sobre as obrigações associativas no direito doméstico. A “tese da indiferença”, portanto, parece ser muito mais problemática para Christiano do que é para Scarffe. Um defensor do modelo associativo equitativo de Christiano poderia indagar por que deveríamos construir uma perspectiva da legitimidade estatal que seja indiferente em relação a como esse estado age para com as pessoas na arena internacional.

Acredito que Christiano faz um movimento equivocado quanto ele considerou o conceito de legitimidade de modo superficial e sustentou que tal conceito é meramente uma exigência comunitária de tratar os membros de uma comunidade com igual consideração. Um problema dessa visão é que ela é unilateral e considera o estado como a única fonte de nossas obrigações em uma comunidade política. No modelo de Dworkin sobre as “obrigações associativas”, entretanto, a fonte de nossas obrigações políticas deriva das atitudes das próprias pessoas em relação aos seus concidadãos na pólis. Ela deriva, em outros termos, de nosso próprio reconhecimento de nossa importância recíproca enquanto pessoas morais, que se situa no núcleo da concepção de Dworkin sobre a dignidade.

Há pouca razão para supor que os “propósitos morais obrigatórios do direito internacional”, de Christiano, devam ser vislumbrados como independentes em relação à legitimidade dos estados para tomar parte na associação política no direito internacional.<sup>103</sup> De acordo com Christiano, dois desses propósitos morais independentes já foram reconhecidos pelo Artigo 1º da Carta das Nações Unidas: os propósitos da “preservação da segurança internacional” e da “proteção das pessoas contra violações sérias e amplas de direitos humanos.”<sup>104</sup> Os outros, por sua vez, são de “importância moral igualmente grande” e “devem ser buscados pelo sistema internacional.”<sup>105</sup> Eles consistem, segundo Christiano, em três deveres morais básicos: (i) o dever de evitar uma catástrofe ambiental global; (ii) o dever de aliviar a pobreza global severa; e (iii) o dever de estabelecer um sistema de comércio internacional justo e decente.<sup>106</sup>

Christiano está convencido de que esses propósitos morais obrigatórios estão entre os princípios básicos subjacentes ao direito internacional, e de que eles podem ser a fonte da obrigatoriedade do direito internacional mesmo quando um estado particular deixe de reconhecer sua importância ou dar o seu consentimento a um tratado que vise a implementá-

<sup>103</sup> Thomas Christiano, “The Legitimacy of International Institutions” in Andrei Marmor, ed, *The Routledge Companion to Philosophy of Law* (Routledge, 2012) 380 at 388.

<sup>104</sup> *Ibid.*

<sup>105</sup> *Ibid.*

<sup>106</sup> *Ibid* at 388-90.

los. Essa explicação parece assumir, de fato, o mesmo tipo de objetividade moral que se situa no núcleo do argumento de Dworkin sobre os valores no direito e na moralidade política. Ela não precisa assumir, de modo semelhante, que haja algum tipo de teste metafísico para fundamentar as nossas obrigações morais, e parece ser coerente com a visão de que sob as circunstâncias do desacordo moral nós devemos apelar a nossos argumentos para construir um argumento para as nossas visões morais e confiar nos nossos processos democráticos para resolver esses desacordos. Uma das virtudes do modelo de associação equitativa de Christiano é que ele não recorre a princípios obscuros de direito natural, e está ao contrário muito mais próximo da metodologia interpretativa para raciocinar sobre valores políticos. Ele é um modelo que se encaixa bem na ideia do ouriço sobre a unidade dos valores.

Parece ser inconsistente, portanto, simplesmente assumir, com base em uma leitura apressada, que a legitimidade nada tem a ver com os valores subjacentes ao direito internacional. O argumento de Dworkin, nesse ponto, parece elucidar alguns importantes deveres morais que nós temos que atribuir a cada estado que se reconhece como igual em relação aos outros no âmbito internacional. Mas para que ela tenha êxito ela deve ser interpretada da mesma maneira que Dworkin interpretou a nossa responsabilidade individual em relação a estranhos em nossa moralidade pessoal. A posição dos estados no direito internacional é análoga à posição dos agentes morais em relação a outras pessoas que não estão sob a sua autoridade e não possuem as obrigações associativas que são internas às comunidades especiais a que elas pertencem. Nós devemos considerar, portanto, que esses deveres parecem válidos para qualquer indivíduo, independentemente do estado ou associação política a que ele pertença. Se nós pudermos demonstrar que a tese da indiferença é inaceitável em nossa moralidade pessoal, então nós estaremos muito próximos de demonstrar que ela também é inaceitável para as associações políticas cuja tarefa é proteger a nossa dignidade.

### ***c) Assistência e Dano na Perspectiva de Dworkin sobre a Moralidade Pessoal e sobre o Direito Internacional***

Se a Tese da Ampliação da Legitimidade Estatal for correta, então as obrigações jurídicas internacionais derivam do dever dos estados de incrementar a dignidade de seus cidadãos. Incrementar a sua dignidade não é, para Dworkin, meramente protegê-las contra a agressão internacional ou garantir os seus próprios direitos humanos. É também, de modo importante, facilitar o seu cumprimento das responsabilidades morais devidas a todas as pessoas, incluindo aquelas que vivem fora de suas próprias comunidades políticas. Nós

devemos, portanto, integrar a moralidade pessoal com as obrigações internacionais dos estados.

Pretendo sustentar, nessa sub-seção, que a integração acima descrita pode ser alcançada ao se explorar a consideração de Dworkin sobre a importância da assistência e do dano em nossa moralidade pessoal.<sup>107</sup> Consideremos, inicialmente, o caso da assistência. Nosso dever de auxiliar estranhos nada tem a ver com nossas obrigações comunitárias ou associativas, já que nós não temos nenhum relacionamento especial com essas pessoas. Ele deve derivar, portanto, do princípio kantiano da humanidade, que exige que nós tratemos todas as vidas humanas como “de igual importância em relação à nossa própria vida.”<sup>108</sup> Dworkin acredita, sem embargo, que a compreensão de Kant desse dever está baseada em uma “interpretação ultra-exigente” do princípio da humanidade, que nos proíbe de ter quaisquer preferências entre pessoas e exige uma absoluta indiferença sobre quem resgatar ou auxiliar. Para utilizar um exemplo familiar, se eu tenho que decidir entre salvar a minha filha ou salvar dois estranhos, a interpretação de Kant não permite qualquer preferência por salvar a minha filha.

De acordo com Kant, para decidir como agir em relação a outras pessoas nós devemos raciocinar impessoalmente “sem atenção especial” em relação à nossa própria posição.<sup>109</sup> Dworkin iria argumentar que Kant está equivocado porque essa é uma “moralidade de abnegação”, que deveria ser substituída por uma “moralidade de auto-afirmação, e não anonimato”, ou seja “uma moralidade derivada de e direcionada para a nossa ambição soberana de viver bem com dignidade.”<sup>110</sup> Dworkin sustenta, portanto, que as asserções de Kant sobre o princípio da humanidade “são mais persuasivas quando compreendidas de modo interpretativo, conectando a ética à moralidade.”<sup>111</sup> Uma

---

<sup>107</sup> É interessante registrar, brevemente, a influência da filosofia política e moral de Thomas Nagel na tentativa de Dworkin de reconciliar o princípio kantiano da humanidade com nossas legítimas preferências no âmbito da ação moral. De acordo com Nagel, a ética e a moralidade (incluindo a moralidade política) devem ser entendidas “como surgindo de uma divisão em cada indivíduo entre dois pontos de vista, o pessoal e o impessoal”. Ver Thomas Nagel, *Equality and Impartiality* (Oxford University Press, 1990), 1. Como seres humanos, nós estamos naturalmente divididos entre nossas preferências e interesses, que constituem nosso ponto de vista pessoal, e nosso ponto de vista impessoal que se refere às “pretensões da coletividade” que nós somos capazes de reconhecer. “O ponto de vista impessoal de cada um de nós produz (...) uma demanda ponderosa por imparcialidade universal e igualdade, ao passo que nosso ponto de vista individual dá azo a motivos individualistas e exigências que se apresentam como obstáculos à realização de tais ideais” (*ibid* at 2). O maior desafio da filosofia política, nesta visão, é desenvolver uma forma de “integração razoável” entre esses dois pontos de vista, fornecendo dessa maneira uma teoria ética que acomode nossos legítimos interesses e os princípios morais universais que somos capazes de reconhecer.

<sup>108</sup> Dworkin, *Justice for Hedgehogs*, *supra* note 2 at 271.

<sup>109</sup> *Ibid* at 287.

<sup>110</sup> *Ibid*.

<sup>111</sup> *Ibid* at 272.

interpretação adequada de nosso dever de “tratar todas as pessoas como fins em si mesmos” deveria tomar em conta também o outro princípio da dignidade (o princípio do auto-respeito), que estabelece “nossa própria responsabilidade de tornar nossas vidas algo valioso.”<sup>112</sup>

Para harmonizar essas ideias aparentemente conflituosas nós devemos construir uma concepção desses valores que os leia conjuntamente como exigências realizáveis de uma vida moral. Apesar de nós devermos “tratar outras pessoas consistentemente com a nossa aceitação de que suas vidas são de igual importância objetiva em relação às nossas”, não é sempre o caso que falhar em auxiliar alguém é inconsistente com essa atitude.<sup>113</sup> De acordo com Dworkin, “eu posso legitimamente reconhecer a importância das vidas de outras pessoas sem necessariamente supor que eu tenho que subordinar a minha vida e os meus interesses a um interesse coletivo ou agregado de todas elas.”<sup>114</sup> Para utilizarmos um exemplo de Dworkin, eu não violo esse princípio de igual importância da vida humana só porque eu “dedico a minha vida a ajudar os meus filhos enquanto ignoro os seus.”<sup>115</sup> Eu posso reconhecer a igual importância dos direitos humanos mesmo quando eu recuso a fazer sacrifícios admiráveis.

Há, porém, um limite sobre “até onde eu posso consistentemente ignorar algo que eu reivindico ter um valor objetivo.”<sup>116</sup> Se eu estou escapando de um incêndio em uma galeria de arte e eu posso facilmente carregar comigo uma obra-prima sem atrair qualquer risco para mim mesmo ou outra pessoa, eu não posso deixá-la queimar e ao mesmo tempo insistir que eu reconheço um valor objetivo na arte. Do mesmo modo, se eu caminho e vejo uma criança se afogando em águas rasas e eu posso salvá-la sem me colocar em grande perigo, eu não posso mais reivindicar respeitar a humanidade se eu deixá-la à própria sorte. Quando, portanto, eu tenho o dever de agir? Dworkin sugere um teste geral baseado em três fatores para prover uma resposta a esses casos de resgate: (1) o dano sofrido pela vítima; (2) o custo em que o autor do resgate iria incorrer; (3) o grau de confrontação entre a vítima e o potencial autor do resgate.<sup>117</sup>

---

<sup>112</sup> *Ibid.*

<sup>113</sup> *Ibid* at 273--74.

<sup>114</sup> *Ibid.*

<sup>115</sup> *Ibid.*

<sup>116</sup> *Ibid.*

<sup>117</sup> *Ibid* at 275 – 84. Na visão de Dworkin há duas dimensões do fator denominado “confrontação”. A primeira é a particularização: “quanto mais claro é quem será ferido se não houver minha intervenção, mais forte será a conclusão de que eu tenho um dever de interferir”. O segundo é a proximidade:

Apesar de esses princípios terem sido concebidos para ações individuais, eles podem ser lidos como diretivas plausíveis para interpretar o dever do estado de prestar auxílio no direito internacional. Se um estado encontra o seu vizinho em grande perigo e está em uma posição confortável para auxiliar, mesmo que não tenha sido o responsável por causar esse perigo, seria difícil para tal estado permanecer indiferente sob circunstâncias razoáveis. O teste iria estabelecer que quanto maior for o perigo enfrentado pelos cidadãos do estado vizinho, maior o dever de se prestar auxílio. De modo semelhante, quanto menor for o risco que o estado assume ao ajudar, maior a probabilidade de que ele tem a obrigação de ajudar. Ademais, se nós pudermos individualizar as vítimas e elas se achem sob nosso alcance, então é mais provável que seja o caso de que tenhamos uma obrigação de atuar.

Há, porém, obrigações ainda mais fortes, quando se refere ao dano. Para entender nosso dever de não causar danos a outras pessoas, Dworkin distingue entre “o dano decorrente da mera competição” e o “dano deliberado”. Somente o último, de acordo com Dworkin, constitui uma quebra de nosso dever de não causar dano a outras pessoas. De acordo com Dworkin “ninguém poderia sequer começar a viver uma vida se o mero dano decorrente da competição estivesse proibido.”<sup>118</sup> Se você compete comigo e ganha, por um emprego, ou um amor ou uma casa, eu não posso reivindicar compensação pelo mero fato da minha derrota. Nós devemos viver nossas vidas, portanto, “na maior parte do tempo como nadadores em raias demarcadas.”<sup>119</sup> Eu devo cruzar a linha, às vezes, para te auxiliar se você está em perigo, mas eu nunca posso deliberadamente te ferir ou retardar para o fim de obter sucesso: “se nossa responsabilidade por nossas vidas for efetiva, nós devemos estar moralmente imunes ao dano deliberado de outrem.”<sup>120</sup>

Um dever similar pode ser estabelecido, se Dworkin estiver correto, para estados e instituições participantes do direito internacional. Apesar de os estados poderem competir por influência política ou mercados, por exemplo, eles não podem deliberadamente causar danos em outros estados para alcançar os seus objetivos – nem mesmo se o dano é mero efeito colateral de sua política econômica, militar ou ambiental. Se um estado fornece aos seus cidadãos uma vida confortável ao aumentar as emissões de gás que irão causar graves desastres naturais em outros estados, ele viola um dos propósitos morais do direito internacional. Se, do mesmo modo, um estado fornece maravilhosos serviços públicos, salários generosos, e benefícios sociais para os seus cidadãos com os lucros de um sistema

---

“quanto mais diretamente confrontado eu estiver com algum perigo ou necessidade, mais forte será a conclusão de que eu tenho um dever de ajudar” (*ibid*, 278).

<sup>118</sup> *Ibid* at 288.

<sup>119</sup> *Ibid*.

<sup>120</sup> *Ibid*.

financeiro não regulado que fornece uma morada segura para atividades ilegais como o terrorismo para além de suas fronteiras, ele não pode ser visto como agindo legitimamente, pois ele não está auxiliando os seus cidadãos a satisfazer às responsabilidades morais que a sua dignidade implica em relação às vítimas da política que eles, como nação, adotam.

A correta interpretação do conceito de legitimidade, para concluir, deve ser estabelecida à luz do valor fundamental da *dignidade*, dos princípios que fornecem a concepção correta de sua aplicação, e da sua relação com outros valores e obrigações morais que temos na esfera pública. Se a unidade dos valores for sustentável, então a ideia de legitimidade estatal implica o reconhecimento de propósitos e valores morais que valem para além das fronteiras da soberania territorial. Estados devem ser vistos como comunidades de pessoas, ao invés de instituições impessoais. Eles podem ser legítimos na medida em que eles façam avançar a dignidade de seus cidadãos, mas eles fracassam em fazer isso quando eles falham em cumprir com as obrigações que derivam dos propósitos obrigatórios do direito internacional. Os princípios da mitigação e da saliência, que Dworkin colocou no núcleo de sua filosofia do direito internacional, fornecem uma fundação importante para esses propósitos morais e um princípio interpretativo para todas as normas e instituições da prática jurídica internacional.

## 5 Uma Compreensão Interpretativa do Consentimento Estatal

Suponhamos que Dworkin esteja certo sobre sua epistemologia moral interpretativa e sobre o fundamento moral do direito internacional. Suponhamos que nós adotemos uma compreensão ampla do conceito de legitimidade e nós consigamos conectar a legitimidade estatal e a legitimidade das instituições internacionais, como Dworkin pretende fazer. Que lugar deveríamos deixar para o consentimento estatal? Eu acredito que esta é uma questão importante para qualquer tentativa de aplicar o interpretativismo no âmbito do direito internacional. O consentimento estatal é, hoje em dia, o processo por meio do qual a vasta maioria das obrigações jurídicas são assumidas, estendidas, modificadas ou extintas no direito internacional. Ele desempenha um papel que pode ser descrito como análogo ao processo legislativo democrático no direito doméstico. Nas circunstâncias de desacordo razoável, que é moeda corrente na política internacional, a existência de tal processo é uma exigência moral para a legitimidade de instituições. Nesse ponto, a filosofia do direito internacional de Dworkin é desafortunadamente silenciosa, mas isso não significa que não

podemos construir uma perspectiva interpretativa plausível sobre o papel do consentimento na prática jurídica internacional. Com efeito, acredito que essa é uma das áreas em que Christiano fez um excelente trabalho e construiu uma concepção de consentimento estatal que é consistente, ao menos em parte, com a metodologia integrativa de Dworkin para interpretar conceitos políticos.

Christiano concorda com Dworkin tanto no argumento de que o consentimento estatal é um conceito indeterminado, de modo que o direito internacional precisa de “outras instituições para preencher as lacunas que são deixadas em aberto pelos processos de formação de acordos”, e no argumento humeano de que o significado moral do consentimento deriva de outros princípios abstratos que o tornam um processo valioso. Isso não implica, porém, que o consentimento estatal não tenha um papel a desempenhar no processo internacional: “o papel do consentimento consiste em tornar possível experimentar diferentes maneiras de resolver os difíceis problemas da sociedade internacional e fazê-lo por meio de um processo que é responsivo (*accountable*) em relação às pessoas sujeitas a ele.”<sup>121</sup> Ademais, Christiano está correto ao sustentar que a oposição entre a mitigação e a saliência, de um lado, e o consentimento, de outro lado, é equivocada.<sup>122</sup> Essa conclusão está não apenas correta, mas é também profundamente coerente com o apelo do interpretativismo enquanto construção intelectual. Se nós devemos interpretar o direito internacional como uma associação equitativa de estados que consideram as vidas de seus cidadãos como de igual importância, então nós precisamos de um processo que sirva a esse ideal igualitário. A negociação interestatal e o consentimento podem ser “partes de um processo que respeite as pessoas como iguais no processo de tomada de decisões para a comunidade internacional”, que é o “análogo à democracia no processo de construção de decisões coletivas para sociedades domésticas.”<sup>123</sup>

Com base nos propósitos morais do direito internacional, Christiano corretamente acredita que o direito internacional “envolve a criação uma nova e distinta sociedade cosmopolita que deve ser avaliada segundo suas próprias normas especiais.” Em outras palavras, “nós criamos o direito internacional idealmente porque nós nos vemos como parte de uma comunidade mais ampla que está incompletamente estruturada.”<sup>124</sup> E nosso dever, portanto, vincular os nossos povos a normas que todos nós consideremos valiosas e justas. A questão é: como isso deve ser feito de modo legítimo? Ou, para colocar a questão nos termos

<sup>121</sup> Christiano, “State Consent”, *supra* note 4 at 61.

<sup>122</sup> *Ibid* at 60.

<sup>123</sup> *Ibid* at 62.

<sup>124</sup> *Ibid* at 62 – 63.

de Christiano: “quem deve moldar essas normas? Quem deve determinar as regras do comércio internacional, da migração, dos direitos humanos, da distribuição dos ônus e benefícios do direito ambiental, e da estrutura da sociedade coletiva?”<sup>125</sup>

Seria muito difícil responder a essas questões aqui. Seria também difícil de responder, por exemplo, se Christiano está correto quando ele diz que os estados deveriam buscar não apenas para tratados universais que reivindicam adesão global, mas também, com particular ênfase, para legislações regionais que possam comprometê-los com os seus vizinhos quando o consentimento global é ainda um fim inalcançável. Sem embargo, Christiano aduz um ponto importante quando ele ressalta que a política internacional está caracterizada pela indeterminação de seus propósitos e pelo amplo desacordo de seus membros. A única possibilidade de coordenação é por meio de um processo equitativo e respeitoso a esses fins constitucionais.

Parece ser possível, como Christiano sustenta, dizer que as normas do *jus cogens* e do *pacta sunt servanda* – talvez complementada por outros princípios como o da mitigação e da saliência, se Dworkin estiver correto – possam ser assimiladas a algo como a Constituição britânica, que não é anunciada em termos escritos.<sup>126</sup> Se essa interpretação estiver correta, então o consentimento estatal pode ser compreendido como “o modelo básico para a produção do direito ordinário em um sistema internacional que está vinculado a certas normas constitucionais.”<sup>127</sup> Se essa construção estiver correta, então podemos pensar, “de um ponto de vista moral”, que o consentimento estatal pode ser parte de uma concepção de legitimidade que constitui um “sistema moralmente vinculado de associação voluntária entre povos.”<sup>128</sup> Essa leitura parece, a mim, uma concepção interpretativa plausível do papel do consentimento no direito internacional, que está bem integrada na teoria de Dworkin sobre a legitimidade de instituições internacionais.

A mitigação e a saliência, portanto, deveriam ser interpretadas como parte das “normas constitucionais internacionais”, que podem ser apropriadas para estabelecer os limites do consentimento e as condições apropriadas para o seu valor moral, ao passo que o consentimento pode ser lido como o processo ordinário por meio do qual nós podemos negociar normas e regras quando tal negociação é moralmente admissível. Em outras palavras, nós não podemos tornar os propósitos morais obrigatórios e normas do direito internacional sempre dependentes do consentimento. Nem podemos, conseqüentemente,

---

<sup>125</sup> *Ibid* at 63.

<sup>126</sup> Christiano, “International Institutions”, *supra* note 103 at 388.

<sup>127</sup> *Ibid* at 388.

<sup>128</sup> *Ibid*.

dizer que o próprio consentimento seja a base moral do direito internacional. O papel do consentimento no direito internacional é um papel procedimental. Ainda assim, se considerarmos o consentimento um processo análogo à produção democrática do direito no direito municipal, o significado moral desse processo deve estar baseado em princípios, e pode muito bem ser o caso de que os princípios que Dworkin propôs em sua filosofia do direito internacional podem cumprir essa tarefa.

## 6 Conclusão

Minha conclusão é mais otimista do que a da maioria dos comentaristas da filosofia do direito internacional de Dworkin.<sup>129</sup> O intento de Dworkin de conectar a legitimidade estatal com a legitimidade das instituições internacionais é a única maneira disponível para a sua teoria sobre a legitimidade política e os fundamentos do direito, tendo em vista que o seu interpretativismo rejeita qualquer fundamentação metafísica para os propósitos morais obrigatórios do direito internacional. Se esses propósitos forem importantes e nos ajudarem a entender a legitimidade das instituições internacionais, eles devem, para Dworkin, ser estabelecidos interpretativamente.

A crítica de Scarffe segundo a qual a Tese da Ampliação da Legitimidade Estatal é uma concessão ao realismo político é mal fundamentada porque ele falha em dar suficiente peso ao interpretativismo de Dworkin. Scarffe compreende a legitimidade estatal como um assunto puramente doméstico porque ele não toma em conta todas as implicações da concepção de dignidade de Dworkin. O estado, para Dworkin, é uma associação de pessoas que buscam agir como uma comunidade em que cada membro reconhece a importância da dignidade de todos os outros, por conseguinte constituindo uma forma especial de associação em que os participantes têm obrigações associativas de igual respeito e consideração. Tendo em vista que o propósito do estado é proteger a dignidade de seus cidadãos, ele deve

---

<sup>129</sup> Além de Scarffe e Christiano, nós podemos mencionar dois trabalhos recentes que discutem o esforço de Dworkin para contribuir para a filosofia do direito internacional. Adam Chilton, de um lado, adota uma perspectiva realista e acusa Dworkin de atribuir uma prioridade injustificada para as preferências e interesses das instituições internacionais sobre as preferências domésticas de governos eleitos. Ver Adam Chilton, “A Reply to Dworkin’s Philosophy of International Law” (2013) 80 U Chicago L Rev Dialogue 105 at 110. Miodriag A. Jovanović, por outro lado, sustenta que Dworkin não considera algumas características importantes do direito internacional quando ele transplanta sua filosofia do direito para a ordem jurídica internacional. Dworkin estaria equivocado em pelo menos três pontos: 1) tratar os indivíduos como sujeitos primários do direito internacional; 2) enfatizar exageradamente as características vestefalianas do direito internacional contemporâneo; e 3) falhar em observar a recente fragmentação do direito internacional. Ver Miodriag A Jovanović, “Dworkin on International Law: Not Much of a Legacy?” (2015) 28:2 Can JL & Jur 443 at 453.

capacitá-los – mesmo quando eles coletivamente agem enquanto estado na sociedade internacional – a cumprirem suas responsabilidades pessoais em relação às pessoas que vivem fora das fronteiras de seus territórios.<sup>130</sup> A falha de Scarffe em ler Dworkin com o método interpretativo que fornece o fundamento de seu projeto filosófico fez com que ele esperasse algo que desde o início sabíamos que a filosofia de Dworkin nunca poderia oferecer: um fundamento metafísico para a dignidade humana e para o valor da legitimidade internacional.

A objeção de Christiano, por sua vez, está baseada em uma incompreensão do conceito de legitimidade de Dworkin, que o levou a pensar que a legitimidade estatal poderia ser independente da legitimidade internacional. A distinção de Christiano entre uma versão “estreita” e uma versão “ampla” dos princípios da mitigação e da saliência parece estar equivocada, já que nenhum estado pode ampliar a legitimidade de suas leis sem também “superar os perigos” de uma concepção vestefaliana do conceito de soberania. A legitimidade do estado depende, em parte, de sua capacidade de permitir aos seus cidadãos cumprir as suas responsabilidades em relação à humanidade, e os propósitos obrigatórios do direito internacional são também propósitos moralmente obrigatórios que o estado ou qualquer outra forma de associação política, seja real ou hipotética, tem o dever de buscar. A legitimidade do direito internacional não é algo que esteja além da legitimidade estatal, pois é sempre um dever de cada estado ampliar a legitimidade do direito internacional.

Ao levarmos a unidade dos valores a sério, nós devemos nos esforçar para encontrar as conexões entre nossos valores morais, incluindo os valores que definem nossa moralidade pessoal, e os princípios básicos de nossa moralidade política. Quando interpretada dessa maneira, a moralidade política é capaz de explicar a tentativa de Christiano de fundamentar a legitimidade das instituições políticas em um modelo de associação equitativa e fornecer uma compreensão interpretativa do valor do consentimento estatal no direito internacional. Se nos livrarmos das críticas pouco atraentes que Christiano faz contra a filosofia do direito internacional de Dworkin e lermos a sua própria teoria do direito internacional de modo interpretativo, podemos perceber que ela é uma contribuição maravilhosa para construir uma nova filosofia do direito internacional, que segue o mesmo caminho que Dworkin seguiu quando ele nos afastou da pressuposição equivocada de que o consentimento estatal é em si mesmo o fundamento moral básico do direito internacional.

---

<sup>130</sup> Em outras palavras, os Estados devem tratar as obrigações dos Estados como suas.

# PEQUENO ENSAIO SOBRE AS RELAÇÕES ENTRE A GUERRA E O DIREITO

*DR. LEONAM LIZIERO*



Fonte: O Jardim das Delícias Terrenas. Hieronymus Bosch (1480 – 1490) apud  
[webjornalistablog.wordpress.com](http://webjornalistablog.wordpress.com)

## PEQUENO ENSAIO SOBRE AS RELAÇÕES ENTRE A GUERRA E O DIREITO

### BRIEF ESSAY ON RELATIONS BETWEEN WAR AND RIGHT

Leonam Baesso da Silva Liziero\*

**Resumo:** O presente artigo pretende esboçar algumas considerações entre a guerra como movimento social humano e o Direito, ordenação criada pela racionalidade humana, com diversos fins, entre os principais, a proteção contra os males dos conflitos. Assim, inicialmente serão vistas algumas definições de guerra por autores como Clausewitz e Keegan. Posteriormente, será demonstrado como alguns autores clássicos trataram a guerra, com maior foco em considerações de Hobbes e Grotius. Por fim, verifica-se como princípios do direito de guerra no cenário internacional após 1945.

**Palavras-chave:** Guerra; Direito Internacional da Guerra; Grotius.

**Abstract:** This article aims to sketch some considerations between war as a human social movement and the Law, order created by human rationality, with several purposes, among the main ones, protection against the evils of conflicts. Thus, initially some definitions of war will be seen by authors like Clausewitz and Keegan. Subsequently, it will be demonstrated how some classical authors treated the war, with a greater focus on Hobbes and Grotius. Finally, it is verified as principles of the Law of war in the international scene after 1945.

**Keywords:** War; International Law of War; Grotius.

## 1 INTRODUÇÃO

“Podem-se comandar soldados, mandar que um deles se coloque diante de um canhão, em batalha, e ele saber que vão dispará-lo sobre ele: ainda assim, terá esperança”. (Fiódor Dostoiévski – O Idiota)

---

\* Pós-Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro - FND/UFRJ. Doutor e Mestre em Teoria e Filosofia do Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ. Professor da Universidade Castelo Branco – UCB e da Faculdade de São Lourenço - FSL. Advogado. Pesquisador do Laboratório de Estudos Teóricos e Analíticos sobre o Comportamento das Instituições - Letaci/PPGD/FND/UFRJ.

É possível dizer que o ser humano, enquanto ente biológico, tem necessidades básicas tais como ar, água, comida e calor. Sua parte social, contudo, conforme demonstra História, precisa saciar sua violência inerente em busca de lucro, segurança e reputação (aqui na concepção do pessimismo antropológico de Hobbes) e para tal, faz da guerra seu instrumento. Do mesmo modo, precisa do Direito para se proteger dela (novamente Hobbes se faz presente). Cada vez que não consegue resolver conflitos através do Direito e recorre ao uso da violência e enxerga o horror que decorre dela, percebe que o Direito é necessário para evitá-la. Cada vez que há uma guerra, ao fim desta os homens recorrem ao Direito para pôr termo ao conflito, com expectativas de permanência de paz e cooperação.

A História demonstra, em várias situações, como nações beligerantes recorrem ao Direito Internacional para o fim de uma guerra. Para solucionar um conflito ou para a imposição de condições ao vencido, no fim de uma guerra há necessidade de regulamentação daquela nova realidade trazida pelo conflito armado.

John Keegan, em sua ilustre obra, *Uma História da Guerra*, faz um profundo estudo sobre a razão dos homens conflitarem contra si mesmos. Seria possível conseguir definir em um só conceito a natureza da guerra? Keegan nos responde que não. A guerra precisa ser analisada sob muitos aspectos e em diversas épocas para entendermos o contexto necessário para determinada conduta humana. Principalmente, é possível ter uma visão abrangente da história da humanidade partindo de dois aspectos fundamentais para esta compreensão: *as formas de guerrear e a evolução da tecnologia bélica*.

O Direito Internacional promove a paz entre as diversas guerras; os tratados surgem como o resultado do empenho da diplomacia que consegue unir Estados antes em beligerância. Desde o princípio, quando o *Homo sapiens* despertou para a conquista do mundo e o arco foi inventado, houve a necessidade de se criar normas para regular a conduta de uns com outros. Porém é importante dizer que alguns casos de inconveniência eram resolvidos através do combate, quando estes limites impostos por estes mesmos homens eram violados.

Desde a pré-história, é possível perceber uma tendência humana ao conflito. O Direito, criação racional humana, procura pacificar estes conflitos de interesse, de modo a constituir um Estado que administra uma sociedade e que detêm unicamente o poder de violência – o que de fato ocorre com a modernidade política.

## **2 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A GUERRA (NO PRINCÍPIO ERA O ARCO)**

A guerra representa para o ser humano tudo aquilo que ele mais teme: destruição, caos e principalmente a morte. A guerra é feita pelos homens e contra os homens. Representou uma das causas pelas quais o próprio ser humano se tornou como é, tal qual a hipotética construção do homem no estado de natureza hobbesiano. Os homens do período Paleolítico procuravam sempre aprimorar suas armas, com o intuito de sempre se tornarem mais mortíferas contra seus inimigos. Sobre este conjunto de mudanças sucessivas, leciona John Keegan (2006, p.164-165):

Os homens do Paleolítico ainda não tinham inventado o arco. No início do Neolítico, há cerca de 10 mil anos, ocorreu ‘uma revolução na tecnologia das armas [...] quatro novas armas tremendamente poderosas entram em cena [...] o arco, a funda, a adaga e a clava’. As três últimas eram refinamentos de armas já existentes: a clava derivava do cacete, a adaga da ponta de lança e a funda, das bolas.

Porém, nenhuma arma deste período primitivo da humanidade foi tão importante quanto o arco. Ainda seguindo a lição de Keegan (2006, p.165), “o arco, no entanto, era uma verdadeira novidade. Ele pode ser considerado a primeira máquina, uma vez que utilizava partes móveis e transformava energia muscular em energia mecânica”.

Essa principal invenção humana do período primitivo, o arco, não era meramente um instrumento de caça: era uma potente arma que poderia ser usada contra outros homens com o fim de manter autoridade ou de destruição.

Entende-se que se há uma palavra-chave que explica a razão das sociedades criarem regras para a guerra seria a violência. O ser humano, ainda dentro da concepção hobbesiana, criou o Direito para se proteger de si próprio, proteger-se de seu mais profundo potencial: o de ser violento. O Estado, através do Direito, protege o

homem contra si próprio. Da mesma forma, a sociedade internacional deve utilizar o Direito Internacional para proteger os Estados e especificamente os indivíduos da guerra.

Esta tensão na política internacional que corresponde ao estado de natureza de Hobbes é chamado por Bull de *domestic analogy*. Segundo o autor, “no caso de Hobbes, para si mesmo e seus sucessores, a analogia interna toma a forma simples da asserção que Estados ou príncipes soberanos, como os indivíduos que vivem sem governo, estão em um estado de natureza que é um estado de guerra” (BULL, 2002, p.44, tradução nossa). Assim, os Estados soberanos se encontram em um constante cenário de conflito mútuo, que se apaziguam apenas com a instituição de um equivalente funcional a um contrato social entre eles de modo que possa garantir a segurança em comum.

Há inúmeros autores que procuram conceituar e dar um significado preciso para o que seria a guerra. Estas explicações podem ter um enfoque jurídico, político, sociológico ou histórico. Cada forma de se abordar a guerra resulta em conclusões diferentes, porém com a mesma essência: a violência.

Definir a guerra juridicamente é o que interessa ao Direito Internacional Público. Porém, para conseguir compreender melhor o tema, é preciso conhecer os demais aspectos para entender com mais profundidade e desta forma chegar a uma conclusão mais completa e profunda.

Em razão disto, é importante apresentar e comentar aqui algumas definições de autores clássicos e contemporâneos. Segundo Carl Von Clausewitz (1997, p.5): “a guerra por isso é um ato de violência com o intuito de compelir nossos oponentes a cumprir nossa vontade”.

Por este simples fragmento da obra de Clausewitz é possível perceber-se que a visão da guerra deste autor prussiano baseia-se no fato de um Estado realizar um ato violento contra outro, com o fim de sobrepujar o inimigo ao que o vencedor quiser. Assim, ao analisar a extensão de seus ensinamentos, a grande lição da doutrina clausewitiana seria que a guerra é a continuação da política. Desta forma, quando os Estados não chegam a um acordo por meios pacíficos para resolverem suas divergências, a guerra é a saída.

A lição de Clausewitz interpretada literalmente pode levar a conclusões perigosas, como afirma Keegan (2006, p.18), que após uma abordagem histórica extremamente complexa conclui que “a guerra precede o Estado, a diplomacia e estratégia por vários milênios”.

Não se pode negar a grande influência de Clausewitz para a formação intelectual bélica do final do século XIX à primeira metade do século XX. Influência tão forte esta que alguns juristas se baseiam na definição de guerra clausewitiana (não na teoria inteira) para conceituá-la.

O Direito sempre se preocupou em ter alguma relação com a guerra. Bobbio (2000, p.559) considera quatro tipos essenciais desta relação: “a guerra como meio de se estabelecer o Direito, a guerra como objeto de regulamentação jurídica, a guerra como fonte de Direito, a guerra como *antítese* do Direito”. Como se não fosse suficiente também, existe uma busca, da Antiguidade até os dias atuais pelo o que é a guerra justa, iniciando-se na filosofia e atingindo a Ciência Jurídica, passando por outras disciplinas.

O Yoram Dinstein, ao analisar a teoria de Oppenheim, chega à conclusão que há uma divisão entre a guerra no sentido técnico e no sentido material.

Guerra é a interação hostil entre dois ou mais Estados, seja num sentido técnico ou material. A guerra no sentido técnico é o status formal produzido por uma declaração de guerra. A guerra no sentido material é gerada pelo uso de força armada, que deve ser extensiva e realizada por pelo menos uma das partes do conflito (DINSTEIN, 2004, p.21).

Com todas as transformações da guerra ocorridas no Séc. XX, o entendimento mundial sobre o assunto se modificou. Houve no Séc. XX a terrível Primeira Guerra Mundial que só não foi mais mortífera que sua sucessora, vinte e um anos depois. O mundo se dividiu em duas ideologias ao mesmo tempo políticas e econômicas. E ainda se assistiu a proliferação de organizações internacionais para tornar o Direito Internacional mais efetivamente aplicável no mundo.

### **3 A GUERRA NO DIREITO DAS GENTES**

Os primeiros tratados dos quais se tem notícia na Antiguidade foram para regular matérias sobre compromissos de pacificação entre povos ou cessação de

hostilidades. Os seres humanos começaram a se organizar em grupos sociais independentes; como havia a existência de várias unidades políticas, líderes destas unidades (que podiam ir desde tribos até Estados antigos) começaram a se relacionar com outros soberanos principalmente em relação a hostilidades. Desta forma, estas relações entre unidades políticas começaram a serem regidas por costume que com o tempo evoluiu para direito costumeiro.

Não é possível dizer precisamente a partir de quando tiveram início os acordos entre diferentes povos. Nas palavras de Celso Mello (2001, p.43-44), “a origem de uma sociedade no meio internacional não pode ser fixada numa determinada data. A sua constituição coincide com a formação das primeiras coletividades organizadas”. Para compreender melhor como se deu este fenômeno do encontro da guerra com o Direito, necessário é então demonstrar como se deu este processo de positivação, bem como trazer a este ensaio um breve relato das ideias e pensamentos de alguns autores clássicos que muito contribuíram para a evolução do Direito Internacional que se tem hoje.

Uma das mais cruciais preocupações do Direito em relação à guerra diz respeito à justiça. Desde a Idade Antiga, juristas, filósofos e outros pensadores procuram definir o que é a guerra justa. A importância de se definir se determinada guerra era justa ou não era legalizar determinadas ações dos beligerantes, apoiando-se assim no Direito Natural.

A noção de justiça da guerra inexistia na Grécia Antiga. Em Roma, por sua vez, apenas algumas guerras eram consideradas justas. Na Idade Média a noção de justiça na guerra começou a tomar corpo. Santo Agostinho reconhecia que haveria justiça na guerra apenas se fosse acompanhada de uma justa causa.

É possível observar na noção de Providência para Santo Agostinho, na qual Deus tem o total controle de todas as situações. Esta concepção de que toda a história e determinada por Deus reflete diretamente em seu conceito de guerra. Neste sentido, menciona Santo Agostinho nesta passagem de *A Cidade de Deus*:

Quem quer observe um pouco as questões humanas e a nossa comum natureza reconhecerá comigo que, assim como não há quem não procure a alegria, também não há quem não queira possuir a paz. Realmente, mesmo quando alguém faz a guerra, mais não quer que vencer; portanto, é a uma paz gloriosa que pretende chegar, lutando. Na verdade, que mais é a vitória senão a sujeição dos que resistem? Logo que isto se tenha conseguido, será a paz. As

próprias guerras, portanto, são conduzidas tendo em vista a paz, mesmo por aqueles que se dedicam ao exercício da guerra, quer comandando quer combatendo. Donde se evidencia que a paz é o fim desejado da guerra. Efetivamente, todo homem procura a paz, mesmo fazendo a guerra; mas ninguém procura a guerra ao fazer a paz (SANTO AGOSTINHO, 1999, p. 1909).

Dessa forma, o que define a justeza em uma guerra é a motivação. A guerra tida como justa é a guerra declarada contra ações injustas, como reação a ofensas de inimigos. Além disso, a guerra deve ser declarada pelo príncipe, sob a autoridade do próprio Deus, para ser justa e legítima. Nesta passagem, é possível perceber a violência da guerra permitida para impor a justiça em nome de Deus:

A mesma autoridade divina estabeleceu, porém, certas exceções à proibição de matar alguém. Algumas vezes, seja como lei geral, seja por ordem temporária e particular, Deus ordena o homicídio. Ora, não é moralmente homicida quem deve à autoridade o encargo de matar, pois não passa de instrumento, como a espada que fere. Desse modo, não infringiu o preceito quem, por ordem de Deus, fez guerra ou, no exercício do poder público e segundo as leis, quer dizer, segundo a vontade da razão mais justa, puniu de morte criminosos (SANTO AGOSTINHO, 1999, p.51-52)

São Tomás de Aquino, por sua vez, ensinou que para que haja guerra justa, seriam necessários os seguintes requisitos: que fosse declarada por uma autoridade competente; deveria haver uma causa justa que motivasse a guerra; intenção correta nas hostilidades para promover o bem e evitar o mal.

Ao final da Idade Média, tem-se a guerra justa como um caráter de normalidade nas agressões, o que dá início a consolidação do pensamento ético na guerra. Conforme ensina Pádua Fernandes (2004, p.152):

A doutrina da guerra justa, já presente em Agostinho (354-430), foi sistematizada por Tomás de Aquino (1225-1274): para ser justa, a guerra deveria ser decretada pelo chefe político, ter uma causa justa e ser conduzida por uma intenção reta. Os requisitos para a guerra continuaram a ser objeto da reflexão em autores como Gentili (1552-1608) e Grotius (1583-1645).

Como houve desta forma o fortalecimento das soberanias dos Estados, os príncipes assim sempre se achavam embaçados pela justiça quando promoviam a guerra contra um inimigo. O conceito de guerra justa passou a depender de cada Estado.

Mesmo assim, grande parte das regras sobre o Direito de Guerra se desenvolveu como costumeiras ao longo dos séculos. Poucos tratados existiam regulamentando

esta matéria. O processo de positivação, aonde estas regras costumeiras começaram a se tornar normas convencionais entre os Estados teve início no século XIX. Porém, antes deste século houve inúmeros tratados expressivos.

Os principais tratados desde a Idade Antiga até a Idade Moderna regulamentavam o Direito de Guerra, geralmente colocando fim ao estado de beligerância. O principal dos tratados da Idade Moderna foi a Paz de Westphalia de 1648, que colocou término à Guerra dos Trinta Anos (1618-1648).

O caminho da guerra e do Direito se cruzam de maneira mais clara e definida no século XVII. Qual a imagem do século XVII para a história? Quando se fala em Séc. XVII, há a lembrança sempre de cem anos sem progresso para a humanidade. Guerras e desolação tomaram conta do continente europeu neste tempo. O século anterior, ou seja, o XVI, foi o século das grandes navegações, do renascimento, da corrida para um novo mundo de riquezas e maravilhas, e das revolucionárias invenções. Inclusive o século da Reforma Protestante.

O século posterior ao XVII, isto é, o XVIII, foi o “século das luzes”. O século do iluminismo, da Revolução Francesa, da Independência Americana, a decadência do absolutismo. O século da razão.

O Séc. XVII foi o século do surgimento do Direito Internacional clássico. Representa um grande avanço para o Direito como um todo, pois a partir de então, as relações interestatais que outrora inseguras, agora asseguradas e reguladas por um Direito comum a todos os Estados. Talvez, modestamente, pode-se expressar tudo aquilo que foi de importante para o Direito e para o Estado neste século no Tratado de Westphalia de 1648, assinados em Münster e Osnabrück respectivamente pelos beligerantes católicos e protestantes da Guerra dos Trinta Anos.

Para a formação do Direito Internacional, o Séc. XVII foi importantíssimo. Não se pode olvidar que dois dos maiores pensadores que influenciaram o Direito moderno viveram e escreveram suas principais obras neste século. São eles o holandês Hugo Grotius, com seu *Direito da Guerra e da Paz* (1625) e o inglês Tomas Hobbes, com *O Leviatã* (1651).

Embora tenham escrito teses com alguns posicionamentos contrários em relação às relações internacionais, como adiante será visto, algo em comum pode-se extrair de suas obras: A separação do Estado da Igreja Católica. O que de grande

modernidade traziam as obras destes dois ilustres filósofos é que os Estados não deveriam mais se submeter ao poder ideológico do Vaticano. Interessante observação a ser feita sobre isso: Enquanto Hobbes era católico, Grotius seguia o protestantismo.

Hobbes dizia que o reino de Deus era civil. O soberano deveria ser o chefe da Igreja, pois só ao soberano cabia decidir sobre quaisquer questões do Estado, já que este o poder desse *Leviatã* era supremo. Assim, sem disputas religiosas internas, o soberano conseguiria levar seu Estado a uma maior segurança, já que pelo menos nesse âmbito, não haveria a guerra (privada) de todos contra todos.

Essa noção fica evidente no conceito de Estado para Hobbes, que necessariamente está relacionado com a de segurança. Em *Do Cidadão*, no Capítulo V, Hobbes (2002, p.97) o define o Estado (*Civitas*) como: “uma pessoa cuja vontade, pelo pacto de muitos homens, há de ser recebida como sendo a vontade de todos eles; de modo que ela possa utilizar todo o poder e as faculdades de cada pessoa particular, para a preservação da paz e a defesa comum”. Posteriormente, o conceito é melhor desenvolvido em *Leviatã*: “uma pessoa de cujos atos uma grande multidão, mediante pactos recíprocos uns com os outros, foi instituída por cada um como autora, de modo a ela poder usar a força e os recursos de todos, da maneira que considerar conveniente, para assegurar a paz e defesa comum” (HOBBS, 1983, p.106).

Por sua vez, para Grotius, a competência da Igreja era servir de apoio espiritual nos Estados católicos. Não cabia ao Vaticano interferir nos assuntos políticos dos Estados, pois assim, nações católicas e protestantes poderiam viver em paz, sem a religião (aqui tanto o catolicismo quanto o protestantismo) instigar fundamentalismo nas relações internacionais. Será exposta neste mesmo item uma melhor explanação a respeito do pensamento de Grotius e seu reflexo na elaboração do Tratado de Westphalia, mas por hora, fica a sua ideia de solução pacífica das controversas.

Para Hobbes, o que poderia unir os soberanos e evitar a guerra é a desconfiança mútua entre eles. Só se relacionariam para evitar que um ataque o outro, estabelecendo limites. Porém Grotius via que os soberanos deveriam formar uma sociedade de valores comuns, onde propósitos comuns a todos deveriam ser obedecidos, para uma, pacífica convivência e assim compartilharem a lei natural, ressaltando-se aí a força do jusnaturalismo na formação do Direito Internacional. “Daí emana a obrigação geral de cultivar a justiça, respeitar os direitos dos demais

soberanos e observar escrupulosamente as regras pactuadas. Aquilo que se chama paz é o produto da subordinação de todos às leis da natureza” (MAGNOLI, 2008, p.14).

Nesse diapasão, o primordial fundamento do Direito Internacional para Grotius seria o equilíbrio de poder entre os Estados, representados por seus soberanos. Assim, seria produto da vontade absoluta dos Estados, pois as normas de Direito Internacional, na visão deste jurista, dependem do Direito Interno para ter validade.

Grotius defendia que a guerra era uma punição a todo aquele que violasse o Direito Natural. Desta forma, para este autor toda vez que um Estado infligisse alguma regra basilar do *jus gentium*, a guerra contra este Estado seria justa. Com isso, Grotius não condenava a guerra, porém defendia que era necessária existência de uma regulamentação a ser cumprida pelos Estados quando em beligerância (GROTIUS, 2007, p.15).

As primeiras sentenças do Tratado de Westphalia afirmam que a paz deve ser “cristã, universal, perpétua e que ela seja uma amizade verdadeira e sincera” (ROMANO, 2008, p.83) entre todas as partes. Deste modo, como imaginou Grotius, este tratado foi uma estabilidade conseguida pela confiança mútua entre as partes. Sem a interferência da Santa Sé no Tratado, a Paz de Westphalia era uma obrigação civil entre os governantes que eram simultaneamente como magistrados e partes. Assim se definiu que a partir dali, o Vaticano não seria mais o juiz entre desentendimentos intergovernamentais. Por isso, este tratado também significa o fim da participação da igreja nos assuntos políticos dos Estados, devendo o clero se limitar apenas às questões religiosas e espirituais.

Importante destacar que, segundo Burns, havia uma grande rivalidade política na época da Paz de Westphalia: “a Guerra dos Trinta Anos não pôs fim sequer, à rivalidade entre os Bourbons e os Habsburgos. Não se tratava mais de um conflito religioso, mas essencialmente de uma disputa entre as casas de Bourbon e de Habsburgo pelo continente europeu”. (BURNS,2004, p.538).

A obra de Grotius serviu de inspiração para nortear os princípios jurídicos a serem aclamados na composição do tratado de Westphalia, no qual o próprio Grotius começou a cuidar de algumas negociações preliminares, mas como morreu três anos antes, não participou da definitiva conclusão do acordo em 1648.

*O Direito da Guerra e da Paz* traz em seu âmago a defesa da dessacralização da guerra, mas a permitindo nos casos em que este conflito fosse amparado pela justiça, fundamentando-se no poder do Direito Natural. Assim, a guerra não deveria ser o primeiro modo dos soberanos resolverem suas diferenças, limitando assim o seu uso, porém a guerra seria legal quando fosse devidamente justificada e esteada pelo Direito Natural. Posição diferente da que o Direito Internacional tem hoje, com a ilegalidade da guerra como regra, reconhecendo sua juridicidade apenas nos casos de legítima defesa e autorização do Conselho de Segurança.

Mesmo havendo modificação do pensamento de Grotius para a da atual Sociedade Internacional, pode-se afirmar, porém, que foi um grande passo para a Humanidade, já que *O Direito da Guerra e da Paz* representa para muitos autores a obra inaugural do Direito Internacional, já que inovou a concepção jurídica dos Estados, formando um direito comum, racional e oficial entre eles.

Sobre isso, Grotius (2007, p.78), ao definir a relação entre o Direito Natural e a guerra, escreveu que “o Direito Natural nos é ditado pela reta razão que nos leva a conhecer que uma ação, dependendo se é ou não conforme a natureza racional, é afetada pela deformidade moral ou por necessidade moral e que, em decorrência, Deus, o autor da natureza, a proíbe ou a ordena”. Como defendia que o Direito deveria prevalecer sobre tudo, dizia também que “o Direito Natural é tão imutável que não pode ser mudado nem pelo próprio Deus. (...) na realidade não é o Direito Natural que muda, sendo imutável, mas é a coisa, a respeito da qual o Direito Natural estatuiu, que sofre mudança”. (GROTIUS, 2007, p.83).

Seguindo assim esse raciocínio de Grotius (2007, p.101), “sendo o objetivo da guerra assegurar a conservação da vida e do corpo, conservar ou adquirir as coisas úteis à existência, esse objetivo está em perfeita harmonia com os princípios primeiros da natureza”. Com isso, “o emprego da força, quando não viola os direitos dos outros não é injusto” (GROTIUS, 2007, p.103).

Vendo assim que a guerra deve ser aceita como forma de resolução dos conflitos quando necessária, o uso da força pelos Estados deveria ser regulado pelo Direito das Gentes. Concluindo a tese, Grotius (2007, p.108) explica que:

O Direito Natural, que pode ser chamado de jus gentium (direito das gentes), não desaprova toda espécie de guerra. [...] eu acredito [...] que é necessário,

por isso, entender que o jus gentium estabelecem certas formalidades para colocar em ação a via das armas que atribuem às guerras aceitas como tais efeitos particulares em virtude do jus gentium.

Com esta breve exposição do pensamento deste jurista holandês do século XVII, tem-se uma aceção da problemática da guerra justa sendo fundamentada pelo Direito Natural. Não obstante, mesmo a guerra não obedecendo ao formalismo do Direito das Gentes não é ilegal se a causa for justa. Como acima dito, este pensamento não representa a atual realidade, mas a influenciou com alguns princípios basilares que se transformaram conforme se transformou a Sociedade Internacional e os Estados.

A proposição de *O Direito da Guerra e da Paz* até então demonstrada serviu como inspiração para a formulação da Paz de Westphalia, tratado que representa um marco para a evolução do Direito Internacional. De acordo com Fábio Floh (2009, p.220):

Nesse momento observa-se não apenas a revisão da Ordem Internacional e dos parâmetros tradicionais das relações internacionais, mas também o estabelecimento de novas bases para o sistema de normas de Direito Internacional, ou seja, o surgimento de uma nova ordem jurídica, tal como proposto na obra clássica de H.Grotius, alguns anos antes da Paz de Vestfália.

Pode-se considerar a Paz de Westphalia como um dos instrumentos internacionais mais importantes de todos os tempos. Além de ser a forma jurídica da resolução da Guerra dos Trinta Anos, o tratado trazia em seu conteúdo a positivação dos princípios norteadores do Direito das Gentes, formando-se assim a Ciência Jurídica que regulamentava a relação entre Estados. Entre os princípios positivados no teor deste acordo, pode-se destacar: a dessacralização da guerra e a limitação ao seu uso; a valorização dos tratados, como instrumento capaz de criar normas que expressão a vontade convergente dos Estados; a instituição de um ordenamento jurídico internacional e o engrandecimento de uma Ciência Jurídica do “*Jus Gentium*”; a busca de meios pacíficos para a solução de conflitos, sempre valorizando a paz; a relatividade das partes, assim sendo, os efeitos da guerra devem atingir diretamente apenas os beligerantes, criando desta forma um estado de neutralidade aos não envolvidos; a elaboração de teorias que priorizasse o progresso da sociedade internacional como uma entidade compostas por Estados soberanos e; a instituição do Estado moderno, composto de uma ordem soberana que impera sobre o povo que vive

num delimitado território, reconhecido e acordado por outro Estado e também a separação definitiva da Igreja católica no poder político do Estado.

Este último princípio arrolado é o também conhecido *hujus regio, ejus religio*. Considerado não só um princípio de Direito Internacional como também da própria Ciência Jurídica como um todo, pois estabelece que em um território, sobre certo povo, uma única ordem jurídico-administrativa deve imperar, reconhecidos por sua vez mutuamente por todos os Estados. Sobre a grande importância deste tratado, Guido Soares (2002, p.29) observa que:

A denominada Paz de Vestfália consagraria a regra que passaria a ser conhecida em sua formulação detestável no latim cartorário da época: *hujus regio, ejus religio*, traduzindo, 'na região dele, a religião dele'. Na verdade, a regra de Vestfália nada mais quer significar do que: na região (leia-se território) sob império de um príncipe, esteja vigente unicamente uma ordem jurídica, sua ordem jurídica. (...) trata-se da definitiva consagração do princípio que passaria a dominar toda a concepção moderna sobre eficácia (existência e aplicabilidade) das normas dos sistemas jurídicos nacionais: a territorialidade do direito.

Os Tratados de Paz de Westfália tiveram o caráter de documentação da existência de um novo tipo de Estado, com a característica básica de unidade territorial dotada de um poder soberano (DALLARI, 2010, p.70).

O continente europeu se voltou para Viena em 1814 e 1815, após as Guerras Napoleônicas. Com a derrota de Napoleão Bonaparte, as grandes potências europeias da época se reuniram com o fim de estabelecer uma nova ordem jurídica aonde houvesse novamente uma busca pelo equilíbrio de poder. As cinco grandes potências eram a Grã-Bretanha, cujo principal representante era Castlereagh; a Áustria, representada por Matternich; a derrotada França representada por Talleyrand; a Prússia cujo plenipotenciário era Schwarzenberg; e a Rússia, representada pelo próprio czar Alexandre.

Após árdua negociação, em várias fases, e com dificuldades de interesses principalmente entre Áustria, Prússia e Rússia (principalmente em relação à vontade de Alexandre que a Polônia se tornasse um Estado-cliente do império russo), o Tratado foi assinado em 1815 pelos Cinco Grandes, além da Espanha, Portugal, Suécia e os diversos Estados menores da Confederação Germânica. Este tratado recebeu fortes influências do plano elaborado pelo Primeiro-ministro britânico William Pitt antes do

início do Congresso. “O plano Pitt [...] inspirava-se no método da Paz de Westfália, mas pela primeira vez na história, fazia do equilíbrio uma meta diplomática específica” (MAGNOLI, 2008, p.96-97).

Magnoli apresenta um cenário de onde pode-se perceber uma inovação do Congresso de Viena no Direito Internacional:

Pitt e Grenville rejeitavam a noção de uma “autoridade moral” protetora da paz na Europa – ainda mais que, na visão do czar, essa autoridade seria a própria Rússia. No lugar disso, imaginaram uma aliança permanente entre Grã-Bretanha, Rússia, Prússia e Áustria. (...) Na longa e difícil construção da paz, o plenipotenciário britânico (Castlereagh) representou o interesse geral, isto é, o princípio do equilíbrio. Pela primeira vez na história, este princípio, antes de ser um resultado das circunstâncias da guerra e da diplomacia, foi transformado em programa de política externa (MAGNOLI, 2008, p.97).

O Congresso de Viena estabeleceu assim uma nova ordem jurídica europeia que perdurou, com oscilações (principalmente com a Reunificação Alemã) até 1914, quando o cenário da mais terrível das guerras até então manchou de sangue novamente o solo da Europa.

Em uma convenção internacional com o propósito de regular alguma matéria bélica, os Estados participantes se comprometem, com fundamento do *pacta sunt servanda*, a reduzir parte de sua soberania em favor de um bem maior para a Sociedade Internacional: a proteção das nações e o repúdio à violência. Importante frisar-se que, o comprometimento dos Estados não é só uma questão de querer. É muito mais que isso. É necessário para a própria sobrevivência do Estado. Sem se relacionar internacionalmente, o Estado estaria condenado à ruína.

Há, a partir do século XX uma tendência de objetivação e institucionalização da Sociedade Internacional. Objetivação porque cada vez mais o Direito Internacional abandona a corrente Voluntarista, entendendo-se assim que a vontade do Estado não mais tão absoluta para as relações internacionais; e institucionalização pelo fato da crescente criação no século em questão das Organizações Internacionais.

Com as Organizações Internacionais, os Estados puderam chegar melhor às soluções pacíficas de suas controvérsias e garantir que seus interesses com outros Estados sejam melhores representados e assegurados.

Em 1919, tem-se a primeira tentativa de institucionalização através de uma Organização Internacional para regular e salvaguardar interesses dos signatários: A

Liga das Nações, idealizada pelo presidente Woodrow Wilson dos Estados Unidos da América, contida no Tratado de Versailes, após a Primeira Grande Guerra. Com os horrores sofridos com este conflito, Wilson procurou ter sucesso ao propor aos pactuantes de Versailes a criação da Liga das Nações, essencialmente com os objetivos descritos no parágrafo anterior. Não houve, porém o resultado almejado pelo presidente norte-americano e a Liga das Nações não teve êxito. Vinte anos após Versailes, a Segunda Grande Guerra teve início, causando muito mais destruição.

Ao exemplo de 1919, aproximando-se o término da Segunda Guerra Mundial, houve nova vontade dos Estados em instituir uma Organização Internacional que atuasse em âmbito geral. Melhor planejada que sua antecessora, a nova organização foi chamada de Nações Unidas, criada com o Tratado de São Francisco de 1945, sendo este a Carta da Organização das Nações Unidas (ONU).

A ONU, quando criada, era composta por seis órgãos principais, conforme previsão da Carta. São eles: A Assembleia Geral, o Conselho de Segurança, o Conselho Econômico e Social, o Conselho de Tutela, o Secretariado e a Corte Internacional de Justiça.

Dentre estes órgãos, o mais significativo é o Conselho de Segurança. Com suas atribuições previstas nos Capítulos V, VI, VII e XII da Carta da ONU, é o corpo responsável pela manutenção da paz e solução das controvérsias internacionais.

Antes, porém dos Estados chegarem a este estágio, houve durante a História muitos tratados importantes que procuraram tutelar o Direito de Guerra (*jus in bello*) e o direito à guerra (*jus ad bellum*). Com a evolução do Direito durante os séculos, as relações entre as nações (ou Estados propriamente ditos a partir do século XVII) passaram por um processo de positivação, aonde surgiu a necessidade de deixar por escrito os acordos realizados pelos soberanos, conferindo ao tratado legitimidade para uma das partes poder exigir uma determinada conduta do outro signatário, bem como obrigar-se a determinado comportamento previsto no teor do texto.

#### **4 PRINCÍPIOS DO DIREITO INTERNACIONAL DA GUERRA (UM COMPLICADO EQUILÍBRIO)**

Atualmente tem-se a regulamentação do Direito Internacional Bélico. Com a positivação, a maior importância a saber não é se a guerra é justa ou injusta, mas se é legal ou ilegal.

Com isso já se pode distinguir *jus ad bellum* de *jus in bello*. O *jus ad bellum* é o direito à guerra. Até o século XVI, o direito a pegar em armas contra outros era tanto do Estado quanto dos particulares. A partir de então, com o fortalecimento da soberania, foi entendido que apenas o Estado tem o direito de promover a guerra contra outro Estado.

A doutrina do direito de um Estado a promover guerra contra outro, encontra como um de seus maiores defensores em Clausewitz.

Com a ilegalidade da guerra entendida e determinada pela Organização das Nações Unidas, os Estados perderam o *jus ad bellum*, sendo que a força armada deve ser subordinada pelas determinações do Conselho de Segurança da ONU.

*Jus in bello*. são as normas que regulam a guerra. São paliçadas apenas quando os Estados se encontram em “estado de guerra” e apenas a estes. A partir do século XIX, as normas costumeiras sobre a guerra passaram a se tornar positivas por meio de tratados assinados por dois ou mais Estados.

Importante destacar as palavras de Viotti (2004, p.41) em virtude de tal tema:

A dicotomia entre os dois campos apenas ganhou corpo com o movimento no sentido de criminalizar o recurso às armas pelos Estados. Que inverteu a presunção de legalidade da guerra (*jus contra bellum*). Após a Segunda Guerra Mundial, era tão clara que, em seus primeiros dias, a Comissão de Direito Internacional (CDI) achou desnecessário incluir o *jus in bello* em seus esforços de codificação do direito costumeiro, em vista da proscrição geral do uso da força. Em tom otimista, a CDI concluiu que uma vez que a guerra foi proscrita, a regulação desta conduta deixou de ser relevante.

Então, sob a tutela do Direito Internacional Público, a guerra é regulamentada, de onde deriva a expressão usada para o conjunto de normas que imperam as ações dos beligerantes, o *jus in bello*. Assim, é possível declarar com firmeza que a atuação daqueles que são partes em uma guerra sofre limitações, limitações estas formuladas com base nos princípios gerais de Direito Internacional. Há, segundo a doutrina internacionalista, dois princípios que regem o direito bélico: (i) O princípio da necessidade, no qual não devem existir limitações à guerra. Assim sendo, em nome dos objetivos a serem alcançados, o beligerante pode utilizar qualquer meio que bem

entender para obter a vitória, não respeitando regramento algum; (ii) O princípio da humanidade, que ensina justamente que o beligerante deve se portar na guerra respeitando exatamente as leis para conflitos armados e tentar prejudicar minimamente o inimigo.

Interessante notar a herança de Clausewitz no princípio da necessidade, aproximando-se assim da ideia de “guerra absoluta”. De acordo com o Rodrigo Passos (2005, p.8), seguindo a doutrina de Clausewitz,

A trindade que caracterizaria a guerra real e completaria sua definição como fenômeno total, comportaria três componentes que expressariam suas tendências dominantes. O primeiro componente englobaria uma violência original, uma hostilidade e uma animosidade, considerados como um impulso natural ego, todos ligados ao povo. O segundo componente diria respeito ao jogo de probabilidades e do acaso que movem a livre alma criativa, que dependerá das características de seu comandante e de seu exército. Por fim, a subordinação da guerra à política e aos objetivos políticos, assunto de decisão exclusiva do governo de um Estado.

Vê-se assim que o princípio da humanidade é um limitador do princípio da necessidade.

Ao analisar estes dois princípios, pode-se notar que em cada um deles há tantos argumentos favoráveis quanto falhas. No princípio da necessidade, o Estado, como é esperado em uma guerra, precisa utilizar todos os meios necessários para não ser derrotado, guerreando para assegurar que o inimigo não destrua o ente soberano que o rege, não tome seu território e não destrua sua estrutura social. Desta forma, não importa se houver opróbrio no conflito. O mais interessante é ter bom êxito na guerra. O que há de extremamente negativo é justamente a negação à submissão que este princípio faz ao regramento bélico.

A existência de convenções, acordos e protocolos existentes para amenizar o uso da força de um Estado com a finalidade de proteger as vítimas inocentes que sempre tem suas vidas destroçadas de nada valeriam e assim, todos os esforços dos Estados civilizados em cuidar da vida humana em geral seriam em vão. Por sua vez, o princípio da humanidade tende em proteger as sociedades e dita que se houver um conflito armado, deve ser resolvido com o mínimo de destruição possível. Apesar das mentes civilizadas preconizarem este princípio, tem-se que admitir que é um tanto quanto utópico demais para a realidade prática de uma guerra, onde soldados feridos e famintos precisam, além de lutar pelo seu país, lutar por sua própria sobrevivência e

para garantir suas vidas, não importa o quanto de estrago causado. Por isso, ao examinar a aplicação do direito na guerra, é necessário fazer um equilíbrio entre estes dois princípios, sabendo que são simultâneos.

Como no direito interno, em que há aplicação de punição àquele que transgrede uma norma, o Direito Internacional Público possui sanções que visam prevenir contra uma infração às normas do *jus in bello*. São estas sanções as represálias, que podem ser entendidas como uma retaliação feita por Estados fora inicialmente do conflito que procuram coibir a agressão realizada pelo Estado que desrespeita os regramentos de guerra. Estas represálias levam a outras sanções, como a má imagem do Estado transgressor diante daqueles que se mantiveram neutros, dificuldade em algumas relações comerciais e ressarcimento de danos ao país que foi prejudicado pela infração ao *jus in bello*. O que é tema de maior debate é se as represálias são atos lícitos ou ilícitos diante o Direito Internacional. Os que defendem as represálias como ato lícito apoiam seu argumento no fato de que o Estado ao as utilizar, age em prol da Sociedade Internacional, já que é uma resposta a um delito no âmbito internacional. Por sua vez, os que consideram a represália como ilícita, observam que a ONU só admite o uso da força nos casos de legítima defesa.

Clausewitz (1997, p.333) considerava o recurso às armas um dos elementos essenciais da soberania do Estado: “esta ideia deve se aplicar a ambas as partes beligerantes, que a devem seguir, aonde não pode haver nenhuma suspensão em um ato militar, e a paz não pode ganhar espaço até uma ou outra das partes a que se diz respeito é derrubada”.

A negação das leis da guerra pelos beligerantes leva ao que, por uma influência de Clausewitz, é chamado de estado de guerra total. Na guerra total, os civis não são respeitados, os efeitos do conflito ultrapassam os territórios dos beligerantes e não distingue os envolvidos dos não envolvidos.

Com isso, vê-se que se há a negação de limites estabelecidos por atos jurídicos internacionais que deveriam ser respeitados por aqueles que se envolvem em hostilidades armadas, a guerra total é uma afronta ao Direito Internacional Público.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

“Haverá guerra. Portanto não podemos nos encolher para longe da guerra. Não podemos nos esconder de sua crueldade, de seu sangue, do fedor, da malignidade ou do júbilo, porque a guerra virá para nós, desejemos ou não. Guerra é destino e o destino é inexorável”. (Bernard Cornwell – A Canção da Espada)

Conforme visto, a guerra sempre preocupou a humanidade. Motivado pela guerra, o desenvolvimento de novas tecnologias surge. As primeiras ferramentas complexas humanas foram armas, desenvolvidas como um desafio intelectual do *homo sapiens* para garantir a sua própria sobrevivência num hostil planeta. Uma boa ilustração disto é a primeira parte de *2001: Uma Odisseia no Espaço*, filme de Stanley Kubrick. O primata descobre o osso como uma ferramenta de concussão e logo o grupo que aprende a utilizar domina o outro. E em um momento posterior, se proteger de si mesmo.

A criação do Estado nada mais foi que um reflexo intelectual da efetivação do instinto da proteção humana. O agrupamento de homens subjugados a uma autoridade é consequência da necessidade de sua incessante busca pela sobrevivência (à luz de uma concepção hobbesiana). Desde as ilustres *polis* gregas, poderosos impérios persa e egípcio, aos rudes clãs celtas das *highlands*, encontramos alguma forma, por mais diversas que sejam, de organização da sociedade sob alguma autoridade que emanava normas de conduta.

As guerras eram uma forma comum de se resolver as divergências mais graves entre estes grupos, fossem eles reinos, impérios, baronatos ou mesmo tribos rudimentares. Apesar de constante preocupação da relação entre Direito e guerra, somente se estabeleceu um verdadeiro Direito entre estes povos, a ser efetivamente respeitado, com a Paz de Westphalia de 1648, colocando termo à Guerra dos Trinta Anos.

Tal tratado, cujos termos foram muito influenciados pela obra de Grotius, conforme muitos internacionalistas, inicia efetivamente o Direito Internacional. A partir de então, há juridicamente o reconhecimento dos elementos do Estado moderno. Houve também a dessacralização da guerra, que segundo o entendimento da época, seria legítima apenas se sua causa fosse justa, sendo ora, o Direito Natural do Estado ao *jus ad bellum*, respeitando, porém, certas condutas a serem respeitadas durante a guerra, ou seja o *jus in bello*. Criou-se então um questionamento em saber quando a guerra seria justa ou não. Este cenário se modificou gradativamente com alguns marcos históricos, como o Congresso de Viena de 1815 e o Tratado de Versailles de 1919, chegando ao fim do *jus ad bellum* com a Carta da ONU de 1945.

Com a entrada em vigor da Carta da ONU, em 24 de outubro de 1945, inaugura-se uma nova ordem jurídica mundial, baseada na solução pacífica das controvérsias, proibindo-se assim o uso da força nas relações internacionais, cabendo apenas ao órgão mais importante da ONU, o Conselho de Segurança, determinar quando o uso da força seria legítimo ou não e apenas quando houvesse a ruptura provocada por algum Estado da paz e segurança internacionais. Seria a Carta da ONU, com este propósito uma concretização da paz perpétua kantiana? É uma questão para reflexões. É importante, todavia, não olvidar que a Carta foi resultado de alguns anteriores acordos entre os prováveis e concretos vencedores da Segunda Guerra Mundial, refletindo seus interesses.

## REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral da Política*. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

BULL, Hedley. *The Anarchical Society: A Study of Order in World Politics*. 3 ed. New York: Palgrave, 2002.

BURNS, Edward McNall. *História da Civilização Ocidental*. São Paulo: Editora Globo, 2004.

CLAUSEWITZ, Carl von. *On War*. Ware: Wordsworth, 1997.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2007.

DINSTEIN, Yoram. *Guerra, Agressão e Legítima Defesa*. 3 ed. Tradução de Mauro Raposo de Mello. Barueri: Manole, 2004.

FERNANDES, Antônio de Pádua. A Fundação Ética do Direito Internacional em Kant: À Paz Perpétua. *Prisma Jurídico*. v. 3, p.149-166, 2004.

GROTIUS, Hugo. *O Direito da Guerra e da Paz*. Tradução de Ciro Mioranza. 2ª ed. Ijuí: Unijuí, 2006. 2 v.

HOBBS, Thomas. *Do Cidadão*. Trad. Renato Janine Ribeiro. São Paulo: Saraiva, 2002.

\_\_\_\_\_. *Leviatã*. Tradução de João Paulo Monteiro. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

KEEGAN, John. *Uma História da Guerra*. Trad. Pedro Maia Soares. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

MAGNOLI, Demétrio. Congresso de Viena (1814-1815). In: MAGNOLI, Demétrio (org.). *História da Paz*. São Paulo: Contexto, 2008.

\_\_\_\_\_. Introdução: Além de Hobbes. In: MAGNOLI, Demétrio (org.). *História da Paz*. São Paulo: Contexto, 2008.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 13ªed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

PASSOS, Rodrigo Duarte dos. Clausewitz e a política – uma leitura de Da guerra. Tese (doutorado em Ciência Política), FFLCH-USP. São Paulo, 2005.

ROMANO, Roberto. Paz da Westfália (1648). In: MAGNOLI, Demétrio (org.). *História da Paz*. São Paulo: Contexto, 2008.

SANTO AGOSTINHO. *A Cidade de Deus*. Petrópolis: Vozes, 1999.

SOARES, Guido F.S. *Curso de Direito Internacional Público*. São Paulo: Atlas, 2002.

VIOTTI, Aurélio Romanini de Abranches. *Ações Humanitárias do Conselho de Segurança: entre a Cruz Vermelha e Clausewitz*. Brasília: Funag, 2004.

# TRANSCONSTITUCIONALISMO E LEX DIGITALIS

*BRUNA PINOTTI GARCIA OLIVEIRA*



Fonte: Paulo Waisberg, Eles Estão Vivos. Image Pedro David. [we-make-money-not-art.com](http://we-make-money-not-art.com)

**TRANSCONSTITUCIONALISMO E *LEX DIGITALIS*: A  
DISPUTA ENTRE A ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS E A  
ICANN PELO CONTROLE DA REGULAÇÃO DA *INTERNET* E  
SUAS POSSÍVEIS AFETAÇÕES NO CAMPO DOS DIREITOS  
HUMANOS DIGITAIS**

**TRANSCONSTITUTIONALISM AND *LEX DIGITALIS*: THE  
DISPUTE BETWEEN THE UNITED NATIONS AND ICANN FOR THE  
CONTROL OF INTERNET REGULATION AND ITS POSSIBLE  
AFFECTIONS IN THE FIELD OF DIGITAL HUMAN RIGHTS**

Bruna Pinotti Garcia Oliveira\*

**RESUMO:** Este artigo busca analisar a teoria do transconstitucionalismo no campo da *lex digitalis*, especialmente no que se refere à atuação de dois atores envolvidos nas disputas de poder pelo controle da regulação da rede, a ONU e a *ICANN*. Inicialmente, contextualiza-se o cenário do transconstitucionalismo em matéria de *lex digitalis*; após, aborda-se sobre as disputas entre a ONU e a *ICANN* no campo da regulação da *Internet*; finalmente, analisam-se as atuações de ambos organismos em termos de potencial de influência na agenda regulatória de direitos humanos digitais. Utiliza-se do método hipotético-dedutivo, trazendo a tese provisória, parcialmente comprovada, de que a ONU ainda possui uma atuação não suficientemente influente em termos de regulação transnacional dos direitos humanos na *Internet*, de modo que as ações regulatórias acabam sendo coordenadas predominantemente pela *ICANN*, em que pesem as disputas de poder entre estes dois sujeitos, e tal contexto afeta questões regulatórias no campo dos direitos humanos digitais.

**Palavras-chave:** Transconstitucionalismo. *Lex digitalis*. Organização das Nações Unidas. *ICANN*. Direitos Humanos. Regulação da *Internet*.

**ABSTRACT:** This paper intends to analyze the theory of transconstitutionalism in the field of *lex digitalis*, especially about the actuation of two actors involved in the

---

\* Professora universitária e advogada. Doutoranda em Direito pela Universidade de Brasília – UNB (Linha de pesquisa: transformações na ordem social e econômica e regulação). Mestre-bolsista (CAPES/PROSÚP Modalidade 1) em Direito pelo Centro Universitário “Eurípides Soares da Rocha” – UNIVEM. Professora de curso preparatório para concursos nas disciplinas Ética profissional, Filosofia, Direitos Humanos, Direito Constitucional e Direito Administrativo. Professora universitária efetiva em dedicação parcial na Universidade Federal de Goiás – UFG, no campus de cidade de Goiás, disciplina de direito processual civil. Endereço eletrônico: <brunapinotti@gmail.com>.

disputes of power by the control of net regulation, the UN and the ICANN. Initially, it contextualizes the scenario of transconstitutionalism in matter of *lex digitalis*; next, it approaches the disputes between UN and ICANN in the field of Internet regulation; finally, it analyses the actuations of both organisms in terms of influence potential on the regulatory agenda of digital human rights. It uses the hypothetical-deductive method, bringing the provisory thesis, partially proved, that the UN still has an actuation not enough influent in terms of transnational regulation of human rights in the Internet, so the regulatory actions ended been coordinated predominantly by the ICANN, despites the disputes of power between both subjects, and this context affects regulatory questions in the field of human rights.

**Keywords:** Transconstitutionalism. *Lex digitalis*. United Nations. ICANN. Human rights. Internet regulation.

## 1 INTRODUÇÃO

A teoria do transconstitucionalismo busca compreender os diversos tipos de problemas constitucionais que surjam para além dos âmbitos internos dos Estados. Pretende ser mais realista quanto às peculiaridades dos processos de globalização e internacionalização, notadamente ao tentar compreender as interações subjetivas não estatais no âmbito do direito constitucional internacionalizado. Por isso, a teoria proporciona uma melhor compreensão de ordens sociais alheias à política e ao Estado que venham a se consolidar, merecendo destaque a *lex mercatoria*, a *lex sportiva* e, a que interessa a este estudo, a *lex digitalis*.

Especificamente quanto à *lex digitalis*, tem-se que o ciberespaço se consolida como uma ordem social com suficiente autonomia, na qual despontam novas formas de exercício, afirmação e violação de direitos, bem como diversas maneiras de interação de atores. Neste cenário, despontam novos papéis desempenhados por atores privados e estatizados. Entre eles, dois se destacam: a Organização das Nações Unidas – ONU e a *Internet Corporation for Assigned Names and Numbers* – ICANN, que nem sempre conseguem dialogar de forma adequada, o que gera conflitos de poder no campo da governança da *Internet*.

Quanto às bases lógicas de investigação, utiliza-se do método hipotético-dedutivo, traçando a tese provisória de que a Organização das Nações Unidas – ONU ainda possui uma atuação pouco influente em termos de regulação transnacional dos

direitos humanos na *Internet*, de modo que as ações regulatórias acabam sendo coordenadas predominantemente pela *Internet Corporation for Assigned Names and Numbers – ICANN*, em que pesem as disputas de poder latentes entre estes dois sujeitos, sendo que tal cenário afeta questões regulatórias no campo dos direitos humanos digitais.

Os procedimentos técnicos que serão adotados para o teste da hipótese são o bibliográfico e o documental, com a utilização de bibliografia selecionada e acesso a normativas e relatórios da ONU e de painéis de discussão que envolvam a ICANN, sem prejuízo do levantamento de notícias relacionadas à temática.

O objetivo geral é apresentar o contexto subjetivo da regulação transnacional de direitos humanos na *Internet*, concentrando-se na posição da ONU e da ICANN enquanto sujeitos atuantes como pontos de pressão nesta sistemática regulatória. Para tanto, pretende-se contextualizar o cenário do transconstitucionalismo em matéria de *lex digitalis*; tecer apontamentos sobre as disputas entre a ONU e a ICANN no campo da regulação da rede; analisar as atuações de ambos organismos em termos de potencial de influência na agenda regulatória de direitos humanos digitais.

## **2 PRIMEIRAS NOTAS SOBRE TRANSCONSTITUCIONALISMO E *LEX DIGITALIS***

As origens do movimento de internacionalização remontam a uma pretensão de universalidade, preservando-se a clássica dicotomia entre público e privado. A ONU surgiu com a intenção de centralizar o controle do direito internacional público, regulando as relações entre os Estados-nações e impondo sua força aos sujeitos de direito internacional privado.

Com efeito, afirma-se que a ONU foi criada em 1945 para manter a paz e a segurança internacionais, bem como promover relações de amizade entre as nações, cooperação internacional e respeito aos direitos humanos<sup>1</sup>. A Conferência de São

---

<sup>1</sup> NEVES, Gustavo Bregalda. **Direito Internacional Público & Direito Internacional Privado**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 118.

Francisco, realizada em 1945, oficialmente denominada Conferência das Nações Unidas para a Organização Internacional, estava aberta às Nações Unidas que lutaram contra as potências do Eixo (Japão, Itália e Alemanha), mas distanciou-se do ideário da Liga das Nações de selecionar os Estados-nações que deveriam proteger os objetos de interesse internacional, admitindo com o passar dos tempos todos os Estados-nações do mundo. A ONU fixou-se como a principal organização internacional do mundo, voltando-se à proteção da paz e dos direitos humanos. Neste sentido, vale ressaltar:

Até a fundação das Nações Unidas, em 1945, não era seguro afirmar que houvesse, em Direito Internacional Público, preocupação consciente e organizada sobre o tema dos direitos humanos. De longa data alguns tratados avulsos cuidaram, incidentalmente, de proteger certas minorias dentro do contexto de sucessão de Estados<sup>2</sup>.

O contexto de emergência da ONU demonstra a suposição de que bastaria a criação de uma organização internacional com ampla competência para superar as falhas decorrentes da globalização e da desterritorialização, que dificultavam aos Estados-nações exercer o controle de questões que afetavam seus territórios, mas também os transcendiam. Em verdade, os processos de globalização se mostraram mais intensos que o esperado, afetando principalmente os setores de telecomunicações e de mercado (alterando neste caso os processos de produção e consumo), evidenciando a total inviabilidade de pretensão controle da ONU. O que surgiu pouco a pouco foi a pretensão de autonomia e autocontrole de áreas sociais não estatais.

Na esfera internacional, começaram a despontar não apenas problemas jurídico-políticos alheios ao controle pelo Estado-nação, que poderiam ser relegados a uma organização internacional que cumpriria um papel semelhante sem se sujeitar aos limites de fronteiras territoriais, mas sobrevieram problemas constitucionais novos, cujo controle passou a ser clamado por ordens sociais autônomas. Paulatinamente, percebeu-se o raciocínio simplista que envolvia a construção do direito internacional público, inclusive sob o aspecto da pretensão de validade universal de seus princípios e normas, consubstanciados na forma dos direitos

---

<sup>2</sup> REZEK, J. F. **Direito Internacional Público**: curso elementar. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 210.

humanos, sendo adequado reconhecer a falácia do “imperialismo dos direitos humanos”<sup>3</sup>.

Transconstitucionalismo significa compreender o constitucionalismo para além do Estado-nação, verificando problemas constitucionais que surgem fora das fronteiras do Estado-nação nos processos políticos inerentes aos setores políticos institucionalizados, bem como aos setores privados da sociedade global<sup>4</sup>. Envolve a compreensão dos “novos desafios de um direito constitucional que ultrapassou as fronteiras dos respectivos Estados e tornou-se diretamente relevante para outras ordens jurídicas, inclusive não estatais”<sup>5</sup>. Logo, a questão do transconstitucionalismo aborda problemas constitucionais que surjam fora das fronteiras jurídico-políticas estatais, inserindo-se na esfera de ação de sujeitos políticos diversos, alguns de caráter mais estatizado, como as organizações internacionais, e outros de caráter privado, como as organizações não-governamentais e até mesmo os indivíduos.

A teoria do processo legal transnacional descreve a teoria e a prática de como atores públicos e privados – Estados-nações, organizações internacionais, empresas multinacionais, organizações não-governamentais e indivíduos particulares – interagem numa variedade de esferas públicas e privadas, domésticas e internacionais, de modo a interpretar, impor e internalizar regras de direito internacional. Com efeito, quebra com as tradicionais dicotomias que sempre dominaram o estudo do direito internacional – entre doméstico e internacional, entre público e privado. Além disso, se apresenta como essencialmente não estatizada, pois dá abertura a atores de natureza privada<sup>6</sup>.

No contexto atual, normas globais se tornaram tendência e corpos transnacionais quebraram o prévio monopólio de instituições domésticas para interpretar e enumerar direitos. Os atores também mudaram e não mais Estados e organizações internacionais são considerados os únicos atores em jogo, incluindo-se

<sup>3</sup> NEVES, Marcelo. (Não) Solucionando problemas constitucionais: transconstitucionalismo além de colisões. **Lua Nova**, São Paulo, n. 93, p. 201-232, 2014.

<sup>4</sup> TEUBNER, Günther. **Constitutional fragments**: societal constitutionalism and globalization. Oxford University Press, 2012.

<sup>5</sup> NEVES, Marcelo. (Não) Solucionando problemas... Op. Cit., p. 201.

<sup>6</sup> KOH, Harold. Transnational legal process. **Nebraska Law Review**, v. 75, 1996, p. 181-207.

corporações, organizações não governamentais e indivíduos, enfim, sociedade civil em geral. Enquanto interagem, todos atores produzem e impõem regulação legal<sup>7</sup>.

Fala-se em uma “nova questão constitucional”<sup>8</sup>, decorrente dos escândalos operados em diversas áreas sociais, econômicas e jurídicas, excedendo as dimensões internas, bem como assumindo relevo num cenário internacional. A abordagem do constitucionalismo neste contexto foge à concepção estritamente formal de constituição nacional, centrando-se em problemas constitucionais, não apenas nas áreas do Estado e da política, mas em diversas subáreas sociais, entre as quais se encontra a da *lex digitalis*.

Fora do âmbito dos constitucionalistas vinculados à tradição estatal, passou a ser lugar comum a utilização do termo “Constituição” em outras áreas disciplinares, para referir-se a situações as mais diversas. [...] Dessa maneira, o uso inflacionário do termo tornou-o muito vago, perdendo o seu significado histórico, normativo e funcional. [...] Normalmente, o conceito histórico-universal de Constituição apresenta-se no plano empírico, para apontar que em toda sociedade ou Estado há relações estruturais básicas de poder, determinantes também das formas jurídicas. [...] Mas o conceito histórico-universal apresenta-se também na concepção da Constituição em sentido material como conjunto de normas jurídico-positivas supremas, pois um núcleo normativo supremo pode ser detectado em qualquer ordem jurídica<sup>9</sup>.

Com efeito, compreende-se que o conceito de Constituição não mais pode ser associado a concepções estritas da norma positivada no âmbito do Estado-nação, mas também se critica a ampliação deste para todo tipo de problema que surja em qualquer ordem social. O transconstitucionalismo abordaria apenas problemas constitucionais que surjam em ordens sociais, públicas ou privadas. Em Neves<sup>10</sup>, “um problema transconstitucional implica uma questão que poderá envolver tribunais estatais, internacionais, supranacionais e transnacionais (arbitrais), assim como instituições jurídicas locais nativas, na busca de sua solução”.

<sup>7</sup> TORELLY, Marcelo. Transnational legal process and fundamental rights in Latin America: how does the inter-american human rights system reshape domestic constitutional rights? In: BORATTI, Larissa; DALY, Tom; FORTES, Pedro Rubim; PALACIOS, Andres (editors). **Law and policy in Latin America: transforming courts, rights and institutions**. New York: Palgrave MacMillan, forthcoming 2016.

<sup>8</sup> TEUBNER, Günther... Op. Cit.

<sup>9</sup> NEVES, Marcelo. (Não) Solucionando problemas... Op. Cit., p. 202-204.

<sup>10</sup> Ibid., p. 207.

Neste sentido, a afirmação de Teubner<sup>11</sup> de que existem ordens sociais autônomas que se constituem em paralelo com a política e são dependentes do direito constitucional para adquirirem estabilidade, o que se denomina diferenciação funcional. Logo, apesar de serem subáreas não ligadas à política, possuem problemas constitucionais relevantes que merecem ser analisados sob esta perspectiva. Destaca-se, neste campo, a possibilidade de violações a direitos humanos fundamentais por sujeitos não estatizados.

Segundo Teubner<sup>12</sup>, o debate atual se resume a afirmar que não existem normas constitucionais nas subáreas sociais, não apenas nacionalmente como também transnacionalmente, e no nível transnacional, o vazio constitucional tenderia a prevalecer; entretanto, análises sociológicas e jurídicas indicam exatamente o oposto, isto é, que instituições constitucionais já se estabeleceram na esfera transnacional com incrível densidade.

Aponta-se o ciberespaço como uma ordem social autônoma que tem se fixado neste cenário, usualmente referida pela doutrina do transconstitucionalismo, notadamente pelos referenciais deste estudo Teubner e Neves, como *lex digitalis*.

Holmes<sup>13</sup> aborda a existência de múltiplos atores na governança global, que interagem devido à intensificação dos meios de comunicação em massa, de modo que nos regimes transnacionais formas coativas se desenvolvem paralelamente, a exemplo da governança econômica (*lex mercatoria*) e da ICANN, quebrando discussões a respeito de um suposto *jus cogens* e da expansão da força das constituições nacionais, cenário no qual o Estado assume um papel mais ou menos ativo como *stakeholder*, conforme o caso.

A questão da *lex digitalis* envolve, entre outros problemas constitucionais, a atuação da ICANN, que tem se colocado como um sujeito dominante nas relações de poder em disputa na *Internet*, a ponto de surgirem organizações não-governamentais para tentar controlar sua atuação e de despontar uma grande polêmica com a ONU a

---

<sup>11</sup> TEUBNER, Günther... Op. Cit.

<sup>12</sup> Ibid.

<sup>13</sup> HOLMES, Pablo. O constitucionalismo entre a fragmentação e a privatização: problemas evolutivos do Direito e da Política na era da governança global. **Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 57, n. 4, 2014, p. 1137-1168.

respeito da transferência de poderes sobre o controle de domínios e nomes da rede, questão que será aprofundada adiante.

Por seu turno, conforme Teubner<sup>14</sup>, a latente fragmentação da sociedade global, enfatizada em análises sociológicas, causa aguda dificuldade para o constitucionalismo cosmopolita, isto é, se o constitucionalismo somente pode ser aplicado a fragmentos da sociedade global, então uma constituição global unitária deve ser abandonada, concentrando a atenção nos conflitos fundamentais entre estes fragmentos. No caso, sealaria em uma “Constituição para a *Internet*”, a qual caberia o mesmo papel das Constituições nacionais de assegurar a autonomia em seu respectivo campo de atuação. Com efeito, Neves<sup>15</sup> critica este modelo de constituições civis fragmentárias e afirma que no lugar de um modelo de fragmentação de regimes, tal como proposto por Teubner, deve-se atentar à necessidade de tessitura dos fragmentos, na perspectiva de uma razão transversal, construindo-se pontes de transição que permitam um melhor diálogo sistêmico. Não se trata, apenas, de assegurar a autonomia, mas sim de buscar uma interação sistêmica entre as ordens sociais.

### **3 AS DISPUTAS ENTRE ONU E ICANN NO ÂMBITO DA REGULAÇÃO DA INTERNET: “QUEM – ‘SE ALGUÉM’ – DEVE CONTROLAR A INTERNET?”**

Um dos principais questionamentos que Teubner<sup>16</sup> apresenta em sua obra é o de se – e, em caso afirmativo, como – subsistemas globais irão atingir um alto grau de autonomia enquanto não existem instituições políticas ou legais aptas a suportarem este processo; e até mesmo quando as políticas dos Estados-Nações atuam para impedir este processo mediante clamor territorial de validade. Aqui, a natureza escalonada da globalização produziria uma tensão entre a autofundação dos sistemas sociais globais autônomos e a constitucionalização política-jurídica destes.

<sup>14</sup> TEUBNER, Günther... Op. Cit.

<sup>15</sup> NEVES, Marcelo. (Não) Solucionando problemas... Op. Cit.

<sup>16</sup> TEUBNER, Günther... Op. Cit.

Traçando um paralelo com o contexto em análise, perguntaríamos se a regulação da *Internet* atingirá, ou mesmo se já atingiu, um grau de autonomia tamanho que seu controle não possa ser suportado por nenhum Estado-nação, ainda que muitos clamem pela retomada de controle e insistam em reprender direitos tidos como reconhecidos pela comunidade cibernética, e nem mesmo por uma instituição estatizada do cenário internacional que é a ONU, papel que ficaria relegado predominantemente aos “gigantes da *Internet*”, entre os quais se destacam a ICANN e as grandes empresas da sociedade da informação. De qualquer forma, caberia questionar a afetação a direitos humanos fundamentais gerada por este sistema.

Antes de analisar o conflito entre a ONU e a ICANN, vale trazer algumas considerações sobre a regulação da *Internet* e sobre as peculiaridades que colocaram o ciberespaço como uma ordem social autônoma passível de regulação. A questão regulatória da rede abrange a preocupação dos organismos regionais e internacionais em regular consequências jurídicas advindas do contexto informacional e em discutir sobre a regulação dos direitos na rede. Neste viés, a regulação objetiva a proteção dos bens jurídicos definidos em certo âmbito, pois “o fundamento da regulação e, por consequência, do direito regulatório, encontra-se na necessidade de proteção de um determinado objeto errático”<sup>17</sup>.

O Estado Regulador contribui para o reposicionamento da questão da legitimidade democrática ao reconhecer no regulado não mais um ser subserviente alheio ou utente de serviços, mas verdadeiro partícipe necessário da decisão política. Por regulado, deve-se entender todo player do ambiente regulatório, *independentemente das fronteiras nacionais*. Por regulador, deve-se entender a instituição regulatória, como ambiente de manifestação dos poderes regulatórios de administração das leis<sup>18</sup>.

Com efeito, a regulação multissetorial envolve atores humanos e não humanos para além das fronteiras nacionais, do que se extrai que o Estado está longe de ser o único agente envolvido na cadeira regulamentar e que a própria noção de Estado Nacional – soberano que regulamenta plenamente em seu território – é relativizada pela ação de atores supranacionais.

<sup>17</sup> ARANHA, Marcio Iorio. **Manual de Direito Regulatório**. 3. ed. Londres: Laccademia Publishing, 2015.

<sup>18</sup> Ibid.

A globalização, neste sentido, significa um processo em que os Estados nacionais sofrem interferências cruzadas de fatores transnacionais em sua soberania, identidade, redes de comunicações, enfim, em suas oportunidades de poder como um processo irreversível iniciado no próprio surgimento dos Estados nacionais (tradução nossa)<sup>19</sup>.

Bauman<sup>20</sup> explica que na sociedade moderna as distâncias sempre foram vistas como restrições de tempo e custo impostas à liberdade de movimento de modo que as classes sociais superiores tendiam a ser cosmopolitas. Se a questão é o rompimento de barreiras em tempo e espaço, com o ciberespaço o processo de globalização deu um grande passo, afinal, uma das características atribuídas ao ambiente virtual é justamente a sua desterritorialização<sup>21</sup>.

Localidades ficam despojadas de seu sentido cultural, histórico e geográfico e reintegram-se em redes funcionais ou em colagens de imagens, ocasionando um espaço de fluxos que substitui o espaço de lugares. O tempo é apagado no novo sistema de comunicação já que passado, presente e futuro podem ser programados para interagir entre si na mesma mensagem<sup>22</sup>.

Com efeito, a desterritorialização da rede a coloca numa posição peculiar no contexto da globalização e da internacionalização, eis que o ciberespaço desponta como uma das áreas sociais em que é muito dificultado o controle estritamente nacional. Este elemento da própria arquitetura da rede impõe um contexto regulatório interessante ao transconstitucionalismo.

Ainda sobre a arquitetura da rede, destaca-se o processo de modularização que impõe ver a *Internet* para além dos computadores e dispositivos que a propagam e que tem como corolário o princípio da interoperabilidade. Há uma mudança de funcionalidades devido aos novos modos de utilização das tecnologias computacionais. Todo este contexto estrutural gera um processo de regulação

<sup>19</sup> Id. Mundialización informativa, informacional y cultural. **Política y Cultura**, Distrito Federal, México, n. 26, 2006, p. 80. No original: “La mundialización, en este sentido, significa un proceso en que los Estados nacionales sufren interferencias cruzadas de factores transnacionales en su soberanía, identidad, redes de comunicaciones, en fin, sus oportunidades de poder como un proceso irreversible iniciado en el propio surgimiento de los Estados nacionales”.

<sup>20</sup> BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Tradução Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1999.

<sup>21</sup> LÉVY, Pierre. **O que é virtual?** Tradução Paulo Neves. São Paulo: Editora 34, 2005.

<sup>22</sup> CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. 9. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2006. v. 1, p. 462.

assimétrico, que não foi uma escolha política, mas que decorre diretamente do crescimento desordenado das possibilidades que a rede proporciona<sup>23</sup>.

Basicamente, cinco são os atores envolvidos no processo de regulação e condução do ciberespaço, sendo a arquitetura um sujeito à parte: o Direito, como produto da força coativa do *Estado*; as normas, como resultados da linguagem humana e acima de tudo de um *processo sociológico*; o *mercado*, na condição de agente com habilidades de impacto na economia global; a *arquitetura*, aspecto formal referente à estrutura técnica; e, por fim, a *pessoa*, indivíduo que utiliza a rede<sup>24</sup>. Especificamente quanto à imposição de normas, destacam-se organizações não estatais, mas também não mercadológicas, que atuam regrando a rede ou então buscando limitar tal regramento, como organizações não governamentais e a própria *ICANN*.

A *ICANN*, no português Corporação da *Internet* para Atribuição de Nomes e Números, é uma organização californiana sem fins lucrativos que assumiu a responsabilidade de alocar nomes de domínios e endereços de IP. Tal organização não tem caráter estatal, até mesmo porque não foi constituída pelo governo norte-americano. Contudo, critica-se a adoção de posturas parciais em seu âmbito. Devido ao seu propósito,

[...] os judiciários estatais não dispõem de poder, nem meios técnicos para determinar, de forma vinculatória, que seja revogada a atribuição de um nome de domínio a um usuário, nem, portanto, que haja uma nova atribuição de nome de domínio a outro usuário. A *ICANN* dispõe, nesse caso, do poder de decidir se acata ou rejeita, conforme suas próprias regras jurídicas, a decisão jurídica estatal. E o enorme poder de desconectar qualquer endereço da Internet implica a possibilidade de que sejam desconectados endereços do sítio dos próprios órgãos judiciais estatais<sup>25</sup>.

Entretanto, o organismo ampliou bastante suas funções e tem atuado como um fórum para tomada de decisões das mais variadas matérias, as quais afetam a governança global da *Internet*. Em verdade, assumiu para si a legitimidade de determinar questões regulatórias da rede em âmbito global. Isso não ocorreu por uma

<sup>23</sup> OTTOLIA, Andrea; WIELSCH, Dan. Mapping the info environment. **Yale Journal of Law & Technology**, v. 6, 2003-2004.

<sup>24</sup> MURRAY, Andrew. **Information, technology, law: the law and society**. New York: Oxford University Press, 2010.

<sup>25</sup> NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 189.

tradicional forma de legitimação democrática, mas pode ter acontecido por força do consenso. Basicamente, os atores da rede que se vinculam à *ICANN* de alguma forma assumem contratualmente a responsabilidade de seguir as recomendações da organização. Tal teoria do consenso é bastante criticada, tanto por sua ineficácia quanto pela ausência de voluntariedade no ato de vinculação à *ICANN*<sup>26</sup>.

O experimento da *ICANN* levanta questões fundamentais sobre as bases da regulação em qualquer comunidade on-line, e os meios pelos quais os governos podem ser persuadidos a adiarem (ou imporem) tais regras. Se levado a sério, este experimento apresenta a oportunidade de criar uma estrutura otimizada para responder a questão “quem tem que decidir” quanto às regras operando *on-line*<sup>27</sup>.

O modelo da *ICANN* causa estranheza e bastante receio, com razão. Ciente disso, a ONU, notadamente pela União Internacional de Telecomunicações – UIT, uma de suas agências especializadas, passou a fazer diversos tipos de pressões políticas para que a *ICANN* abrisse mão do seu controle sobre os domínios e nomes na rede. Em contrapartida, a *ICANN* se recusa a transferir tal competência à ONU ou a uma de suas agências especializadas sob o argumento de que a estatização da rede mundial de computadores retiraria seu caráter essencial.

No ano de 2005, a ONU liberou documento em que pedia uma maior “internacionalização” da rede, declarando ser necessária “uma melhor reorganização da gestão da internet, com base da Declaração de Princípios adotada em 2003 para a primeira fase da Cúpula da Informação”<sup>28</sup>. Tais debates se estenderam ao longo dos anos e em 2010 a *ICANN* fez uma manifestação mais contundente alertando sobre as tentativas de tomada de controle que estariam partindo da ONU<sup>29</sup>. Estas tentativas cresceram a cada ano, embora boa parte dos atores atuantes na *Internet* as critiquem, sob o argumento de que gerariam um aumento da intervenção estatal na rede,

<sup>26</sup> CRAWFORD, Susan P. The *ICANN* experiment. **Cardozo Journal of International and Comparative Law**, v. 12, 2004.

<sup>27</sup> *Ibid.*, p. 410. No original: “The *ICANN* experiment raises fundamental questions about the basis for rulemaking in any online community, and the means by which governments can be persuaded to defer to (or enforce) those rules. If taken seriously, this experiment presents the opportunity to create an optimal structure for answering the question ‘who gets to decide’ on the rules operating online”.

<sup>28</sup> MONTEIRO, Elis. ONU quer “desamericanizar” domínio da rede. **O Globo**, Informática Etc., 25 de julho de 2005.

<sup>29</sup> *ICANN* ALERTA contra interferência da ONU em gestão da *Web*. **REUTERS Brasil**, 25 de maio de 2010.

enquanto outro setor da sociedade negue a existência das mesmas<sup>30</sup>. Os anos de pressão fizeram com que os Estados Unidos se tornassem mais abertos a abrirem mão do poder que possuem quanto à *ICANN*, embora uma transferência de controle ainda não tenha ocorrido, eis que se estuda uma reestruturação da própria *ICANN* para que ela não seja “engolida” no processo de transição de competências<sup>31</sup>.

Percebem-se entraves no diálogo entre os sujeitos transnacionais referidos, que dificultam qualquer aproximação e a atuação contributiva em prol da regulação da rede, o que dá margem à desproteção de indivíduos que parecem ser, conforme Lessig<sup>32</sup>, o ponto mais fraco da atuação *multistakeholder* no ciberespaço. Perde-se a essência do que deve ser o transconstitucionalismo e, por consequência, deixa-se de resolver problemas constitucionais.

O transconstitucionalismo não toma uma única ordem jurídica ou um tipo determinado de ordem como ponto de partida ou *ultima ratio*. Rejeita tanto o estatualismo quanto o internacionalismo, o supranacionalismo, o transnacionalismo e o localismo como espaço de solução privilegiado dos problemas constitucionais. Aponta, antes, para a necessidade de construção de “pontes de transição”, da promoção de “conversações constitucionais”, do fortalecimento de entrelaçamentos constitucionais entre as diversas ordens jurídicas: estatais, internacionais, transnacionais, supranacionais e locais. O modelo transconstitucional rompe com o dilema “monismo/pluralismo”<sup>33</sup>.

A ideia de “pontes de transição”, de Neves, parece ser mais compatível com a interação subjetiva que se perfaz no ambiente do ciberespaço, em detrimento da aceção de Teubner, que defende que a expansão do sistema somente se dá pela sua autolimitação. Para o último, não se pode negar que estas autolimitações não surgem automaticamente, mas são fruto de pressões externas massivas, como resultado de batalhas constitucionais, cenário em que se pode mencionar a emergência dos direitos fundamentais. Ainda, afirma que tais limitadores podem ser reformulados e adaptados entre os sistemas, sendo impostos externamente sem exclusividade, mais importando os processos internos. Com efeito, cada sistema deve criar para si mesmo

<sup>30</sup> DOWNES, Larry. Why is the UN Trying to Take over the Internet? *Forbes*, 09 de agosto de 2012.

<sup>31</sup> PARSHALL, Craig. Dangerous Transfer: The President’s ICANN Internet Problem. *ACLJ*, julho de 2015.

<sup>32</sup> LESSIG, Lawrence. *Code and other laws of cyberspace, version 2.0*. New York: Basic Books, 2006.

<sup>33</sup> NEVES, Marcelo. (Não) Solucionando problemas... Op. Cit., p. 208.

meios sistêmicos de autocontenção<sup>34</sup>. Pela ideologia de Teubner, mais adequado seria se o controle de nomes e números permanecesse a um sujeito tipicamente interno ao sistema, como é a *ICANN*, em vez de transferir tal controle a uma organização que tenha um caráter mais estatizado, como a ONU. Entretanto, parece simplista resumir a questão em “tudo ou nada”, como se fosse possível determinar que alguém pode de fato controlar a *Internet*. Adequado é o diálogo entre os sujeitos envolvidos na cadeia *multistakeholder* de regulação, encontrando melhores saídas para a proteção de direitos na rede.

#### **4 AS ATUAÇÕES DA ONU E DA ICANN EM PROL DA REGULAÇÃO TRANSCONSTITUCIONAL DOS DIREITOS HUMANOS DIGITAIS**

Os problemas que envolvem a questão da *lex digitalis* são inúmeros, mas nem todos podem ser tidos como problemas constitucionais, logo, nem todos são interessantes à teoria do transconstitucionalismo. Entretanto, muitas são as situações em que se está diante de questões com tal natureza, o que se evidencia nas hipóteses de violação de direitos humanos.

Cada vez mais, problemas de direitos humanos ou fundamentais e de controle e limitação do poder tornam-se concomitantemente relevantes para mais de uma ordem jurídica, muitas vezes não estatais, que são chamadas ou instadas a oferecer respostas para a sua solução. Isso implica uma relação transversal permanente entre ordens jurídicas em torno de problemas constitucionais comuns. O direito constitucional, nesse sentido, embora tenha a sua base originária no Estado, dele se emancipa, não precisamente porque surgiu uma multidão de novas Constituições, mas sim tendo em vista que outras ordens jurídicas estão envolvidas diretamente na solução dos problemas constitucionais básicos, prevalecendo, em muitos casos, contra a orientação das respectivas ordens estatais<sup>35</sup>.

A questão dos direitos humanos é uma das mais debatidas no cenário jurídico atual. Não se nega a sua relevância e o seu impacto na vida dos indivíduos. De outro lado, o debate acerca destes direitos nem sempre se dá com atenção à delicadeza de se afirmar premissas universais. “Um universalismo superficial dos direitos humanos, baseado linearmente em uma certa concepção ocidental ontológica de tais direitos, é

<sup>34</sup> TEUBNER, Günther... Op. Cit.

<sup>35</sup> NEVES, Marcelo. (Não) Solucionando problemas... Op. Cit., p. 206.

incompatível com um ‘diálogo’ transconstitucional com ordens nativas que não correspondem a esse modelo”<sup>36</sup>.

Com efeito, a *Internet* se apresenta como um ambiente extremamente propício às práticas de exercício e de violação de tais direitos, notadamente por potencializar o exercício do direito de liberdade: os abusos desta liberdade acarretam violações de direitos como a privacidade e a propriedade intelectual; mas em contrapartida a ampliação das fronteiras da liberdade geraram uma sensação nos usuários da rede de empoderamento e bem-estar, o que os leva a defenderem com todas as forças a manutenção de uma rede livre e neutra. Em verdade, a sociedade se acomodou com a variedade de recursos e buscas, possibilitadas pelas televisões e estações de rádio, bem como pelos milhões de *sites* na rede, mas também se ajusta de maneira desconfortável às novas possibilidades de vigilância estatal e de violação aos direitos de privacidade e de propriedade. Quanto melhores se tornam os computadores, mais eficazes eles ficam em extrair dos *bits* da rede uma vasta gama de informações, algo que não é objeto de atenção pelos usuários, que se deixaram envolver pelo mundo conectado, aceitando a perda de direitos em troca de eficiência e conveniência<sup>37</sup>.

É problemático, por sua vez, determinar quem seria o responsável por resguardar os direitos humanos em rede, tanto o de liberdade quanto aqueles que podem ser potencialmente violados por ele. A resposta instintiva é a de atribuir tais poderes à ONU, eis que ela é a organização internacional competente para resguardar direitos humanos. De fato, a ONU tem atuado em prol da proteção dos direitos humanos na rede.

As Nações Unidas adotam um modelo que de uma maneira geral é pouco participativo, mas indicia uma maior abertura aos atores não estatais quando o assunto é a proteção de direitos no ciberespaço. A preocupação com a abertura do processo democrático se consubstancia pela criação de iniciativa específica voltada à

<sup>36</sup> Ibid., p. 225.

<sup>37</sup> ABELSON, Hal; LEDEEN, Ken; LEWIS, Harry. **Blown to Bits**: your life, liberty and happiness after the digital explosion. Crawfordsville (Indiana/USA): Addison-Wesley, 2008.

promoção da governança digital nos países é a *United Nations E-Government Development Database (UNeGovDD)*<sup>38</sup>.

A governança refere-se aos esforços dos Estados e das estruturas políticas, mas não apenas a isto, pois os atores envolvidos na governança não são apenas os estatais. Quando se fala em governança digital se está diante de um instrumento que viabiliza a interação não estatal no processo de governança. Já a governança na *Internet* refere-se às questões políticas e técnicas coordenadas que possuem relação com a troca de informações pela rede<sup>39</sup>.

Em termos de conteúdo normativo, uma das primeiras referências ao tema consta de relatoria do ano de 2012 que reconheceu o acesso à *Internet* como um direito fundamental colocando-a como “uma ferramenta indispensável para realizar uma série de direitos humanos, combate à desigualdade, e acelerar o desenvolvimento e o progresso humano” e afirmando que “facilitar o acesso à *Internet* para todos os indivíduos, com a pouca restrição aos conteúdos *on-line*, deve ser uma prioridade de todos os Estados”<sup>40</sup>.

Relata-se, ainda, um grupo de trabalho sobre a luta contra o uso da *Internet* com fins terroristas instituído no âmbito da organização, bem como a discussão sobre os cibercrimes e a necessidade de adaptação dos Estados-membros em termos de tecnologia informacional para a adequada persecução, criando-se uma cultura global de cibersegurança<sup>41</sup>.

Em decorrência de episódios com a Agência Nacional de Segurança norte-americana, por pressão do Brasil e da Alemanha foi instaurada relatoria especial no âmbito do Conselho de Direitos Humanos com competência no campo da revisão de políticas governamentais sobre interceptação de comunicações digitais e coleta de dados pessoais, da identificação das melhores práticas que colocam a vigilância global

<sup>38</sup> ONU – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **United Nations E-Government Survey 2014: e-government for the future we want**. Nova York: United Nations, 2014.

<sup>39</sup> DENARDIS, Laura. The emerging field of *Internet* governance. In.: DUTTON, William H. **The Oxford Handbook of Internet Studies**. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 555-575.

<sup>40</sup> ESTES, Clark Adam. Basic Human Right: Internet Access for all. **AJONU**, 17 out. 2012. <<http://ajonu.org/2012/10/17/as-nacoes-unidas-declaram-o-acesso-a-internet-um-direito-humano/>>.

<sup>41</sup> ONU – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Busca de notícias e documentos... Op. Cit.

sob o Estado de Direito, da análise das responsabilidades do setor privado e de colaboração no desenvolvimento de normativas<sup>42</sup>.

Quanto à atuação das agências especializadas, destaca-se a União Internacional das Telecomunicações voltada exclusivamente às tecnologias da informação e telecomunicação, adotando como áreas de atuação: acessibilidade, banda larga, diagnóstico de mudanças climáticas, cibersegurança, dívida digital, telecomunicações de emergência, política e governança digital na *Internet*, igualdade de gênero e promoção da juventude e da educação<sup>43</sup>.

Por seu turno, a Organização Mundial da Propriedade Intelectual é uma agência especializada das Nações Unidas que tem adotado uma postura muito ativa quanto à proteção do direito à propriedade intelectual no ciberespaço, buscando prevenir o acesso não autorizado a conteúdos protegidos e incentivar os países a regulamentarem a questão, sem prejuízo do reconhecimento de novos direitos, como a proteção intelectual de *software*<sup>44</sup>.

Contudo, o destaque da atuação da ONU fica para a promoção de diversos eventos na temática direitos humanos no ciberespaço, como a Conferência Global sobre o Ciberespaço, que conta com representantes da sociedade civil; o evento especial Cibersegurança e Desenvolvimento de 2011, restrito a membros do Conselho Econômico, Social e Cultural; e principalmente o Fórum sobre Governança na *Internet* – IGF, evento que reúne Estados, organismos internacionais, sociedade civil, técnicos em informação e representantes de empresas<sup>45</sup>. Tais eventos buscam, na medida do possível, adotar modelos de interação subjetiva, reunindo diversos *stakeholders*, incluindo a própria *ICANN*, o que demonstra uma possível caminhada ao reconhecimento de que um modelo de gestão da rede menos estatizado é mais compatível com as exigências da comunidade virtual e com a própria estrutura da sociedade, globalizada e internacionalizada. Em verdade,

<sup>42</sup> ONU: UM GRANDE passo para a privacidade na *Internet*. **Human Rights Watch**, 26 mar. 2015. Disponível em: <<https://www.hrw.org/pt/news/2015/03/26/267606>>. Acesso em: 06 ago. 2015.

<sup>43</sup> ITU – UNIÃO INTERNACIONAL DAS TELECOMUNICAÇÕES. **Key Areas of Action**. Disponível em: <<http://www.itu.int/en/action/Pages/default.aspx>>. Acesso em: 06 ago. 2015.

<sup>44</sup> OMPI – Organização Mundial da Propriedade Intelectual. **WIPO Internet Treaties**. Disponível em: <[http://www.wipo.int/copyright/en/activities/internet\\_treaties.html](http://www.wipo.int/copyright/en/activities/internet_treaties.html)>. Acesso em: 06 ago. 2015.

<sup>45</sup> ONU – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Busca de notícias e documentos (palavras-chave: “internet” e “ciberespaço”)**. Disponível em: <<http://search.un.org/>>. Acesso em: 06 ago. 2015.

[...] o Estado deixou de ser um *locus* privilegiado de solução de problemas constitucionais. Embora fundamental e indispensável, é apenas um dos diversos *loci* em cooperação e concorrência na busca do tratamento desses problemas. A integração sistêmica cada vez maior da sociedade mundial levou à desterritorialização de problemas-caso jurídico-constitucionais, que, por assim dizer, emanciparam-se do Estado<sup>46</sup>.

A questão polêmica envolve afirmar que há por parte dos atores privados uma verdadeira intenção de tutela e proteção dos direitos humanos e, no caso específico, se a *ICANN* deverá buscar resguardar os direitos humanos dos usuários na rede. Segundo Teubner<sup>47</sup>, os direitos fundamentais podem ser positivados mesmo nos regimes transnacionais, mesmo envolvendo atores privados, mediante um processo interativo de tomada de decisão em meio a regras de tribunais arbitrais, decisões de cortes nacionais, contratos de atores privados, estandartes sociais e as ações escandalizadoras de protesto de ONGs.

Propriamente quanto à atuação da *ICANN*, destaca-se:

Nunca existiu, e talvez nunca exista, ocasião para esta barganha a ser atacada entre a *ICANN* e a comunidade global da *Internet*, e, separadamente deste contexto (e sem amplo contrato social ao qual apontar), a noção de declarações de direitos não provê suporte para a compreensão da habilidade da *ICANN* de dizer às outras pessoas o que fazer<sup>48</sup>.

Especificamente quanto a esta política em prol dos direitos humanos, a *ICANN* reconhece os fundamentos da essencialidade, universalidade, inalienabilidade, interdependência, igualdade, participação e inclusão, responsabilidade e Estado de Direito. Institui-se o Grupo de Trabalho da Comunidade Mista em Responsabilidade Social e Corporativa da *ICANN* de Respeito aos Direitos Humanos (CCWP-HR), que busca mapear e compreender as questões e as potenciais soluções destas relacionadas às responsabilidades sociais e corporativas da *ICANN* no campo dos direitos humanos, especialmente no que se refere a políticas, procedimentos e operações. No campo dos direitos de privacidade, defende políticas de não divulgação; no campo da liberdade de associação, aborda temas da

<sup>46</sup> NEVES, Marcelo. (Não) Solucionando problemas... Op. Cit., p. 226.

<sup>47</sup> TEUBNER, Günther... Op. Cit.

<sup>48</sup> CRAWFORD, Susan P... Op. Cit., p. 422. No original: "There has never been, and there might never be, occasion for this bargain to be struck between *ICANN* and the global *Internet* community, and, separated from this context (and with no broad social contract to which to point), the notion of a bill of rights provides no support for understanding *ICANN*'s ability to tell other people what to do".

comunidade digital; no campo dos direitos econômicos, sociais e culturais, trata de temas como o direito ao registro de nomes e domínios em condições de igualdade; no campo da liberdade de expressão defende o direito de registro de todos os nomes e domínios sem censura; no campo do direito à segurança aborda protocolos protetivos; no campo da participação, igualdade e não-discriminação, defende a promoção de acesso igualitário a domínios e nomes; em termos de devido processo, cria procedimentos internos para a resolução de conflitos<sup>49</sup>.

Embora seja possível identificar uma atuação da *ICANN* que muitas vezes é voltada à proteção de direitos humanos, não é das declarações de direitos que é extraída a legitimidade para a sua atuação, o que torna difícil afirmar que os direitos humanos atuam como meios de contenção de suas decisões institucionais, predominando a ideia de que sua legitimidade é extraída do contrato firmado entre seus associados e ela. Em verdade, há críticas sobre um possível déficit democrático que se perfaz no âmbito da *ICANN*.

Teorias democráticas que focam em limitações do poder governamental num contexto de “cidadania” daqueles que participam de um regime particular são certamente determinadas por limites. Aqui, a *ICANN* está propondo fazer regras sobre a comunidade global *on-line* que não possui fronteiras ou limitações. [...] A história “democrática” da *ICANN* posiciona que, para estender o comprometimento da *ICANN* na tomada de decisões que tenham relevante impacto ao público em geral, sua legitimidade depende de: (a) ter alguma “voz pública” como uma importante parte da estrutura de tomada de decisões, (b) ser sujeitada a declarações de direitos dos usuários, e (c) ser sujeitada a mecanismos de melhoria da responsabilidade e transparência do corpo da *ICANN*<sup>50</sup>.

Percebe-se que há meios de se ampliar o índice democrático no âmbito da *ICANN* e assim proporcionar um controle mais adequado em termos de respeito aos direitos humanos no ambiente virtual. Mais complicado seria compreender qual o

---

<sup>49</sup> ICANN – Internet Corporation for Assigned Names and Numbers. **CCWP on ICANN’s Corporate and Social Responsibility to Respect Human Rights**. Disponível em: <<https://community.icann.org/display/gnsononcomstake/CCWP+on+ICANN's+Corporate+and+Soci+al+Responsibility+to+Respect+Human+Rights>>. Acesso em: 15 ago. 2016.

<sup>50</sup> CRAWFORD, Susan P... Op. Cit., p. 409-416. No original: “Democratic theories focus on limitations on governmental power in a context in which a ‘citizenship’ of those participating in a particular regime is clearly determined by boundaries. Here, ICANN is purporting to make rules about a global online community that has no boundaries or limitations. [...] The ‘democratic’ story of ICANN posits that, to the extent ICANN engages in decision-making that has broad impact on the general public, ICANN’s legitimacy depends on: its (a) having some ‘public voice’ as an important part of the structure of its decisionmaking, (b) being subjected to declarations of user rights, and (c) being subjected to mechanisms for improving the accountability and transparency of the ICANN Board”.

rumo que deveria ser dado a estes conteúdos de direitos humanos na rede, propiciando um adequado equilíbrio entre os sujeitos atuantes no ciberespaço, formando uma *lex digitalis* que atendesse ao interesse geral.

Embora a ICANN não tenha a atuação em prol de direitos humanos na rede como o seu propósito central, devido à intensidade de impacto de suas decisões, acaba sendo colocada como uma das protagonistas no campo da afirmação e do exercício de direitos humanos virtuais, inclusive saindo vitoriosa de disputas de poder com a mais forte organização internacional do mundo, a ONU. Esta, por sua vez, embora tenha – ao menos em teoria – a proteção dos direitos humanos em múltiplas esferas sociais como um de seus principais objetos de proteção, acaba muitas vezes sendo deixada de lado ou rejeitada no processo de tomada de decisões sobre conflitos de direitos na rede mundial de computadores, apenas ampliando seu índice de impacto quando atua de maneira interconectada com outros atores da rede. Isto leva a crer que de fato é necessário consubstanciar “pontes de transição” entre a *lex digitalis* e as demais ordens sociais transnacionais para propiciar um debate mais democrático e coeso sobre os direitos humanos no ambiente do ciberespaço.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Levantou-se no início deste ensaio a tese provisória de que a Organização das Nações Unidas – ONU ainda possui uma atuação pouco influente em termos de regulação transnacional dos direitos humanos na *Internet*, de modo que as ações regulatórias acabam sendo coordenadas predominantemente pela *Internet Corporation for Assigned Names and Numbers – ICANN*, em que pesem as disputas de poder latentes entre estes dois sujeitos, sendo que tal cenário afeta questões regulatórias no campo dos direitos humanos digitais.

Diante destas primeiras informações levantadas, tem-se que talvez seja radical afirmar que a ONU não tem possibilidades de influenciar a regulação transnacional de direitos humanos na *Internet*, até mesmo porque tem uma iniciativa um pouco mais substancial em termos de afirmação e debates sobre estes direitos do que a própria *ICANN*. Esta, embora desenvolva algumas iniciativas na área, não as

tem como objeto central de atuação e não apresentam regulações consolidadas na matéria, embora com frequência seja chamada a debatê-las.

Nos fóruns mundiais sobre a *Internet*, a *ICANN* é um sujeito com potencial de impacto maior do que a própria organizadora, a ONU. Ciente de sua força, a *ICANN* não hesita em estabelecer obstáculos à intervenção da ONU no âmbito do controle de nomes e domínios na rede, apesar das intensas pressões para que abra mão deste poder. Embora estude atribuir o poder de controle de nomes e domínios a outra organização, a *ICANN* tem traçado planos de transição, de modo que não perca espaço como sujeito atuante na regulação da rede.

A *ICANN* construiu a sua legitimidade, não tanto pelo clássico sistema de afirmação de direitos, mas principalmente devido ao seu fundamento contratual, de modo que a filiação de membros em seu âmbito a consubstancia e legitima para a atuação em nome da comunidade virtual global, muito mais que a própria UIT, organização da ONU para as tecnologias informacionais, que ainda busca espaço nas disputas de poder. Entretanto, é importante avaliar com maior atenção as críticas ao déficit democrático e à parcialidade da *ICANN*, conduzindo-a a um espaço na esfera da comunidade virtual em que não tenha condições de ameaçar o exercício e a afirmação de direitos na *Internet*.

## REFERÊNCIAS

ABELSON, Hal; LEDEEN, Ken; LEWIS, Harry. **Blown to Bits: your life, liberty and happiness after the digital explosion**. Crawfordsville (Indiana/USA): Addison-Wesley, 2008.

ARANHA, Marcio Iorio. **Manual de Direito Regulatório**. 3. ed. Londres: Laccademia Publishing, 2015.

\_\_\_\_\_. Mundialización informativa, informacional y cultural. **Política y Cultura**, Distrito Federal, México, n. 26, 2006.

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

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. 9. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2006. v. 1.

CRAWFORD, Susan P. The ICANN experiment. **Cardozo Journal of International and Comparative Law**, v. 12, 2004.

DENARDIS, Laura. The emerging field of *Internet* governance. In.: DUTTON, William H. **The Oxford Handbook of Internet Studies**. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 555-575.

DOWNES, Larry. Why is the UN Trying to Take over the Internet? **Forbes**, 09 de agosto de 2012.

ESTES, Clark Adam. Basic Human Right: Internet Access for all. **AJONU**, 17 out. 2012. <<http://ajonu.org/2012/10/17/as-nacoes-unidas-declaram-o-acesso-a-internet-um-direito-humano/>>.

HOLMES, Pablo. O constitucionalismo entre a fragmentação e a privatização: problemas evolutivos do Direito e da Política na era da governança global. **Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 57, n. 4, 2014, p. 1137-1168.

ICANN ALERTA contra interferência da ONU em gestão da *Web*. **REUTERS Brasil**, 25 de maio de 2010.

ICANN – *Internet* Corporation for Assigned Names and Numbers. **CCWP on ICANN’s Corporate and Social Responsibility to Respect Human Rights**. Disponível em: <<https://community.icann.org/display/gnsononcomstake/CCWP+on+ICANN's+Corporate+and+Social+Responsibility+to+Respect+Human+Rights>>. Acesso em: 15 ago. 2016.

ITU – UNIÃO INTERNACIONAL DAS TELECOMUNICAÇÕES. **Key Areas of Action**. Disponível em: <<http://www.itu.int/en/action/Pages/default.aspx>>. Acesso em: 06 ago. 2015.

KOH, Harold. Transnational legal process. **Nebraska Law Review**, v. 75, 1996.

LESSIG, Lawrence. **Code and other laws of cyberspace, version 2.0**. New York: Basic Books, 2006.

LÉVY, Pierre. **O que é virtual?** Tradução Paulo Neves. São Paulo: Editora 34, 2005.

MONTEIRO, Elis. ONU quer “desamericanizar” domínio da rede. **O Globo**, Informática Etc., 25 de julho de 2005.

MURRAY, Andrew. **Information, technology, law: the law and society**. New York: Oxford University Press, 2010.

NEVES, Gustavo Bregalda. **Direito Internacional Público & Direito Internacional Privado**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

NEVES, Marcelo. (Não) Solucionando problemas constitucionais: transconstitucionalismo além de colisões. **Lua Nova**, São Paulo, n. 93, p. 201-232, 2014.

\_\_\_\_\_. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

ONU – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **United Nations E-Government Survey 2014**: e-government for the future we want. Nova York: United Nations, 2014.

\_\_\_\_\_. **Busca de notícias e documentos (palavras-chave: “internet” e “ciberespaço”)**. Disponível em: <<http://search.un.org/>>. Acesso em: 06 ago. 2015.  
ONU: UM GRANDE passo para a privacidade na *Internet*. **Human Rights Watch**, 26 mar. 2015. Disponível em: <<https://www.hrw.org/pt/news/2015/03/26/267606>>. Acesso em: 06 ago. 2015.  
OMPI – Organização Mundial da Propriedade Intelectual. **WIPO Internet Treaties**. Disponível em: <[http://www.wipo.int/copyright/en/activities/internet\\_treaties.html](http://www.wipo.int/copyright/en/activities/internet_treaties.html)>. Acesso em: 06 ago. 2015.

OTTOLIA, Andrea; WIELSCH, Dan. Mapping the info environment. **Yale Journal of Law & Technology**, v. 6, 2003-2004.

PARSHALL, Craig. Dangerous Transfer: The President’s ICANN Internet Problem. **ACLJ**, julho de 2015.

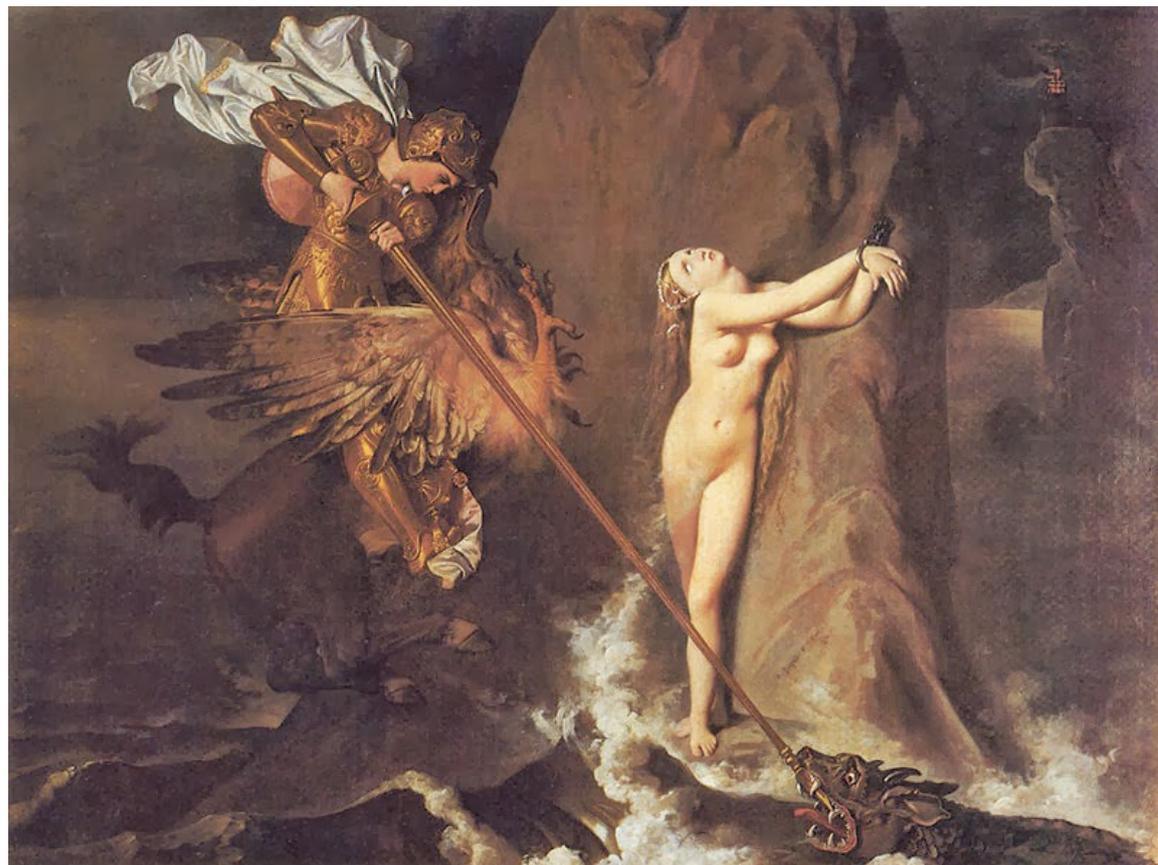
REZEK, J. F. **Direito Internacional Público**: curso elementar. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 210.

TEUBNER, Günther. **Constitutional fragments**: societal constitutionalism and globalization. Oxford University Press, 2012.

TORELLY, Marcelo. Transnational legal process and fundamental rights in Latin America: how does the inter-american human rights system reshape domestic constitutional rights? In: BORATTI, Larissa; DALY, Tom; FORTES, Pedro Rubim; PALACIOS, Andres (editors). **Law and policy in Latin America**: transforming courts, rights and institutions. New York: Palgrave MacMillan, forthcoming 2016.

# REFLEXOS DO DIREITO INTERNACIONAL NO CRIME DE TRÁFICO DE PESSOAS

*DANIELA SAAB NOGUEIRA E DR. JOSÉ PAULO  
GUTIERREZ*



Fonte: "Angélica Acorrentada". Jean Auguste Dominique Ingres. National Gallery, Londres, 1819. [angelweing.blogspot](http://angelweing.blogspot)

## REFLEXOS DO DIREITO INTERNACIONAL NO CRIME DE TRÁFICO DE PESSOAS

### EFFECTS OF INTERNATIONAL LAW ON THE CRIME OF TRAFFICKING IN PERSONS

Daniela Saab Nogueira\*

José Paulo Gutierrez\*\*

**Resumo:** A proposta deste artigo é expor os reflexos do Direito Internacional no crime de Tráfico de Pessoas. Para tanto, perpassa pela evolução legislativa em relação a esse delito no ordenamento interno e pela Convenção de Palermo e seu Protocolo adicional sobre o tema, desembocando na Lei nº 13.344/2016, expressão máxima da concretização do compromisso assumido pelo Brasil para prevenção e repressão ao tráfico de seres humanos.

**Palavras-chave:** Direito Internacional. Protocolo de Palermo. Tráfico de pessoas.

**Abstract:** This article aims to expose the effects of international law on the crime of Trafficking in Persons. Therefore, it analyzes the legislative evolution of this crime in the domestic legal system, and also analyzes the Palermo Convention and its Additional Protocol and the Law 13.344/2016, which is the maximum expression of the commitment made by Brazil to prevent and repress the Trafficking of human beings.

**Keywords:** International Law. Palermo Protocol. Trafficking in persons.

## 1 INTRODUÇÃO

As constantes alterações da sociedade contemporânea, possibilitadas ante o avanço da comunicação, interação e organização mundiais; maior acessibilidade a redes de dados globais; inovações em infraestrutura de transportes; rápidas transformações no mercado financeiro mundial; no comércio e no mercado de trabalho, com o aumento progressivo da clandestinidade; bem como causas políticas, como a esquizofrênica administração dos limites estatais; impõe o desafio da análise

---

\* Bacharel em Direito pela Faculdade Estácio de Sá de Campo Grande. Pós-graduanda em Ciências criminais pela Estácio de Sá em parceria com o Complexo de Ensino Renato Saraiva.

\*\* Doutor em Educação pela Universidade Católica Dom Bosco – UCDB. É Professor Adjunto da UFMS no Curso de Direito.

dos riscos e impactos na busca de soluções, precipuamente no tocante às formas de prevenção e controle da criminalidade. Isso porque, a globalização, ao estreitar as fronteiras<sup>1</sup> entre as nações, possibilitou o despertar e a intensificação de uma onda de criminalidade caracterizada pela transnacionalidade e pela dificuldade de monitoramento e repressão (SIEBER, 2008, p. 271), que perpassa por questões relevantes de soberania e de direitos humanos e donde se inclui o tráfico de pessoas.

Se, historicamente, tinha-se a ocorrência do tráfico internacional do hemisfério Norte em direção ao Sul, de países mais ricos para os menos desenvolvidos, hodiernamente não é mais possível traçar padrões, vez que esse crime, com o processo em constante aceleração da globalização, assumiu uma faceta multidirecional, onde qualquer Estado pode ser ponto de origem, trânsito e chegada<sup>2</sup> (OIT, 2006, p.12).

O favorecimento do tráfico não decorre somente da globalização. A pobreza, a busca por oportunidades trabalhistas, a violência doméstica, a discriminação de gênero, a instabilidade política e social, os conflitos armados, a migração irregular, o turismo sexual, a corrupção, a deficiência das leis e o anseio a um projeto de vida contribuem sobremaneira para tanto (OIT, 2006, p. 16-17).

O Brasil, em particular, tem sua participação na rede internacional de tráfico humano favorecida não só pela facilidade de ingresso diante de sua dimensão geográfica continental e seus amplos limites fronteiriços com vários países, mas também “pelo baixo custo operacional, pela existência de boas redes de comunicação, de bancos e casas de câmbio e de portos e aeroportos” e pela hospitalidade e miscigenação racial (OIT, 2006, p.19).

Para o Estado, o tráfico de pessoas implica graves consequências que acirram os problemas internos. Quando em larga escala, esse crime pode afetar o equilíbrio

---

<sup>1</sup> Nesse contexto, fronteiras devem ser entendidas em seu caráter simbólico e multidisciplinar, abarcando suas implicações territoriais, históricas, culturais, identitárias, sociais e econômicas. (FAULHABER, Priscila. *As fronteiras na Antropologia Social: as diferentes faces de um problema*. In: BIB, nº 51, 1º semestre de 2001. p. 105-125. Disponível em: <<http://anpocs.org/index.php/universo/acervo/biblioteca/periodicos/bib/bib-51/522-a-fronteira-na-antropologia-social-as-diferentes-faces-de-um-problema/file>> Acesso em: 06 jun. 2017)

<sup>2</sup> “País de origem é aquele de onde a vítima sai. Normalmente, é o país em que a vítima residiu pela última vez ou onde vivem seus familiares. Ou seja, país de origem está relacionado ao lugar de origem da vítima, sua nacionalidade. País de trânsito é aquele por onde a vítima passou ou permaneceu por curto período até chegar a seu destino final. País de destino é aquele para onde a vítima é traficada [...] é o destino final da vítima”. (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Cidadania, Direitos Humanos e Tráfico de Pessoas: Manual para Promotoras Legais Populares*. 2 ed. Brasília: OIT, 2012. Disponível em <[http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/gender/pub/cidadania\\_direitos%20humanos\\_2a\\_edicao\\_web\\_966.pdf](http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/gender/pub/cidadania_direitos%20humanos_2a_edicao_web_966.pdf)> Acesso em 06 jun. 2017)

populacional dos países, com o recrudescimento de movimentos xenofóbicos. Além disso, as redes de tráfico promovem a diversificação do crime organizado, pois, uma vez estabelecidas, tendem a expandir suas áreas de atuação, embrenhando-se em outras esferas, como a do tráfico de drogas e de armas. Sua rentabilidade contamina as instituições financeiras por intermédio da lavagem de dinheiro, desestimulando os investimentos internos. Ademais, a corrupção estabelecida em torno do tráfico mina os esforços envidados em seu combate e abala a confiança da sociedade civil nos sistemas político, policial e judiciário (OIT, 2006, p. 21-22).

Em que pese os impactos políticos, sociais e econômicos nos países, a reificação do ser humano é o mais sórdido aspecto do tráfico de pessoas, com imensuráveis danos físicos e emocionais, pois, ao rebaixá-lo a objeto, priva-o de seus mais basilares direitos humanos e fundamentais, principalmente do valor da dignidade da pessoa humana, expressão máxima de tais direitos e que lhes concede um sentido de unidade e permanência (SILVEIRA E ROCASOLANO, 2010, p. 217-218).

O tráfico de pessoas, também pela qualidade de crime transeunte, que tende a não deixar vestígios, e invisível, ou seja, de difícil constatação, judicialização, persecução e punição; “é um fenômeno complexo e multifacetado e, para seu efetivo enfrentamento, são necessárias ações articuladas e intersetoriais” (OIT, 2010, p. 7).

Nesse diapasão, até 2003<sup>3</sup>, a comunidade internacional carecia de uma normativa que abarcasse de fato esse crime, com toda sua especificidade, o que foi suprido com o advento do Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças, o Protocolo de Palermo, promulgado no país pelo Decreto nº 5.017 de 12 de março de 2004. Na mesma toada, no âmbito interno, o tráfico de pessoas estava previsto apenas em leis esparsas, que, em sua maioria, eram limitadas, ultrapassadas e insuficientes.

Doze anos após a ratificação do Protocolo de Palermo, o Brasil sancionou a Lei nº 13.344, de 06 de outubro de 2016, estabelecendo um marco regulatório específico para o crime de tráfico de pessoas e expurgando a mora em que se encontrava com a

---

<sup>3</sup>O Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças, foi adotado em Nova York em 15 de novembro de 2000, porém, sua entrada em vigor no plano internacional ocorreu apenas em 29 de novembro de 2003.

comunidade internacional em relação ao compromisso assumido, quando da ratificação deste Protocolo, para adoção de medidas legislativas para criminalizar esse ato nos termos preconizados nesse instrumento.

Utilizando a pesquisa bibliográfica e documental, com fins exploratórios, a proposta deste artigo é expor os reflexos do Direito Internacional no crime de Tráfico de Pessoas. Para tanto, perpassa pela evolução legislativa em relação a esse delito no ordenamento interno e pela Convenção de Palermo e seu Protocolo adicional sobre o tema, desembocando na Lei nº 13.344/2016, expressão máxima da concretização do compromisso assumido pelo Brasil para prevenção e repressão ao tráfico de seres humanos.

## 2 EVOLUÇÃO LEGISLATIVA DO CRIME DE TRÁFICO DE PESSOAS NO BRASIL

O Código Republicano de 1890<sup>4</sup> foi a primeira lei nacional a fazer referência expressa ao tráfico:

Art. 278. **Induzir mulheres**, quer abusando de sua fraqueza ou miséria, quer constringendo-as por intimidações ou ameaças, a **empregarem-se no tráfico da prostituição**; prestar-lhes, por conta própria ou de outrem, sob sua ou alheia responsabilidade, assistência, habitação e auxílios para auferir, directa ou indirectamente, lucros desta especulação:

Penas – de prisão cellular por um a dous annos e multa de 500\$ a 1:000\$000 (grifos nosso)

Ainda que tenha abarcado apenas a prostituição e do gênero feminino, representou um pequeno avanço na discussão acerca da criminalização do tráfico humano, não só por buscar reprimir o abuso da situação da vulnerabilidade da vítima, as intimidações e as ameaças, mas também porque, antes disso, as Ordenações Filipinas de 1603 e o Código Criminal do Império de 1830 só dispuseram acerca do lenocínio de forma ampla, sem menção específica a tráfico (RODRIGUES, 2013, p. 95).

Em 1915, a Lei Mello Franco<sup>5</sup> retrocedeu ao retirar a palavra tráfico do tipo penal do Art. 278 do Código de 1890, mas, em compensação, aumentou a pena máxima de prisão e os limites da multa, tendo sido ratificada pela Consolidação das Leis Penais de

<sup>4</sup> Decreto nº 847 de 11 de novembro de 1890.

<sup>5</sup> Lei nº 2.992 de 25 de setembro de 1915.

1932<sup>6</sup> (RODRIGUES, 2013, p. 96):

Artigo 278. Manter ou explorar casas de tolerância, admitir na casa em que residir, pessoas de sexos diferentes, ou do mesmo sexo, que ahi se reúnam para fins libidinosos; **induzir mulheres, quer abusando de sua fraqueza ou miséria, quer constringendo-as por intimidação ou ameaças a entregarem-se á prostituição**; prestar, por conta própria ou de outrem, sob sua ou alheia responsabilidade, qualquer assistência ou auxílio ao commercio da prostituição:

Pena - de prisão cellular por um ou três annos e multa de 1:000\$ a 2:000\$000. (grifos nosso)

Ato contínuo, sobreveio a primeira redação do artigo 231 do atual Código Penal<sup>7</sup>, em vigor desde 1º de janeiro de 1942, que majorou os limites da pena e considerava o tráfico de mulheres um crime contra os costumes, entendendo-o como a promoção ou facilitação da entrada ou saída da mulher do território nacional para o exercício da prostituição, independente de vinculação com o emprego da violência, grave ameaça ou fraude, que era considerado uma qualificadora, assim como quando a vítima possuía entre quatorze e dezoito anos ou tinha laços de afetividade ou proximidade com o autor:

Título VI – Dos crimes contra o costume

Capítulo V - Do lenocínio e do tráfico de mulheres

Tráfico de mulheres

Art. 231. Promover ou facilitar a entrada, no território nacional, de mulher que nele venha exercer a prostituição, ou a saída de mulher que vá exercê-la no estrangeiro:

Pena - reclusão, de três a oito annos.

§ 1º Se ocorre qualquer das hipóteses do parágrafo 1º do art. 227: (§ 1º Se a vítima é maior de quatorze e menor de dezoito annos, ou se o agente é seu ascendente, descendente, marido, irmão, tutor ou curador ou pessoa a que esteja confiada para fins de educação, de tratamento ou de guarda)

Pena - reclusão, de quatro a dez annos.

§ 2º Se ha emprego de violência, grave ameaça ou fraude, a pena é de reclusão, de cinco a doze annos, alem da pena correspondente à violência.

§ 3º Se o crime é cometido com o fim de lucro, applica-se também multa de cinco contos a dez contos de réis.

Apesar do cerne do Código Penal remontar ao Projeto de Código Criminal<sup>8</sup> de

<sup>6</sup> Decreto nº 22.213 de 14 de dezembro de 1932.

<sup>7</sup> Decreto-Lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940.

<sup>8</sup> “O projeto brasileiro é de um “código criminal”, exatamente porque, segundo bem adverte ALCÂNTARA MACHADO, não trata somente das penas, mas, ao lado destas e em posição de importância igual, consigna as medidas de segurança” (DEL POZZO, Carlos Umberto. *O projeto de Código Criminal Brasileiro: a caminho do positivismo criminológico*. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. n. 3. v. 35. São

Alcântara Machado, este, no que tange ao objeto material do crime em questão, previa um efeito protetivo da lei mais abrangente, sem restrição de gênero, pois admitia que homens figurassem como vítimas desse delito, ideia que, lamentavelmente, não fora acolhida por aquele.

O entendimento de 1940 vigorou até 2005<sup>9</sup>, quando adveio a Lei nº 11.106, de 28 de março de 2005, que promoveu alterações no Código Penal, em muito influenciadas pela ratificação do Protocolo de Palermo, ocorrida no ano anterior. Fez-se distinção entre tráfico internacional e tráfico interno, com a inclusão do artigo 231-A ao Código. A conduta “intermediar” passou a integrar o tipo penal e a pena de multa foi prevista em todas as hipóteses do crime. Ademais, como primordial consequência daquele instrumento jurídico internacional, a vítima passou a ser qualquer pessoa, sem distinção de sexo:

#### **Tráfico internacional de pessoas**

Art. 231. Promover, intermediar ou facilitar a entrada, no território nacional, de pessoa que venha exercer a prostituição ou a saída de pessoa para exercê-la no estrangeiro:

Pena – reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa.

§ 1º.....

Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos, e multa.

§ 2º Se há emprego de violência, grave ameaça ou fraude, a pena é de reclusão, de 5 (cinco) a 12 (doze) anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

§ 3º (revogado). (NR)

Art. 2º O Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, passa a vigorar acrescido do seguinte art. 231-A:

#### **Tráfico interno de pessoas**

Art. 231-A. Promover, intermediar ou facilitar, no território nacional, o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento da pessoa que venha exercer a prostituição:

Pena – reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa.

Parágrafo único. Aplica-se ao crime de que trata este artigo o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 231 deste Decreto-Lei.

Art. 3º O Capítulo V do Título VI – DOS CRIMES CONTRA OS COSTUMES da Parte Especial do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, passa a vigorar com o seguinte título: "DO LENOCÍNIO E DO TRÁFICO DE PESSOAS". (grifos nosso)

---

Paulo: USP, 1940. p. 621-635. Disponível em: < <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/65927/68538>> Acesso em: 09 jun. 2017.)

<sup>9</sup> Nesse ínterim surgiu o Decreto-Lei nº 1.004 de 21 de outubro de 1969, o Código Penal de 1969, com previsão de entrada em vigor para 1º de julho de 1974. Ele diferia do Código de 1940 porque previa multa em todas as hipóteses do crime de tráfico e não somente quando cometido com a finalidade de auferir lucro. Este Decreto, porém, teve a data de sua entrada em vigor alterada pela Lei nº 6.063 de 27 de junho de 1974, o que não chegou a ocorrer, ante sua revogação pela Lei nº 6.578 de 11 de outubro de 1978.

Não obstante as modificações positivas que fomentou na legislação criminal do país, a Lei nº 11.106/2005 manteve o tráfico de pessoas relacionado à prostituição, ignorando as variadas formas de exploração estabelecidas no Protocolo de Palermo<sup>10</sup>, que permaneceram abarcadas apenas por leis esparsas<sup>11</sup>.

Aliás, ao conservar no § 2º do artigo 231 o emprego da violência, grave ameaça ou fraude como qualificadora, não o necessariamente vinculando ao tipo penal, dá azo a interpretações que criminalizam o exercício da prostituição<sup>12</sup> e coaduna com o entendimento insculpido no Código Penal de considerar todo o entorno dessa atividade como crime ou contravenção (OIT, 2012, p. 23), ainda que resultante de consentimento válido.

A sanção da Lei nº 12.015, em 07 de agosto de 2009, promoveu novas alterações no Código Penal em relação ao tráfico de pessoas, que deixou de ser considerado um crime contra os costumes, que visava proteger a moralidade social, passando a atingir a dignidade sexual, tutelando-se, assim, a liberdade sexual e a dignidade da pessoa humana, em harmonia com o pleno respeito aos direitos humanos preconizado no Protocolo de Palermo.

A Lei nº 12.015 incluiu expressamente nas finalidades do tráfico, além da prostituição, outra forma de exploração sexual e estatuiu quatro causas de aumento de pena:

§ 2º A pena é aumentada da metade se:

I - a vítima é menor de 18 (dezoito) anos;

II - a vítima, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato;

III - se o agente é ascendente, padrasto, madrasta, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou se assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; ou

IV - há emprego de violência, grave ameaça ou fraude.<sup>13</sup>

<sup>10</sup> O rol não taxativo constante no Protocolo de Palermo abrange a exploração da prostituição, outras formas de exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados, escravaturas ou práticas similares, servidão e remoção de órgãos

<sup>11</sup> A título exemplificativo: o Código Penal trata em seus artigos 206 e 207 acerca do aliciamento de trabalhadores; o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990), em seus artigos 237 a 239, prevê o tráfico de crianças para fins de adoção ou com o fito de obter lucro; já a Lei nº 9.434, de 04 de fevereiro de 1997, dispõe sobre crimes relacionados à remoção de órgãos.

<sup>12</sup> Em 2002 a categoria “profissionais do sexo” foi inserida na Classificação Brasileira de Ocupações do Ministério do Trabalho, que tem por finalidade a identificação das ocupações no mercado de trabalho. Nessa senda, ainda que a prostituição não seja oficialmente reconhecida como profissão, é inegável o caráter legal de sua prática por aqueles em pleno gozo de seu direito de liberdade profissional.

<sup>13</sup> O inciso IV e, em partes, os incisos I e III, anteriormente, eram considerados qualificadoras.

No mais, essa norma recuou em relação à multa, com previsão de aplicação apenas no caso de o delito ser cometido com o fito de obter vantagem econômica, e abrandou os limites da pena de reclusão do tráfico interno de pessoas para de dois a seis anos.

Finalmente, em 06 de novembro de 2016, foi sancionado o marco regulatório acerca do crime de tráfico de pessoas, a Lei nº 13.344, que será pormenorizada mais adiante.

### **3 A CONVENÇÃO DE PALERMO**

A Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, mais conhecida como Convenção de Palermo, foi adotada em Nova York em 15 de novembro de 2000 e entrou em vigor internacional em 29 de setembro de 2003.

Seu texto foi aprovado pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 231, de 29 de maio de 2003, tendo o Governo Brasileiro depositado o instrumento de ratificação junto à Secretaria-Geral da Organização das Nações Unidas (ONU) em 29 de janeiro de 2004. Emposs, em 28 de fevereiro de 2004, a citada Convenção entrou em vigor no país, com sua consequente promulgação, em 12 de março de 2004, pelo Decreto nº 5.015.

O objetivo da Convenção de Palermo está expresso em seu artigo 1 e consiste em promover a cooperação entre os países para prevenir e combater com eficácia a criminalidade organizada transnacional, donde se engloba o tráfico de pessoas.

Para consecução de seu fim, pautando-se nos princípios da igualdade soberana, da integridade territorial dos Estados e da não ingerência em assuntos internos alheios; a Convenção traz no seu bojo, em suma, definições terminológicas e diretrizes a serem seguidas pelos Estados-parte, estabelecendo, ainda, o compromisso dos signatários para adoção de medidas legislativas e outras que sejam necessárias para repressão de atividades inter-relacionadas ao crime organizado transnacional e para promover a cooperação e a assistência jurídica recíproca, assim como para implementar práticas e políticas públicas de prevenção.

Em decorrência de seu artigo 37, a Convenção é complementada por três protocolos suplementares, dentre eles o Protocolo Adicional relativo à Prevenção,

Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças, ou, simplesmente, Protocolo de Palermo.<sup>14</sup>

### 3.1 O Protocolo de Palermo

O Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças, o Protocolo de Palermo, indubitavelmente, é o mais relevante instrumento jurídico internacional sobre tráfico de pessoas, tendo sido promulgado no país pelo Decreto nº 5.017, de 12 de março de 2004. Suas datas de adoção, aprovação, ratificação e entrada em vigor coincidem com as da Convenção de Palermo, pois foram convenccionados na mesma oportunidade (dia 15 de novembro de 2000, em Nova York).

Convém ressaltar que esse Protocolo deve ser interpretado em conjunto com a mencionada Convenção, justamente pelo fato de complementá-la. Logo, sua exegese deve ser pautada nos primados da cooperação internacional.

Conforme definido em seu preâmbulo, o Protocolo de Palermo despontou da necessidade de um instrumento universal que açambarcasse todos os aspectos relativos ao tráfico de pessoas, pois, assim como no Brasil, no plano internacional esse crime era tratado apenas em normativas esparsas<sup>15</sup> que continham regras e medidas para o combate à exploração e que asseguravam as liberdades individuais. Portanto, o entendimento era de que a ausência desse instrumento específico acarretava um

---

<sup>14</sup>Os outros dois são: Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional relativo ao combate ao Tráfico de Migrantes por via terrestre, marítima e aérea e o Protocolo contra a Fabricação e o Tráfico Ilícito de Armas de Fogo, suas Peças e Componentes e Munições.

<sup>15</sup>Convenção Internacional para a Repressão do Tráfico de Mulheres Brancas de 1910; Convenção para repressão do tráfico de mulheres e crianças de 1921; Convenção das Nações Unidas sobre a Escravatura de 1926; Convenção Internacional relativa à repressão do tráfico de mulheres maiores de 1933; Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948; Protocolo de Emenda da Convenção para a Repressão do Tráfico de Mulheres e Crianças e da Convenção para a Repressão do Tráfico de Mulheres maiores de 1947; Convenção para a Repressão do Tráfico de Pessoas e do Lenocínio de 1950; Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos de 1966; Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial de 1966; Convenção Americana sobre os Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) de 1969; Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher de 1979; Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989; Convenção Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores de 1994; Convenção nº 182 da Organização Internacional do Trabalho de 1999; Protocolo Facultativo para a Convenção sobre os Direitos da Criança Relativos à Venda de Crianças, Prostituição e Pornografia Infantil de 2000.

desamparo das pessoas vulneráveis ao tráfico no que diz respeito aos seus direitos humanos e fundamentais.

A propósito, o escopo protetivo permeia todo o espírito do Protocolo de Palermo, com reiteradas referências à necessidade de se resguardar as vítimas de tráfico de pessoas, inclusive, dedicando o capítulo II, artigos 6 a 8, para tratar expressamente sobre essa proteção a elas conferida.

No intento de prevenir e combater o tráfico de pessoas, prestando uma atenção especial às mulheres e às crianças, bem como proteger e ajudar as vítimas desse crime, respeitando plenamente seus direitos humanos, mediante a promoção da cooperação entre os Estados-parte; o Protocolo estipula diretrizes e incumbe a seus signatários o dever de adotar medidas legislativas, *inter alia*, para efetivação do que nele foi pactuado.

De resto, esse instrumento teve o condão, ainda, de significar a expressão “tráfico de pessoas” como

o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou uso da força ou a outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou à situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra para fins de exploração. A exploração incluirá, no mínimo, a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados, escravatura ou práticas similares à escravatura, a servidão ou a remoção de órgãos.

Essa definição firma uma importante diretiva rumo a um consenso na comunidade internacional acerca do tráfico de pessoas, contribuindo para a desmistificação desse crime e, conseqüentemente, para sua identificação, prevenção e repressão.

#### **4 REFLEXOS DO DIREITO INTERNACIONAL NO CRIME DE TRÁFICOS DE PESSOAS**

O Direito Internacional, precipuamente a partir da ratificação ao Protocolo de Palermo, teve o mérito de influenciar as modificações ocorridas na legislação e nas políticas públicas do país no sentido de fortalecer o processo de enfrentamento ao tráfico de pessoas, que, antes de 2004, encontrava guarida apenas em leis esparsas, em sua maioria, limitadas, ultrapassadas e insuficientes, vez que não contemplavam diversas circunstâncias relativas a esse crime.

O Protocolo de Palermo, na qualidade de instrumento universal sobre o tráfico de pessoas, clarificou conceitos e definiu metas, proporcionando condições favoráveis para que o tema ingressasse de vez na agenda pública nacional (OIT, 2010, p. 10).

O primeiro reflexo substancial no ordenamento interno decorrente da adoção desse Protocolo foi a promulgação da Lei nº 11.106, de 28 de março de 2005, que, além de ter tipificado o tráfico interno, ou seja, o que ocorre dentro do território nacional, extinguiu a restrição de gênero ao estipular que qualquer pessoa poderia ser vítima desse crime. Porém, o tráfico de pessoas continuava atrelado à prostituição, em detrimento das variadas formas de exploração estabelecidas no âmbito internacional.

Em outubro de 2005, o Brasil iniciou o processo de construção de uma política de Estado para o enfrentamento ao tráfico de pessoas. O texto inicial foi discutido no âmbito do Poder Executivo Federal e levado à consulta pública, culminando na realização do Seminário “A Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas”, em junho de 2006, na cidade de Brasília (OIT, 2010, p. 54).

Como resultado, em 26 de novembro de 2006, o Decreto nº 5.948 aprovou a Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas, que estabeleceu princípios, diretrizes e ações de prevenção e repressão ao tráfico de pessoas e de atenção às vítimas, conforme as normas e instrumentos nacionais e internacionais de direitos humanos, evidentemente de acordo com o Protocolo de Palermo<sup>16</sup>.

A fim de concretizar os princípios, as diretrizes e as ações consagradas na Política Nacional, e também alinhados aos termos do Protocolo, surgem os Planos Nacionais de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas (OIT, 210, p. 55).

Os Planos, executados mediante ações integradas, configuram-se como expressões do compromisso político, ético e técnico do Estado brasileiro em prevenir

---

<sup>16</sup>Nesse ponto, cabe uma ressalva em relação à questão do consentimento: o Protocolo de Palermo considera que o consentimento da vítima será considerado irrelevante apenas quando envolver menores ou quando, para obtê-lo, recorreu-se à ameaça, à força, à coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade, à situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios. Já a Política Nacional, em seu artigo 2º, § 7º, estipula que o consentimento dado pela vítima é irrelevante para a configuração do tráfico, entendendo que a dignidade da pessoa humana é um direito humano e fundamental inalienável. Nas palavras de Silveira e Rocasolano, “congênita à essência do homem, não podemos dispor dessa dignidade e nem renunciar a ela”. (SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; ROCASOLANO, Maria Mendez. *Direitos Humanos: conceitos, significados e funções*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 231). Insta salientar que com o advento da Lei nº 13.344/2016 os meios de execução (grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso) deixam de ser causas de aumento de pena e passam a integrar o tipo penal. Nesse diapasão, esta autora entende que, para caracterização do crime de tráfico de pessoas, um desses meios devem, necessariamente, ser empregados.

e coibir o tráfico de pessoas, enfocando a proteção das vítimas e a promoção de seus direitos (SNJ, 2013, p.8).

O I Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas (PNETP) foi aprovado pelo Decreto nº 6.347, de 08 de janeiro de 2008, com prazo de dois anos para execução. O II Plano, por sua vez, foi aprovado pelo Decreto nº 7.901, de 04 de fevereiro de 2013, para o período de 2013 a 2016.

Neste ano de 2017, o Ministério da Justiça e Segurança Pública, em cooperação com o Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crimes (UNODC), que monitora a implementação do Protocolo de Palermo (OIT, 2006, p. 67), abriu consulta pública, entre 15 de maio e 07 de julho, para avaliação do II Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas e para coleta de subsídios para a formulação do III Plano Nacional (MJSP, 2017).

Ainda, na ideia de materializar os princípios da Política Nacional nos estados e municípios, formou-se uma Rede de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas<sup>17</sup>, donde destacam-se os Núcleos de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas, os Postos Avançados de Atendimento Humanizado ao Migrante e os Comitês Estaduais de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas<sup>18</sup>.

Em 07 de agosto de 2009, o Código Penal foi novamente alterado, agora pela Lei nº 12.015. Com isso, o tráfico de pessoas deixou de ser considerado um crime contra os costumes, que visava proteger a moralidade social, passando a atingir a dignidade sexual, tutelando-se, assim, a liberdade sexual e a dignidade da pessoa humana, em harmonia com o pleno respeito aos direitos humanos preconizado no Protocolo de Palermo. Também em consonância com esse documento internacional, a expressão “outra forma de exploração sexual” foi incluída nas finalidades do crime, ao lado da já prevista prostituição.

---

<sup>17</sup>“Sendo o tráfico de pessoas um crime complexo e transnacional, para que haja um efetivo enfrentamento a esse crime, torna-se fundamental o processo de articulação, descentralização e participação de todos os segmentos da sociedade, de forma a estabelecer um pacto federativo entre os distintos poderes e níveis de governo, em parceria com a sociedade civil organizada, institutos de pesquisa e organismos internacionais. A esse conjunto instituições e atores envolvidos no processo denomina-se, de forma genérica, Rede de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas” (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. *Redes de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas*. Brasília, 2017. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-de-pessoas/redes-de-enfrentamento>>. Acesso em: 09 jun. 2017.)

<sup>18</sup>Mais informações sobre as atribuições dessas instituições estão disponíveis no sítio eletrônico do Ministério da Justiça e Segurança Pública disponível em <<http://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-de-pessoas/redes-de-enfrentamento>>.

A partir do Protocolo de Palermo, particularmente por causa do previsto no artigo 9, o Brasil intensificou as campanhas e ações de informação, de conscientização e de difusão, bem como as iniciativas sociais e econômicas de prevenção e combate ao tráfico de pessoas, realizando, por exemplo, a Semana de Mobilização do Dia Mundial de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas<sup>19</sup>, a Campanha Coração Azul<sup>20</sup> e a inclusão da temática, pela Portaria nº 45/2009 do Ministério da Justiça, nas capacitações do Programa Mulheres da Paz e Projeto de Proteção de Jovens em Território Vulnerável do Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania.

Sem embargo, na esfera legislativa, a Lei nº 13.344/2016 foi um fundamental reflexo do Direito Internacional no crime de Tráfico de Pessoas.

#### 4.1 A Lei nº 13.344, de 06 de outubro de 2016

A Lei nº 13.344, de 06 de outubro de 2016, é fruto do Projeto de Lei nº 7.370/2014, apresentado pela Comissão Parlamentar de Inquérito da Câmara dos Deputados destinada a investigar o tráfico de pessoas no Brasil, suas causas, consequências e responsáveis no período de 2003 a 2011, compreendido na vigência da Convenção de Palermo.

Por conter diretrizes e estabelecer mecanismos e políticas públicas para prevenção e repressão do tráfico de seres humanos, primando pela atenção à vítima, em sintonia com a Convenção e Protocolo de Palermo e com a Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas, pode-se afirmar que essa Lei é o marco regulatório desse crime na órbita nacional, que veio para expurgar a mora em que o país se encontrava com a comunidade internacional em relação ao compromisso assumido, quando da ratificação, para implementação do que fora preconizado no Protocolo, precipuamente para adoção de medidas legislativas visando criminalizar o tráfico.

Assim como no Protocolo de Palermo, o escopo protetivo e de respeito aos direitos humanos e fundamentais permeia todo o espírito da Lei. Como se depreende da leitura de seu artigo 6º, o apoio à vítima deve ocorrer de maneira integral,

<sup>19</sup>A Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas estatuiu o dia 30 de julho como o dia mundial de enfrentamento ao tráfico de pessoas.

<sup>20</sup>Maiores informações sobre a Campanha Coração Azul estão disponíveis em <<https://www.unodc.org/blueheart/pt/about-us.html>>.

particularizada e humanizada, sem discriminações:

Art. 6º A proteção e o atendimento à vítima direta ou indireta do tráfico de pessoas compreendem:

I - assistência jurídica, social, de trabalho e emprego e de saúde;

II - acolhimento e abrigo provisório;

III - atenção às suas necessidades específicas, especialmente em relação a questões de gênero, orientação sexual, origem étnica ou social, procedência, nacionalidade, raça, religião, faixa etária, situação migratória, atuação profissional, diversidade cultural, linguagem, laços sociais e familiares ou outro status;

IV - preservação da intimidade e da identidade;

V - prevenção à revitimização no atendimento e nos procedimentos investigatórios e judiciais;

VI - atendimento humanizado;

VII - informação sobre procedimentos administrativos e judiciais.

§ 1º A atenção às vítimas dar-se-á com a interrupção da situação de exploração ou violência, a sua reinserção social, a garantia de facilitação do acesso à educação, à cultura, à formação profissional e ao trabalho e, no caso de crianças e adolescentes, a busca de sua reinserção familiar e comunitária.

§ 2º No exterior, a assistência imediata a vítimas brasileiras estará a cargo da rede consular brasileira e será prestada independentemente de sua situação migratória, ocupação ou outro status.

§ 3º A assistência à saúde prevista no inciso I deste artigo deve compreender os aspectos de recuperação física e psicológica da vítima

A Lei nº 13.344 também acrescentou ao Estatuto do Estrangeiro<sup>21</sup> disposições referentes à facilitação de residência e à isenção de taxas e emolumentos para concessão de visto e para obtenção de documentos para regularização da situação migratória para vítimas de tráfico de pessoas<sup>22</sup>.

No âmbito processual penal, a Lei acrescentou os artigos 13-A e 13-B ao Decreto-Lei nº 3.689 de 03 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), garantindo ao membro do Ministério Público ou ao Delegado de Polícia o poder de requisitar dados e informações cadastrais de vítimas e suspeitos dos órgãos públicos e empresas privadas e de requisitar às empresas prestadores de serviços de telecomunicações ou telemáticas, mediante autorização judicial, a disponibilização de meios técnicos que possibilitem a localização desses sujeitos.

No Código Penal, a Lei nº 13.344 promoveu duas alterações: primeiramente, estabeleceu o cumprimento de mais de dois terços da pena para o livramento condicional no caso de condenação por tráfico de pessoas, desde que o apenado não

<sup>21</sup> Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980.

<sup>22</sup> A essência dessas disposições consta na nova Lei de Migração, já sancionada pela Presidência da República.

seja reincidente específico. Depois, revogou os artigos 231 e 231-A, incluindo o artigo 149-A, que tem a seguinte redação:

Art. 149-A. Agenciar, aliciar, recrutar, transportar, transferir, comprar, alojar ou acolher pessoa, mediante grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso, com a finalidade de:

I - remover-lhe órgãos, tecidos ou partes do corpo;

II - submetê-la a trabalho em condições análogas à de escravo;

III - submetê-la a qualquer tipo de servidão;

IV - adoção ilegal; ou

V - exploração sexual.

Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.

§ 1º A pena é aumentada de um terço até a metade se:

I - o crime for cometido por funcionário público no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las;

II - o crime for cometido contra criança, adolescente ou pessoa idosa ou com deficiência;

III - o agente se prevalecer de relações de parentesco, domésticas, de coabitação, de hospitalidade, de dependência econômica, de autoridade ou de superioridade hierárquica inerente ao exercício de emprego, cargo ou função; ou

IV - a vítima do tráfico de pessoas for retirada do território nacional.

§ 2º A pena é reduzida de um a dois terços se o agente for primário e não integrar organização criminosa.

Em apertada síntese, as condutas do tipo penal foram modificadas e vinculadas a um meio de execução (grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso); o rol de elementos subjetivos específicos (finalidades especiais) foi ampliado, incluindo a remoção de órgãos, a escravidão, a servidão e a adoção ilegal; a pena foi alterada para reclusão de quatro a oito anos e multa; e o tráfico internacional, antes crime próprio, passou a ser causa de aumento de pena, assim como o fato do crime ser cometido por funcionário público no exercício das funções, ou a pretexto de exercê-la, ou contra idoso<sup>23</sup>. Ademais, a lei inovou ao prever causas de diminuição da pena para agente primário ou não integrante de organização criminosa, em notável compactuação com o artigo 5 da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional.

## 5 CONCLUSÃO

Em relação ao tráfico de pessoas, o Direito Internacional teve o condão de influenciar as modificações ocorridas na legislação e nas políticas públicas do país, culminando na promulgação de um marco regulatório específico, a Lei nº 13.344/2016,

<sup>23</sup> As outras causas de aumento de pena já constavam do Código Penal, ainda que não *ipsis litteris*.

e no fortalecimento do processo de enfrentamento ao tráfico de pessoas, donde se destaca a adoção da Política Nacional e dos Planos Nacionais de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas, materializados através das Redes de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas.

Por óbvio, tais reflexos se tornam evidentes a partir de 2004, com a ratificação da Convenção de Palermo e, principalmente, do Protocolo de Palermo, quando o Brasil se comprometeu formalmente com a comunidade internacional para a prevenção e repressão ao crime de tráfico de pessoas, bem como para proteção das vítimas, pois o país passou a realmente envidar esforços para implementação do estabelecido nesses instrumentos.

Cabe ressaltar que no tráfico de pessoas a experiência traumática permanece como “um fator psicológico capaz de provocar pânico, terror, medo, tristeza ou desespero e se manifestar em fantasias, pesadelos traumáticos e recriações psicóticas das agressões” (OIT, 2006, p. 32-33), daí a relevância do enfoque dado à proteção e à assistência integral, humanizada e não discriminatória à vítima, preconizando o respeito a seus direitos humanos e fundamentais, evitando-se com isso sua reinserção, como sujeito ativo ou passivo, nas redes do tráfico.

No mais, ao analisar situações como a desproporção entre as penas aplicadas e a gravidade do crime, fica a certeza de que ainda há muito a ser feito para o enfrentamento efetivo ao tráfico de pessoas, porém, é preciso reconhecer a imprescindibilidade das mudanças até então promovidas.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. *Diário Oficial da União*. Brasília, 15 mar. 2004. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm)>. Acesso em: 09 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 5.017, de 12 de março de 2004. Promulga o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças. *Diário Oficial da União*. Brasília, 15 mar. 2004. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/decreto/d5017.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5017.htm)>. Acesso em: 09 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 5.948, de 26 de outubro de 2006. Aprova a Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas e institui Grupo de Trabalho Interministerial com o objetivo de elaborar proposta do Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas - PNETP. *Diário Oficial da União*. Brasília, 27 out. 2006. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/Decreto/D5948.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/Decreto/D5948.htm)>. Acesso em: 09 jun. 2017

\_\_\_\_\_. Decreto nº 6.347, de 08 de janeiro de 2008. Aprova o Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas - PNETP e institui Grupo Assessor de Avaliação e Disseminação do referido Plano. *Diário Oficial da União*. Brasília, 09 jan. 2008. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2008/Decreto/D6347.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Decreto/D6347.htm)>. Acesso em: 09 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei nº 1.004, de 21 de outubro de 1969. Código Penal. *Diário Oficial da União*. Brasília, 21 out. 1969. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1960-1969/decreto-lei-1004-21-outubro-1969-351762-publicacaooriginal-1-pe.html>> Acesso em 09 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da União*. Brasília, 31 dez. 1940. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-publicacaooriginal-1-pe.html>> Acesso em 09 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 13.344, de 06 de outubro de 2016. Dispõe sobre prevenção e repressão ao tráfico interno e internacional de pessoas e sobre medidas de atenção às vítimas; altera a Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), e o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); e revoga dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). *Diário Oficial da União*. Brasília, 07 out. 2016. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/L13344.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13344.htm)>. Acesso em: 09 jun. 2017.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. *Consulta Pública: II Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas*. Brasília: MJSP, 2017. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-de-pessoas>>. Acesso em 14 jun. 2017.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Manual de capacitação sobre o tráfico de pessoas*. 2ª Edição. Brasil: OIT, 2010. 60 p.

\_\_\_\_\_. *Tráfico de pessoas para fins de exploração sexual*. Brasília : OIT, 2006. 80 p.

RODRIGUES, Thais de Camargo. *Tráfico Internacional de pessoas para exploração sexual*. São Paulo: Saraiva, 2013

SECRETARIA DE ESTADO DE SAÚDE DO DISTRITO FEDERAL. *Manual para Atendimento às Vítimas de Violência na Rede de Saúde Pública do Distrito Federal*.

Coord. Laurez Ferreira Vilela. Brasília: Secretaria de Estado de Saúde do Distrito Federal, 2008. 68 p.

SECRETARIA DE POLÍTICAS PARA AS MULHERES. *Programa Mulher, viver sem violência*: diretrizes gerais e protocolos de atendimento. Org. Aparecida Gonçalves. Brasília: Casa da Mulher Brasileira, [201-]. 66 p.

103

Secretaria Nacional de Justiça. *II Plano nacional de enfrentamento ao tráfico de pessoas*. Brasília: Ministério da Justiça, 2013. 32 p. Disponível em: <[https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/noticias/2013/04/2013-04-08\\_Folder\\_IIPNETP\\_Final.pdf](https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/noticias/2013/04/2013-04-08_Folder_IIPNETP_Final.pdf)>. Acesso em: 09 jun. 2017.

SIEBER, Ulrich. *Limites do Direito Penal*: Limites e desafios do novo programa de pesquisa em Direito Penal no Instituto Max-Planck de Direito Penal estrangeiro e internacional. In: Revista Direito GV. Nº 7 jan.-jun. 2008. Trad. Alessandro Hirata. São Paulo, 2008. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n1/a12v4n1.pdf>> Acesso em: 09 jun. 2017. p. 269-330.

SILVEIRA, Vladmir Oliveira da; ROCASOLANO, Maria Mendez. *Direitos Humanos: conceitos, significados e funções*. São Paulo: Saraiva, 2010.

# JURISDIÇÃO E CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA

*JEAN RODRIGO RIBEIRO DE PONTES*



Fonte: "A Batalha de Arica" por Juan Lepiani em 1880.  
[historiaillustrada.com.br](http://historiaillustrada.com.br)

# JURISDIÇÃO E CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA: CASO “OBRIGAÇÃO DE NEGOCIAR ACESSO AO OCEANO PACÍFICO” (BOLÍVIA *VERSUS* CHILE)

**Jurisdiction and International Court of Justice: Case “Obligation to Negotiate Access to the Pacific Ocean” (Bolivia *versus* Chile)**

Jean Rodrigo Ribeiro de Pontes\*

**Resumo:** Como resultado do fim da Guerra do Pacífico, em 1883, a Bolívia foi obrigada a ceder a Província de Antofagasta ao Chile. A perda da importante região estratégica fez com que o território boliviano deixasse de apresentar saída soberana para o mar. Desde então, a questão integra a pauta de conflitos diplomáticos na região andina. O caso foi apresentado à Corte Internacional de Justiça em abril de 2013, por meio de ação ajuizada pelo Estado Plurinacional da Bolívia, com fito de obrigar a República do Chile a negociar de “boa-fé” o direito de acesso soberano ao Oceano Pacífico. A defesa chilena, contudo, buscou afastar a jurisdição da Corte por meio de uma objeção preliminar, fundada no Tratado de Paz, celebrado entre os estados, em 1904. O presente trabalho investiga a problemática envolvendo a exceção oposta pelo Chile.

**Palavras-chave:** Corte Internacional de Justiça; Acesso soberano ao oceano; Chile; Bolívia; Jurisdição Internacional.

**Abstract:** As a result of the end of the Pacific War in 1883, Bolivia was forced to cede the province of Antofagasta to Chile. The loss of the important strategic region meant also the loss of the sole Bolivian sovereign access to the sea. Since then, the issue is part of the agenda of diplomatic conflicts in the Andean region. The case came to the International Court of Justice in April 2013, through a suit filed by Caracas, asking Santiago to negotiate in "good faith" the right of sovereign access to the Pacific Ocean. The Chilean defense, however, sought to dismiss the jurisdiction of the Court through a preliminary objection, based on the Treaty of Peace entered between the states in 1904. This paper investigates the issues involving the objection made by Chile.

**Keywords:** International Court of Justice; Sovereign Access to the Sea; Andean Region; Bolivia; Chile; International Jurisdiction.

## 1 INTRODUÇÃO

---

\* Mestrando em direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Bacharel em direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Advogado. E-mail: jean.pontes@simoespontes.com.br.

Em maio de 2015, a revista *The Economist* destacou entre suas notícias internacionais o fato de que o governo boliviano havia encomendado oficialmente a 35 músicos a gravação de uma canção de cunho patriótico: “*Las Playas del Futuro*”<sup>1</sup>. Com os versos “*ni nos cansaremos de reclamar, tenemos derecho al mar*”, a cantoria buscava sensibilizar a comunidade internacional acerca do principal conflito diplomático entre o Estado Plurinacional da Bolívia e a República do Chile.

A disputa que remonta ao século XIX, diz respeito à região da Província de Antofagasta, a qual, anteriormente à Guerra do Pacífico, constituía a única faixa litorânea da Bolívia. De acordo com as alegações bolivianas, o governo chileno recusa-se a cogitar quaisquer soluções diplomáticas à negociação de um histórico direito boliviano de acesso soberano ao Oceano Pacífico. Nesse contexto, a Bolívia decidiu recentemente submeter o imbróglio à apreciação da Corte Internacional de Justiça (“CIJ”), requerendo que o órgão jurisdicional obrigue o Chile a negociar de “boa-fé” o alegado direito de acesso ao mar.

O peculiar pedido da Bolívia, portanto, não busca requerer à Corte a adjudicação de uma faixa litorânea do território chileno, mas sim o reconhecimento de um direito de negociação bilateral. Esse é um ponto fulcral da argumentação boliviana, fundada em reiterados documentos diplomáticos assinados e trocados entre os Estados durante os últimos cem anos. Este artigo, contudo, preocupa-se menos com o mérito da controvérsia e mais com a forma pela qual se discutiu o acesso à jurisdição da Corte no caso em questão.

Nesse sentido, a presente análise exporá, em um primeiro momento, o histórico do conflito fronteiriço entre Chile e Bolívia, o qual se inicia com a guerra ocorrida entre 1879 e 1883, na América Andina. Em seguida, serão apresentados os detalhes do caso endereçado à CIJ, elucidando os fatos processuais ocorridos até o indeferimento das objeções preliminares à jurisdição da Corte apresentadas pelo Chile. Nessa toada, serão enfatizados os argumentos apresentados no voto em separado do Juiz Antônio Augusto Cançado Trindade, para que então se proceda a análise das razões pelas quais a jurisdição da CIJ realmente não poderia ser afastada no caso em tela.

---

<sup>1</sup> THE ECONOMIST. **Beaches of the future?** Edição digital do dia 09 de maio de 2015. Disponível em: <<https://www.economist.com/news/americas/21650578-south-american-border-dispute-has-implications-international-law-beaches-future>>. Acesso em 01 de dezembro de 2017.

## 2 BREVE HISTÓRICO DO CONFLITO

Os primeiros atritos diplomáticos concernentes à delimitação de fronteiras entre Chile e Bolívia remontam a 1825, ano da independência boliviana. Já nesta época, ambos os países disputavam a propriedade soberana de parcela do deserto do Atacama, sobretudo, das regiões ricas em um fertilizante natural chamado “guano”. Somente após quatro décadas de negociação, as chancelarias chilena e boliviana celebraram o Tratado de Limites de 1866. Por meio desse acordo, estabeleceram-se os respectivos direitos de exportação, demarcando-se as regiões fronteiriças<sup>2</sup>.

A aplicação do tratado de fronteiras, contudo, não prosperou. Em 1874, outra rodada de negociações levou à conclusão de um novo tratado de limites, o qual tornava sem efeito o anterior. Este acordo estabelecia em seu art. 4º, que as pessoas, indústria e capitais chilenos situados nas regiões que passassem a integrar o território boliviano, na nova configuração espacial, não estariam sujeitos a novas regras de tributação<sup>3</sup>.

Malgrado a ratificação do tratado, o Congresso boliviano não se mostrou satisfeito com a obrigação de se abster de tributar as empresas chilenas. Em 1878, o governo do então presidente Hilárion Daza, aprovou uma lei que aumentou a incidência fiscal nas exportações de salitre da empresa chilena “*Compañía de Salitre y Ferrocarril de Antofagasta*”<sup>4</sup>. A chancelaria chilena, por óbvio, atacou a validade da referida norma e tentou, sem sucesso, anular os seus efeitos por meio de negociações

---

<sup>2</sup> A esse respeito, cf. arts. 1º ao 5º do Tratado de Limites entre a República do Chile e Bolívia. BOLÍVIA; CHILE. **Tratado de límites entre la Republica de Chile y la de Bolivia. 1866**. Disponível em: <[http://www.historia.uchile.cl/CDA/fh\\_article/0.1389,SCID%253D15703%2526ISID%253D563%2526PRT%253D15699%2526JNID%253D12.00.html](http://www.historia.uchile.cl/CDA/fh_article/0.1389,SCID%253D15703%2526ISID%253D563%2526PRT%253D15699%2526JNID%253D12.00.html)>. Acesso em 01 de dezembro de 2017.

<sup>3</sup> “Los derechos de exportación que se impongan sobre los minerales exportados en la zona de terreno de que hablan los artículos precedentes, no excederán la cuota de la que actualmente se cobra, y las personas, industrias y capitales chilenos no quedarán sujetos a contribuciones de cualquiera clase que sean que las que al presente existen. La estipulación contenida en este artículo durará por el termino de veinticinco años”. BOLÍVIA; CHILE. **Tratado de límites de 1874 entre Bolivia y Chile**. Disponível em: <[http://www.historia.uchile.cl/CDA/fh\\_article/0.1389,SCID%253D15704%2526ISID%253D563%2526PRT%253D15699%2526JNID%253D12.00.html](http://www.historia.uchile.cl/CDA/fh_article/0.1389,SCID%253D15704%2526ISID%253D563%2526PRT%253D15699%2526JNID%253D12.00.html)>. Acesso em 01 de dezembro de 2017.

<sup>4</sup> Artículo 1º.- En los lugares de Antofagasta, Pasto grande, Catua y demás terrenos limítrofes con la República Arjentina, del distrito de Atacama del Litoral, se impone la contribucion de 50 cs. mensuales por cada cabeza de ganado vacuno, caballar o mular, procedentes de aquella República, que se inviernen en aquellos pastales; y 20 cs. por el lanar o de llamas. BOLÍVIA. Ley de 25 de febrero de 1878. Disponível em: <<http://www.lexivox.org/norms/BO-L-18780225.xhtml>>. Acesso em: 01 de dezembro de 2017.

diplomáticas. Em decorrência do malogro das tratativas pacíficas, os Estados andinos recorreram ao uso da força, dando início ao conflito que ficou conhecido como a “Guerra do Pacífico”.

A Bolívia, apoiada pelo Peru, em decorrência do Tratado de Aliança Defensiva Riva Agüero-Benavente<sup>5</sup>, enfrentou pela primeira vez as tropas chilenas na Batalha de Topáter, ocorrida em 23 de março de 1879. Após este conflito, diversos outros se desenrolaram, culminando com a derrota da aliança Bolívia-Peru. Como consequência das condições de imposição de paz, o Chile anexou a seu território a província de Tarapacá<sup>6</sup>, anteriormente solo peruano, e a província boliviana de Antofagasta<sup>7</sup>, a única saída soberana da Bolívia para o Oceano Pacífico.

A recuperação do acesso ao mar, desde o fim do conflito, tornou-se matéria indelével na formulação da agenda boliviana de política externa. De fato, diversas foram as iniciativas de solucionar o imbróglie andino, dentre as quais se destacam: o Tratado de Transferência de Territórios entre as Repúblicas da Bolívia e do Chile de 1895; o Tratado de Paz e Amizade de 1904; o Acordo de Charaña de 1975; as Resoluções 426 e 689 da Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA); além de diversas trocas de notas diplomáticas, memorandos e estabelecimentos de protocolos adicionais de negociação.

Após seu centenário, a disputa chegou à CIJ, principal órgão judiciário da Organização das Nações Unidas (ONU). Imprescindível observar que, a Corte, em janeiro de 2014, determinou uma solução para a crise chileno-peruana, também derivada da Guerra do Pacífico<sup>8</sup>. Será a Corte capaz de também impor derradeira decisão ao imbróglie que tanto desgasta as relações bilaterais Bolívia-Chile?

<sup>5</sup> A esse respeito, cf. SANTAROSA, Felipe Costi. **Rivalidade e integração nas relações chileno-peruanas: implicações para a política externa brasileira na América do Sul**. Brasília: FUNAG, 2012, p. 255.

<sup>6</sup> CHILE. PERU. **Tratado de Ancón**. Disponível em: <<http://www.laguerradelpacifico.cl/Causas/Ancon.htm>>. Acesso em: 01 de dezembro de 2017.

<sup>7</sup> BOLÍVIA. CHILE. **Pacto de Tregua entre Bolívia y Chile**. Disponível em: <<http://www.laguerradelpacifico.cl/Causas/Tregua.htm>>. Acesso em: 01 de dezembro de 2017.

<sup>8</sup> O Peru obteve parcial vitória, no âmbito da CIJ, no seu pedido de traçar uma nova fronteira marítima com o Chile. A Corte, em decisão histórica, estabeleceu uma delimitação geográfica que ampliou a soberania do Peru, contudo, sem esbulhar o Chile da área litigiosa. Para o resumo do caso, cf. ICJ-CIJ. **Maritime Dispute (Peru x Chile). Summary of the Judgment of 27 January 2014**. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/137/17958.pdf>>. Acesso em: 01 de dezembro de 2017.

### 3 O CASO

Bolívia e Chile são partes do Pacto de Bogotá de 1948, tratado internacional que dispõe acerca dos mecanismos pacíficos de solução de controvérsias aplicáveis aos conflitos entre seus signatários. De acordo com artigo XXXI do Pacto, quaisquer questões de natureza jurídica, que ensejem conflito entre as partes contratantes, poderão ser submetidas à CIJ, a qual terá sua jurisdição reconhecida *ipso facto* pelos litigantes<sup>9</sup>. Esse dispositivo terá fundamental importância na análise da competência da corte, a qual será estudada nas seções seguintes.

Com fulcro, portanto, nesse dispositivo do Pacto de Bogotá, a chancelaria boliviana dirigiu, no dia 24 de abril de 2013, petição inicial à Corte, objetivando requerer sua intervenção na histórica disputa fronteiriça entre os Estados, originada na Guerra do Pacífico<sup>10</sup>. O interessante, entretanto, é que o governo boliviano não busca uma medida adjudicatória, mas sim que a Corte obrigue a diplomacia chilena a negociar de boa-fé um acordo com que estabeleça uma nova delimitação de fronteiras entre os Estados e que assegure à Bolívia acesso soberano ao Oceano Pacífico. Em sua exordial, alega a Bolívia que:

- [...] 2. O objeto da controvérsia reside: a) na existência dessa obrigação [*de negociar de boa-fé acesso soberano ao mar*]; b) no descumprimento dessa obrigação pelo Chile; e, c) no dever do Chile de cumprir a referida obrigação.
3. Atualmente, ao contrário de posição anteriormente adotada, o Chile rejeita e nega a existência de qualquer obrigação entre as partes, acerca do objeto da presente petição.
4. A Bolívia afirma que o Chile nega a obrigação de negociar um acesso totalmente soberano da Bolívia ao Oceano Pacífico, o que evidencia uma diferença fundamental nos pontos de vista. A posição chilena obsta qualquer possibilidade de negociar uma solução para a lide, e dá ensejo a uma disputa jurídica entre as partes, a qual a Bolívia tem a honra de apresentar à Corte<sup>11</sup>.

9 CHILE. BOLÍVIA. **Pacto de Bogotá**: “Artículo XXXI. De conformidad con el inciso 2º del artículo 36 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, las Altas Partes Contratantes declaran que reconocen respecto a cualquier otro Estado Americano como obligatoria *ipso facto*, sin necesidad de ningún convenio especial mientras esté vigente el presente Tratado, la jurisdicción de la expresada Corte en todas las controversias de orden jurídico que surjan entre ellas y que versen sobre: a) La interpretación de un Tratado; b) Cualquier cuestión de Derecho Internacional; c) La existencia de todo hecho que, si fuere establecido, constituiría la violación de una obligación internacional; d) La naturaleza o extensión de la reparación que ha de hacerse por el quebrantamiento de una obligación internacional”. Disponível em: <<http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-42.html>>. Acesso em 01 de dezembro de 2017.

10 O *application instituting proceedings* ajuizado pela Bolívia encontra-se disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/153/17338.pdf>>. Acesso em 01 de dezembro de 2017.

11 *Idem*. Tradução livre de: “2. The subject of the dispute lies in: a) the existence of that obligation, b) the noncompliance with that obligation by Chile, and c) Chile's duty to comply with the said obligation.

Em suas alegações, por conseguinte, a Bolívia esclarece que seu pedido à CIJ consiste na obrigação de impor ao Chile um dever de negociar de boa-fé um novo tratado de fronteiras. Isso porque, o Chile, embora não admita hodiernamente, outrora reconheceu a necessidade de uma negociação diplomática para o impasse surgido com o fim da Guerra do Pacífico, qual seja a saída soberana da Bolívia para o mar.

Repare-se, portanto, que a disputa se concentra em duas questões basilares: (i) a existência de uma obrigação de negociar; e, (ii) o descumprimento, por parte do governo chileno, dessa obrigação. Por decorrência lógica, caso a Corte entenda pela não existência de um *pactum negotiando*, resta prejudicado o pedido de análise do descumprimento de algo que jamais existiu. Julgando, ao contrário, favoravelmente à existência da obrigação, deverá a Corte apresentar seu parecer quanto à observância ou não pelo Chile ao princípio do *pacta sunt servanda*, corolário dos acordos internacionais.

Como meio de prova da existência da obrigação, a Bolívia trouxe ao conhecimento da Corte os diversos tratados e compromissos bilaterais acordados com o Chile, os quais já foram mencionados acima. Em adição, a chancelaria boliviana concedeu especial destaque ao ocorrido nas conclusões do acordo denominado “Agenda dos 13 pontos”, assinado em 2010 e que não prosperou no que concerne à questão fronteiriça.

Narra a Bolívia que, em julho de 2006, os governos dos presidentes Evo Morales e Michelle Bachelet haviam incluído a “Questão Marítima”, no ponto VI do acordo<sup>12</sup>. Pontua a Bolívia ainda que, por ocasião da 22<sup>a</sup> reunião do “Mecanismo

---

3. At present, contrary to the position that it had itself adopted, Chile rejects and denies the existence of any obligation between the parties concerning the subject of the present Application 4. Bolivia asserts that Chile's denial of the obligation to enter into negotiations regarding Bolivia's fully sovereign access to the Pacific Ocean evidences a fundamental difference in points of view. It closes any possibility of negotiating a solution to this difference, and constitutes a legal dispute between the parties, which Bolivia hereby has the honour to submit to the Court.”

12 *Idem*. Tradução livre de: “In July 2006, the Governments of Evo Morales and Michelle Bachelet, Presidents of Bolivia and Chile, respectively, agreed on the “Agenda of the 13 Points”, which included the “Maritime Issue” in point VI. On the occasion of the 22nd meeting of the Bolivia Chile Bilateral Mechanism for Political Consultations (from 12 to 14 July 2010) both States agreed that the bilateral dialogue had to give rise to concrete, appropriate and feasible solutions on point VI of the Bilateral Agenda referred to the “Maritime Issue” in the next and subsequent meetings. For that purpose, a meeting was planned to take place in November 2010, but when the said date arrived Chile unilaterally suspended the meeting. The negotiations were never resumed”.

bilateral de Consultas Políticas Bolívia-Chile” (de 12 a 14 julho de 2010), ambos os membros concordaram que o diálogo bilateral deveria originar soluções concretas, adequadas e viáveis ao ponto VI da agenda bilateral, referente à “Questão Marítima”, nas próximas e subsequentes reuniões. Para tanto, um encontro foi planejado para ocorrer em novembro de 2010, “mas quando da referida data, o Chile suspendeu unilateralmente a reunião”, não tendo sido as negociações retomadas<sup>13</sup>.

Ademais, reiterou a exordial boliviana que, em fevereiro de 2011, o Presidente Evo Morales questionou oficialmente o governo do Chile quanto à possibilidade de propor uma minuta com propostas concretas à solução do “confinamento da Bolívia”. A resposta da chancelaria chilena foi expressa: a Bolívia não possui base legal para acessar o Oceano Pacífico através de territórios pertencentes ao Chile<sup>14</sup>. De fato, esse parece ser o posicionamento oficial e atual de Santiago, o qual foi reiterado pela última vez, antes do ajuizamento da ação na CIJ, na 67ª Sessão da Assembleia Geral da ONU.

A Bolívia afirma que à época, o presidente da Bolívia, mais uma vez pediu que o Governo do Chile “finalmente resolvesse o confinamento marítimo, utilizando mecanismos pacíficos de solução de controvérsias”. O pedido, entretanto, foi “rejeitado categoricamente pelo Ministro das Relações Exteriores chileno”, tendo esse destacado que não há nenhuma disputa entre Chile e Bolívia, que não existem questões pendentes entre os dois Estados e que a Bolívia não tem qualquer direito de reclamar um acesso soberano ao mar<sup>15</sup>.

Em decorrência desse contexto, a chancelaria boliviana requisitou à Corte o reconhecimento de que: a) o Chile tem a obrigação de negociar com a Bolívia um

---

13 *Idem*. Tradução livre de: “In July 2006, the Governments of Evo Morales and Michelle Bachelet, Presidents of Bolivia and Chile, respectively, agreed on the “Agenda of the 13 Points”, which included the “Maritime Issue” in point VI. On the occasion of the 22nd meeting of the Bolivia Chile Bilateral Mechanism for Political Consultations (from 12 to 14 July 2010) both States agreed that the bilateral dialogue had to give rise to concrete, appropriate and feasible solutions on point VI of the Bilateral Agenda referred to the “Maritime Issue” in the next and subsequent meetings. For that purpose, a meeting was planned to take place in November 2010, but when the said date arrived Chile unilaterally suspended the meeting. The negotiations were never resumed”.

14 *Idem*. Tradução livre de: “Bolivia lacks any legal basis to access the Pacific Ocean through territories appertaining to Chile”.

15 *Idem*. Nesse sentido, veja: “Further, at the 67th session of the United Nations General Assembly in September 2012, the President of Bolivia once more requested that the Government of Chile ‘finally solve its maritime confinement, using peaceful dispute solving mechanisms’. This request was rejected categorically by the Chilean Minister of Foreign Affairs, who pointed out that ‘there is no dispute between Chile and Bolivia’, that there are no pending issues between the two States and that ‘Bolivia lacks any right to claim a sovereign access to the sea’”.

acordo que conceda a Bolívia um acesso totalmente soberano ao Oceano Pacífico; b) o Chile violou a referida obrigação; e c) o Chile deve executar a referida obrigação de boa-fé, prontamente, formalmente, dentro de um prazo razoável e eficaz, para conceder à Bolívia um acesso totalmente soberano ao Oceano Pacífico<sup>16</sup>.

A Corte emitiu sua primeira orientação quanto ao caso no dia 18 de junho de 2013, cerca de dois meses após o ajuizamento da ação<sup>17</sup>. A CIJ realizou o denominado juízo de admissibilidade do caso, entendendo pela possibilidade jurídica do mesmo<sup>18</sup>. Ato contínuo, aprovou a nomeação dos juízes *ad hoc*<sup>19</sup> pela Bolívia e pelo Chile, respectivamente, Sr. Eduardo Rodríguez Veltzé e Sr. Felipe Bulnes Serrano. Determinou, por fim, que fossem apresentados o Memorial boliviano até o dia 17 de abril de 2014 e o Contramemorial chileno até o dia 18 de fevereiro de 2015.

O chanceler da Bolívia, David Choquehuanca, acompanhado do Presidente Evo Morales, apresentou no dia 15 de abril de 2014 seu Memorial na Haia, contendo as razões da demanda histórica contra o Chile. Por seu turno, a chancelaria chilena optou por não apresentar imediatamente seu contramemorial, mas sim um pedido de objeção preliminar, em 15 de julho de 2014, assinado por seu plenipotenciário, Felipe Bulnes, apontando a inobservância de requisitos obrigatórios à admissibilidade da demanda.

Para o Chile, a cláusula judicial prevista no Artigo XXXI do Pacto de Bogotá deveria ser lida em conjunto com o Artigo VI do mesmo instrumento, o qual estabelece não serem aplicáveis as disposições atinentes à resolução pacífica de controvérsias

<sup>16</sup> *Idem*. Nesse sentido, veja: “a) Chile has the obligation to negotiate with Bolivia in order to reach an agreement granting Bolivia a fully sovereign access to the Pacific Ocean. b) Chile has breached the said obligation. c) Chile must perform the said obligation in good faith, promptly, formally, within a reasonable time and effectively, to grant Bolivia a fully sovereign access to the Pacific Ocean”.

<sup>17</sup> Interessante observar a composição da Corte no momento de seu primeiro pronunciamento: Presidente Tomka; Vice-Presidente Sepúlveda-Amor; Juízes Owada, Abraham, Keith, Bennouna, Skotnikov, Caçado Trindade, Yusuf, Greenwood, Xue, Donoghue, Gaja, Sebutinde, Bhandari; e juiz-relator Couvreur.

<sup>18</sup> ICJ-CIJ. **Ordonnance de 18 de junho de 2013**. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/docket/files/153/17392.pdf>. Acesso em 01 de dezembro de 2017.

<sup>19</sup> O Estatuto da CIJ permite que a parte litigante que não tenha a representação de um juiz de sua nacionalidade na Corte possa indicar um juiz *ad hoc* para participar do julgamento do caso. Cf. ICJ-CIJ. **Estatuto da Corte Internacional de Justiça: Artigo 31. 1.** Os juízes da mesma nacionalidade de qualquer das partes conservam o direito de funcionar numa questão julgada pela Corte. **2.** Se a Corte incluir entre os seus membros um juiz de nacionalidade de uma das partes, qualquer outra parte poderá escolher uma pessoa para funcionar como juiz. Essa pessoa deverá, de preferência, ser escolhida entre os que figuraram entre os candidatos a que se referem os arts. 4 e 5. **3.** Se a Corte não incluir entre os seus membros nenhum juiz de nacionalidade das partes, cada uma destas poderá proceder à escolha de um juiz, de conformidade com o parágrafo 2 deste artigo.

quando a controvérsia envolver “*asuntos ya resueltos por arreglo de las partes, o por laudo arbitral, o por sentencia de un tribunal internacional, o que se hallen regidos por acuerdos o tratados en vigencia en la fecha de la celebración del presente Pacto*”. Assim, ao reconhecerem esta disposição, os Estados-parte teriam categoricamente afastado a jurisdição da Corte acerca de quaisquer matérias (i) já convenionadas por acordo entre si (ii) ou regida por acordos ou tratados em força em 1948.<sup>20</sup>

Nesse sentido, as mais de duas resmas de páginas que instruem a defesa preliminar chilena prestam-se, sobretudo, a comprovar que o Tratado de Paz de 1904 celebrado entre os Estados estabelece regras relacionadas a questões de soberania territorial e ainda quanto à natureza do acesso boliviano ao mar - o qual se daria por meio de um regime especial de passagem, atravessando o território do Chile<sup>21</sup>. Assim, a exceção buscava afastar a jurisdição da Corte invocada pela Bolívia com base no Artigo XXXI do Pacto de Bogotá, uma vez que o Artigo VI do mesmo instrumento reconheceria ser o caso não justiciável perante a CIJ.

Para o Chile, o máximo que a Bolívia poderia perquirir seria o dever de negociar o acesso ao mar, o que, entretanto, já ocorreu em 1904, inexistindo o dever mandatário de reconhecer a soberania boliviana sobre parcela de seu território. Em assim sendo, restaria afastada a competência da Corte para decidir sobre litígio já pacificado convencionalmente entre as partes, sob risco de ser abalar as fronteiras hodiernamente pacíficas da região andina<sup>22</sup>.

---

<sup>20</sup> O Article VI estabelece que “[t]he procedures [laid down in the Pact of Bogotá] . . . may not be applied to matters already settled by arrangement between the parties, or by arbitral award or by decision of an international court, or which are governed by agreements or treaties in force on the date of the conclusion of the present Treaty”. Disponível em: <<http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-42.html>>. Acesso em 01 de dezembro de 2017.

<sup>21</sup> ICJ-CIJ. **Obligation to Negotiate Access to the Pacific Ocean (Bolivia v. Chile). Preliminary Objection**. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/docket/files/153/18746.pdf>. “Bolivia says: ‘Sovereign access to the sea was not addressed in the 1904 Treaty’. That is incorrect. The 1904 Peace Treaty addressed both territorial sovereignty and the character of Bolivia’s access to the sea. Its terms left no prior Bolivian claim to sovereign access to the sea pending, and it established a special regime for Bolivian access to the sea over Chilean territory”.

<sup>22</sup> A própria Corte resumiu a objeção chilena, nos seguintes termos: “Chile’s preliminary objection is in summary as follows: (a) Bolivia claims that it has a right to sovereign access to the Pacific Ocean and requests the Court to order Chile to negotiate and agree with Bolivia, and to grant it such sovereign access. (b) The 1904 Peace Treaty between Bolivia and Chile settled and governs matters of territorial sovereignty and the character of Bolivia’s access to the Pacific Ocean. (c) Article VI of the Pact of Bogotá excludes Bolivia’s claim from the jurisdiction of the Court because it concerns matters settled and governed by the 1904 Peace Treaty. (d) Article VI of the Pact of Bogotá also excludes from the jurisdiction of the Court Bolivia’s attempt to rely on the 1895 Treaty as a source of its alleged right to sovereign access

Ao defender-se das alegações preliminares, a Bolívia argumentou que não buscava discutir perante a Corte uma modalidade de acesso soberano ao mar – o que deveria ser tratado em uma negociação futura -, mas sim a existência de uma expectativa legítima de resolução pacífica da controvérsia via negociação diplomática. Para a Bolívia, “*the specific modalities of sovereign access are not matters for the Court but, rather, are matters for future agreement*” entre as partes, não tendo a lide qualquer conexão com o Tratado de Paz de 1904<sup>23</sup>. O direito ao acesso soberano, ao contrário, deriva de um acúmulo sucessivo de declarações unilaterais e memorandos do Chile, de trocas de notas diplomáticas, de reuniões bilaterais, ou seja, da prática diplomática que se estendeu por mais de um século envolvendo a matéria.

#### 4 A DECISÃO PRELIMINAR DA CORTE

Até a presente data<sup>24</sup>, a CIJ ainda não proferiu uma decisão definitiva de mérito sobre o conflito entre o Chile e a Bolívia. Ainda que os internacionalistas aguardem com entusiasmo um posicionamento final da Corte quanto a diversos institutos caros ao direito internacional, como o princípio da *pacta sunt servanda* e os mecanismos de responsabilização internacional pelos acordos de boa-fé, a decisão preliminar proferida em 24 de setembro de 2015 já traz uma grande contribuição para os estudiosos dos limites da jurisdição da CIJ.

Ao apreciar a objeção apresentada pelo governo chileno, a Corte entendeu que a demanda boliviana estava de acordo com os requisitos do Artigo 38, §2º do Regimento da Corte<sup>25</sup>, o qual obriga os autores a especificarem e delimitarem os fatos e as razões jurídicas que envolvem seu pleito:

Em suporte à afirmação de que existe a obrigação de negociar o acesso soberano ao mar, a Petição cita “acordos, práticas diplomáticas e uma série de declarações atribuíveis aos representantes do mais alto escalão [do Chile]”.

---

to the Pacific Ocean. The 1896 exchange of notes governs the effect of the 1895 Treaty, and by force of that exchange it is settled that the 1895 Treaty is “wholly without effect”.

<sup>23</sup> ICJ-CIJ. **Obligation to Negotiate Access to the Pacific Ocean (Bolivia v. Chile). Preliminary Objection.** Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/153/18746.pdf>>. Acesso em 01 de dezembro de 2017.

<sup>24</sup> 01 de dezembro de 2017.

<sup>25</sup> ICJ-CIJ. **Rules of the Court:** “Article 38, 2. The application shall specify as far as possible the legal grounds upon which the jurisdiction of the Court is said to be based; it shall also specify the precise nature of the claim, together with a succinct statement of the facts and grounds on which the claim is based.”. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/en/rules>>. Acesso em 01 de dezembro de 2017.

Também afirma que o Chile - contrariamente à posição que o próprio Chile já adotou - rejeitou e negou a existência da alegada obrigação de negociação em 2011 e 2012, tendo o Chile violado essa obrigação. A Petição não invoca o Tratado de Paz de 1904 como fonte de direitos ou obrigações para qualquer das Partes, nem solicita à Corte que se pronuncie acerca da natureza jurídica desse Tratado. Em assim sendo, portanto, a Petição apresenta uma disputa sobre a existência de uma obrigação de negociar o acesso soberano ao mar e a alegada violação dela<sup>26</sup>.

A Corte, portanto, observou que nenhuma questão presente no Tratado de Paz de 1904, expressa ou implicitamente, pôs fim a questão da obrigatoriedade da negociação de boa-fé. Assim, diante da inexistência de consenso diplomático, arbitral, judicial, costumeiro ou convencional entre as partes, seria improcedente a exceção fundada no Artigo VI do Pacto de Bogotá.

Em assim sendo, por 14 votos a 2, os juízes Abraham, Yusuf, Owada, Tomka, Bennouna, Cançado Trindade, Greenwood, Xue, Donoghue, Sebutinde, Bhandari, Robinson, Gevorgian e Daudet rejeitaram a preliminar levantada pelo Chile, reconhecendo a jurisdição da Corte para apreciar a demanda boliviana. Vale notar que com o indeferimento da objeção chilena, reabriu-se o prazo para apresentação do contramemorial chileno. Tem-se notícia que o mesmo foi apresentado tempestivamente, não tendo sido, porém, disponibilizado ao público<sup>27</sup>.

## 5 CONSIDERAÇÕES ACERCA DO VOTO EM SEPARADO DO JUIZ ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE

Apesar de ter seguido a orientação majoritária da Corte, o Juiz Antônio Augusto Cançado Trindade proferiu voto em separado, pontuando algumas interessantes

<sup>26</sup> ICJ-CIJ. **Judgment of 24 September 2015**. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/files/case-related/153/153-20150924-JUD-01-00-EN.pdf>> Tradução livre de: “In support of the claim that there is an obligation to negotiate sovereign access to the sea, the Application cites “agreements, diplomatic practice and a series of declarations attributable to [Chile’s] highest-level representatives”. It also states that Chile — contrary to the position that Chile had itself adopted — later rejected and denied the existence of the alleged obligation to negotiate in 2011 and 2012, and that Chile has breached this obligation. The Application does not invoke the 1904 Peace Treaty as a source of rights or obligations for either Party, nor does it ask the Court to make any pronouncement regarding the legal status of that Treaty. On its face, therefore, the Application presents a dispute about the existence of an obligation to negotiate sovereign access to the sea, and the alleged breach thereof.”

<sup>27</sup> A informação consta na Ordem de 21 de setembro de 2016. Cf. ICJ-CI. **Order of 21 September 2016**. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/files/case-related/153/153-20160921-ORD-01-00-EN.pdf>> Acesso em 01 de dezembro de 2017.

convicções acerca da improcedência das objeções preliminares levantadas pelo governo Chileno, em especial, aquela relativa à ausência de jurisdição da Corte para apreciação da demanda boliviana.

Relembra Trindade que já em 1948 o Pacto de Bogotá era reconhecido como um minucioso trabalho de codificação dos mecanismos internacionais de solução pacífica de controvérsias, tendo superado o apego tradicional dos estados latino-americanos à arbitragem e reconhecido a importância de um órgão judiciário internacional compulsório e permanente<sup>28</sup>. Ressalta que o artigo XXXI do instrumento visava aumentar ao máximo as hipóteses de jurisdição obrigatória do Tribunal de acordo com critérios materiais e temporais irrestringíveis<sup>29</sup>. Em assim sendo, seria imprudente admitir a objeção chilena que "não tem um caráter exclusivamente preliminar, aparecendo como uma defesa quanto ao mérito do pedido da Bolívia"<sup>30</sup>.

Ocorre, contudo, que para Trindade essa percepção não ficou tão clara na decisão da Corte, não tendo havido menção acerca da importância da apreciação da demanda pelo viés da anacrônica divisão entre questões preliminares e questões de mérito<sup>31</sup>. Isso porque o Chile opôs uma objeção *ratione materiae* - e não *ratione personae* ou *ratione temporis* -, sendo sua admissibilidade em sede preliminar (determinando a extinção do processo sem resolução de mérito) uma afronta ao princípio da boa administração da justiça<sup>32</sup>. Nesse sentido, ressalta que os princípios

---

<sup>28</sup> Como afirma Cançado, "the advance achieved with the adoption of the Pact of Bogotá was the culminating point of the evolution, starting in the XIXth century, of the commitment of Latin American countries with peaceful settlement of international disputes, moving towards compulsory jurisdiction of the Hague Court". ICJ-CIJ. **Separate opinion of Judge Cançado Trindade**. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/files/case-related/153/18750.pdf>>. Acesso em 01 de dezembro de 2017.

<sup>29</sup> *Idem*. Nesse sentido, cf.: "In sum, the Court's jurisdiction is grounded on the provision of a treaty (the Pact of Bogotá), and not on a unilateral declaration, as under the optional clause of Article 36 (2) of the ICJ Statute. Article XXXI was intended to enhance the jurisdiction of the Court, *ratione materiae* and *ratione temporis* (not admitting subsequent restrictions, while the Pact remains in force), as well as *ratione personae* (concerning all States Parties to the Pact). In my own perception, the traditional voluntarist conception (a derivative of anachronical legal positivism) yielded to the reassuring conception of the *jus necessarium*, to the benefit of the realization of international justice."

<sup>30</sup> *Idem*.

<sup>31</sup> *Idem*. Para Trindade, essa divisão é característica do voluntarismo clássico: "[it] reflects the old voluntarist-positivist conception of international justice subjected to State consent".

<sup>32</sup> Cite-se, inclusive, que este foi o posicionamento da Corte Permanente de Justiça Internacional no caso Panevezys-Saldutiskis Railway, no qual se decidiu julgar as objeções preliminares lituanas de natureza *ratione materiae* em conjunto com o próprio julgamento de mérito, a fim de garantir a boa administração da justiça. (Order of 30.06.1938) PCIJ. **Order made on 30 June 1938. Preliminary Objections**. Disponível em: <[http://www.icj-cij.org/files/permanent-court-of-international-justice/serie\\_AB/AB\\_75/Panevezys-](http://www.icj-cij.org/files/permanent-court-of-international-justice/serie_AB/AB_75/Panevezys-)

gerais do direito desempenham um importante papel para o direito internacional, independentemente de serem princípios substantivos (como o *pacta sunt servanda* ou a boa-fé) ou princípios processuais<sup>33</sup>.

Para Trindade, apesar da abordagem clássica do positivismo jurídico tentar minimizar sua importância, os princípios constituem a base dos ordenamentos jurídicos, tanto a nível nacional como internacional. Os princípios gerais do direito “informam e conformam as normas e regras dos sistemas legais”, formando seu substrato. Indo além, os princípios “são indispensáveis (formando o *jus necessarium*, indo muito além do mero *jus voluntarium*) e expressam a ideia de uma justiça objetiva (característica do pensamento jusnaturalista), de alcance universal”<sup>34</sup>.

De fato, o recurso aos princípios gerais do direito processual internacional mostra-se inelutável na realização da justiça. Esses princípios devem orientar a interpretação e a aplicação das normas legais, fundamentando a própria existência dos sistemas jurídicos<sup>35</sup>.

Em assim sendo, o princípio da boa administração da justiça impede o conhecimento da objeção preliminar chilena. Pondera Trindade que a análise da petição boliviana permite concluir que o pedido à Corte se restringe ao reconhecimento de uma obrigação de negociar, legitimamente fundada em tratativas posteriores ao Pacto de Bogotá, sem relação direta com o Tratado de Paz de 1904. Segue afirmando que:

---

Saldutiskis\_exceptions\_prelimaires\_ordonnance\_19380630.pdf>. Acesso em 01 de dezembro de 2017.

<sup>33</sup> Interessante transcrever a opinião de Trindade, para quem: “[w]e are here in a domain wherein general principles of law play an important role, whether they are substantive principles (such as those of *pacta sunt servanda*, or of *bona fides*), or procedural principles”. ICJ-CIJ. **Separate opinion of Judge Cançado Trindade**. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/files/case-related/153/18750.pdf>>. Acesso em 01 de dezembro de 2017.

<sup>34</sup> *Idem*. Tradução livre de: “Despite the characteristic attitude of legal positivism to attempt, in vain, to minimize their role, the truth remains that, without principles, there is no legal system at all, at either national or international level. General principles of law inform and conform the norms and rules of legal systems. In my understanding, sedimented along the years, general principles of law form the substratum of the national and international legal orders, they are indispensable (forming the *jus necessarium*, going well beyond the mere *jus voluntarium*), and they give expression to the idea of an objective justice (proper of jusnaturalist thinking), of universal scope”.

<sup>35</sup> *Idem*. Nesse sentido, cf.: “Recourse to general principles of international procedural law is in effect ineluctable, in the realization of justice. General principles are always present and relevant, at substantive and procedural levels. Such principles orient the interpretation and application of legal norms. They rest on the foundations of any legal system, which is made to operate on the basis of fundamental principles.”

Reconhecer o direito de negociação não é o mesmo que reconhecer o direito à negociação de um tratado ou de uma dada solução. O primeiro não implica no segundo. Essa é uma questão para ser analisada durante a apreciação do mérito. A Corte analisa apenas o primeiro, o alegado direito de negociar. A objeção levantada pelo Estado réu não surge exclusivamente como uma objeção de natureza preliminar. Sua substância somente pode ser propriamente analisada no curso da apreciação do mérito do *cas d'espèce*, não como uma objeção preliminar<sup>36</sup>.

Assim, deve-se reconhecer a jurisdição da CIJ tanto pela base convencional, quanto pela base principiológica de uma comunidade internacional que viu a concepção voluntarista clássica ceder espaço a concepção de *jus necessarium*, em benefício da realização da justiça internacional<sup>37</sup>.

Em nossa opinião, mais do que uma concepção voluntarista, a negação ao acesso à justiça fere justamente um o princípio da resolução pacífica de controvérsias, esse sim, acima de qualquer interesse estatocêntrico. Como afirma Cançado: “the search for justice transcends any straight-jacket conception of international legal procedure”. O direito internacional não é – e não pode ser – considerado mera *comitas gentium*<sup>38</sup>.

## 6 JURISDIÇÃO E RESOLUÇÃO PACÍFICA DE CONTROVÉRSIAS COMO PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DO DIREITO INTERNACIONAL

### 6.1 *Jus Necessarium*: a noção de normas cogentes no direito internacional

---

<sup>36</sup> *Idem*. Tradução livre de: “To assert the duty to negotiate is not the same as to assert the duty to negotiate an agreement, or a given result. The former does not imply the latter. This is a matter for consideration at the merits stage. The Court is here concerned only with the former, the claimed duty to negotiate. The objection raised by the respondent State does not appear as one of an exclusively preliminary character. The substance of it can only be properly addressed in the course of the consideration of the merits of the *cas d'espèce*, not as a ‘preliminary objection’”.

<sup>37</sup> *Idem*. Em sua percepção, a concepção voluntarista clássica “*yielded to the reassuring conception of the jus necessarium, to the benefit of the realization of international justice*”.

<sup>38</sup> O principal defensor da noção de direito internacional como mera cortesia internacional foi John Austin. A teoria do direito de Austin parte do estudo da lei como comando normativo. As leis necessariamente emanam de uma autoridade superior. Apesar disso, não se pode afirmar que todo comando emanado de um ente superior seja lei: somente é norma legal aquela que, contrariamente ao comando arbitrário e *ad hoc*, apresenta uma característica de estabilidade e de generalidade suscetível de fazê-la obrigatória para um determinado grupo de indivíduos. A esse respeito, cf. TRUYOL Y SERRA, Antonio; KOLB, Robert. **Doctrines sur le Fondement du Droit des Gens**. Paris: Pedone, 2007, p. 34.

Ao fim do século XIX, a doutrina internacionalista inclinou-se para o questionamento quanto à inserção de normas de conteúdo moral e constitucional no direito das gentes. Mais especificamente, passou-se a cogitar a existência de um núcleo de direitos superiores à ordem convencional da comunidade de Estados<sup>39</sup>. Somente com o fim da Grande Guerra, contudo, os juristas passaram a dedicar-se à verificação da existência de normas de conteúdo hierarquicamente superior dentro da ordem internacional. A rigor, trata-se de um processo oriundo da percepção de que a noção clássica de soberania sofreu com o advento do século XX uma clara relativização<sup>40</sup>. Alain Pellet, por exemplo, identifica esse fenômeno como um movimento de passagem da sociedade westfaliana para o mundo global transfronteiriço, no qual os povos são separados mais pela língua do que pelas ideias<sup>41</sup>.

Nesse sentido, começaram a surgir dois principais conceitos capazes de evidenciar a existência de normas fundamentais da ordem jurídica internacional: o *jus cogens* e as obrigações *erga omnes*. Há um conflito doutrinário interessante acerca da existência ou não de diferença entre ambos os conceitos<sup>42</sup>. Independentemente de tal discussão, uma constatação parece ser certa: a comunidade internacional aceita de forma quase unânime a existência de uma classe de preceitos legais hierarquicamente

---

<sup>39</sup> Nesse contexto, foram importantes em especial os estudos à época da I Convenção de Genebra de 1864 e das Conferências de Paz da Haia, os quais contribuíram ativamente para tal discussão KADELBACH, Stefan. **Jus Cogens, Obligations Erga Omnes and other Rules – the identification of fundamental norms**. In: Tomuschat, Christian e Thouvenin, Jean-Marc (ed.). *The Fundamental Rules of International Legal Order*. Leiden, Boston: Martinus Nijhoff, 2006, p. 21.

<sup>40</sup> Somente no século XX, o direito internacional será capaz de afirmar que a soberania somente poderia se mostrar como a independência jurídica frente a outros ordenamentos nacionais, mas não às próprias normas internacionais. Nesse sentido, veja, por exemplo, o entendimento da Corte Permanente de Arbitragem Internacional, no Caso da Ilha de Palmas, adotado no voto do árbitro Max Huber, segundo o qual, “sovereignty in the relations between States signifies independence. Independence in regard to a portion of the globe is the right to exercise therein, to the exclusion of any other State, the functions of State”. UN. **United Nations Reports of International Arbitral Awards**, vol. 2, April, 1928, p. 838. Disponível em: [http://legal.un.org/riaa/cases/vol\\_II/829-871.pdf](http://legal.un.org/riaa/cases/vol_II/829-871.pdf). Acesso em 01.12.2017.

<sup>41</sup> PELLET, Alain. **Conclusions**. In: Tomuschat, Christian e Thouvenin, Jean-Marc (ed.). *The Fundamental Rules of International Legal Order*. Leiden, Boston: Martinus Nijhoff, 2006, capítulo XIX, p. 417.

<sup>42</sup> Christian Tomuschat, por exemplo, afirma não fazer o menor sentido dividir “the world of hierarchically superior norms into *jus cogens* and obligations *erga omnes*”. TOMUSCHAT, Christian. **Reconceptualizing the debate on *jus cogens* and obligations *erga omnes***. In: Tomuschat, Christian e Thouvenin, Jean-Marc (ed.). *The Fundamental Rules of International Legal Order*. Leiden, Boston: Martinus Nijhoff, 2006. Pellet (2006, p. 428), por outro lado, defende de forma peremptória tal distinção.

superiores às regras "comuns" do direito internacional, as quais formam o *jus necessarium*<sup>43</sup>.

Este é um processo que recebeu pleno reconhecimento quando, em 1969, a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (CVDT) introduziu formalmente a regra de que os tratados que violam *jus cogens* são nulos (artigos 53 e 64)<sup>44</sup>. Os redatores da CVDT adotaram uma definição formal, descrevendo como normas peremptórias aquelas que assim são reconhecidas pela comunidade de Estados como um todo, a partir da qual não são permitidas derrogações e que só podem ser substituídas por normas com a mesma hierarquia<sup>45</sup>. Esta proposição significa que a imunidade soberana não é mais a peça central da ordem jurídica internacional.

As normas cogentes, portanto, consistem em regras imperativas situadas em um plano hierárquico superior às demais fontes do Direito Internacional. Ao contrário do direito consuetudinário internacional, as normas peremptórias não necessitam do consentimento das partes, não podendo ser violadas por nenhum Estado, sob nenhuma hipótese. Percebe-se, entretanto, que o conceito de normas fundamentais (*jus cogens* e as obrigações *erga omnes*) é muitas vezes dotado de certa vagueza<sup>46</sup>.

Assim, ainda que aos poucos constate-se uma harmonia acerca da noção própria de direito internacional cogente, o *quasi* consenso, por outro lado, se dilui no que se refere ao conteúdo e à identificação das normas de *jus cogens*. A jurisprudência e a

<sup>43</sup> TOMUSCHAT, 2006, p. 425. Alfred Verdross irá nomear essas normas comuns de *jus dispositivum*. "Pero hay también otras normas que ni algunos Estados particulares pueden *inter se* alterar. Por ej., dos Estados que sean miembros de La O.N.U. no pueden acordar que dejaron de observar entre sí los principios del art. 2º de Carta, porque estos deberes son *absolutos*. Lo mismo cabe decir de tratados inmorales que v. gr. teviessen por objeto proteger o favorecer la trata de esclavos o de niños (XXIII, C, iii, e, 4). De ahí que ante cada norma sea preciso averiguar si por su sentido es dispositiva (*jus dispositivum*) o taxativa (*jus cogens*)". VERDROSS, Alfred. **Derecho Internacional Público**. Trad. Truyol y Serra, Madri: Ed. Aguilar, 1963, p. 81.

<sup>44</sup> CVDT, "Artigo 53 - *Tratados incompatíveis com uma norma imperativa de direito internacional geral* (*jus cogens*). É nulo todo o tratado que, no momento da sua conclusão, seja incompatível com uma norma imperativa de direito internacional geral. Para os efeitos da presente Convenção, uma norma imperativa de direito internacional geral é uma norma aceite e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados no seu todo como norma cuja derrogação não é permitida e que só pode ser modificada por uma nova norma de direito internacional geral com a mesma natureza. Artigo 64 - *Superveniência de uma norma imperativa de direito internacional geral* (*jus cogens*). Se sobrevier uma nova norma imperativa de direito internacional, geral, qualquer tratado existente que seja incompatível com essa norma torna-se nulo e cessa a sua vigência."

<sup>45</sup> KADELBACH, 2006, p. 29.

<sup>46</sup> TAVERNIER, Paul. **L'identification des règles fondamentales – un problème résolu?** In: Tomuschat, Christian e Thouvenin, Jean-Marc (ed.). *The Fundamental Rules of International Legal Order*. Leiden, Boston: Martinus Nijhoff, 2006, p. 17.

doutrina hesitam entre variados termos que se assimilam por vezes ao *jus cogens*, mas que na opinião de alguns doutrinadores, necessitam ser diferenciados, como, por exemplo, a noção de ordem pública, de obrigação *erga omnes* ou ainda dos direitos intransponíveis e inderrogáveis. Nesse contexto, a questão da identificação das normas fundamentais (*jus cogens* e obrigações *erga omnes*) surge como uma questão essencial<sup>47</sup>.

Stefan Kadelbach, por exemplo, defende que as diferentes categorias de regras fundamentais são diferenciadas de acordo com as consequências legais que lhes são atribuídas. O conceito de *jus cogens* é fundado sobre os interesses da comunidade internacional e é caracterizado pela proibição contra disposições sobre certos direitos, seja em desvantagem própria ou em detrimento de outros que não estão em condições de prestar efetivamente sua própria proteção (como povos, grupos ou indivíduos)<sup>48</sup>. Mais especificamente, o termo *jus cogens* denomina normas cujo efeito é o de tornar nulo tratados conflitantes (nos termos dos artigos 53 e 64 CVDT). Obrigações *erga omnes*, ao contrário, seriam normas diretamente ligadas a obrigações que podem ensejar a responsabilização internacional do Estado por seus atos<sup>49</sup>. Em suma, portanto, normas imperativas e obrigações *erga omnes*, ainda que possam se sobrepor de alguma maneira, devem ser diferenciadas de acordo com suas respectivas consequências jurídicas.

Por sua vez, Pellet entende que a distinção repousa na dicotomia conteúdo-destinatário, uma vez que “*le caractère cogens d’une norme concerne la qualité du contenu même de celle-ci*”, enquanto “*l’expression erga omnes attire plutôt l’attention*

---

<sup>47</sup> TAVERNIER, 2006, p. 12. Dentre nós, José Blanes Salas defende justamente que a tarefa de explicitar quais valores constituem o *jus cogens* deverá ser atribuída a outras fontes do Direito Internacional, como a jurisprudência ou a doutrina. Ainda assim, reconhece que no texto das atas das sessões que precederam a assinatura da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, constam alguns exemplos fundamentais de *jus cogens*, são estes: (i) tratados que legitimassem o emprego da força, contrários aos dispositivos da Carta da ONU, (ii) tratados que organizassem o tráfico de escravos, ou que legitimassem a (iii) pirataria ou o (iv) genocídio, (v) tratados que violassem normas de proteção aos direitos humanos. SALA, José Blanes. A Política Internacional e as regras de *jus cogens*. In: Revista IMES. Direito. Ano VIII, nº 13, 2007, p. 65.

<sup>48</sup> KADELBACH, 2006, p. 29.

<sup>49</sup> KADELBACH, 2006, p. 26. Vale destacar aqui que Kadelbach vê ainda um terceiro e distinto grupo de normas, as quais incluem os crimes de direito internacional sujeitos à jurisdição universal. Para o autor, assim como *jus cogens* e normas *erga omnes*, eles são definidos por suas consequências legais, ou seja, pela responsabilidade individual criminal de quem cometeu, iniciada, ou que de outra forma contribuíram para a sua violação, bem como o direito, se não a obrigação, de todos os Estados para processar o infrator perante os órgãos jurisdicionais nacionais. P. 39.

*sur ses destinataires*<sup>50</sup>. Daí o jurista relembrar a comparação de Ian Brownlie, para quem o *jus cogens* é um veículo que raramente sai da garagem<sup>51</sup>.

Com efeito, percebe-se que os esforços para identificação das normas fundamentais são diversos e variáveis. A rigor, parece ser o ponto de equilíbrio da doutrina que tais normas constituem uma ordem jurídica que aceita ponderações de nível em oposição à ausência total de hierarquia defendida pela doutrina clássica do direito das gentes<sup>52</sup>. Independentemente da natureza jurídica das normas fundamentais, o desafio será sempre o de inserir valores em um direito que tradicionalmente os rejeita. Daí Paul Tavernier diagnosticar a "moralização" definitiva do direito internacional contemporâneo, que pode levar a variações relativamente rápidas em uma perspectiva cronológica e, adicionalmente, a variações a nível regional.

## 6.2 O princípio da resolução pacífica de controvérsias como argumento adicional à jurisdição da Corte

Para Trindade, a antiga ambivalência entre o dever de resolução pacífica e a livre escolha de meios não mais prospera<sup>53</sup>. O tempo parece ter concedido hierarquia cogente em favor do primeiro, tornando-o um princípio geral do direito internacional.

---

<sup>50</sup> PELLET, 2006, p. 418.

<sup>51</sup>Para Tomuschat, contudo, essa distinção padece de critérios lógicos. Nas palavras do crítico: "Seen from this viewpoint, it makes little sense to divide the world of hierarchically superior norms into jus cogens and obligations erga omnes. The original meaning of jus cogens refers to the validity of international treaties, as suggested by Articles 53 and 64 of the VCLT. By classifying a rule as jus cogens, one recognizes its capacity to restrict the treaty-making power of two or several States. Subsequently, jus cogens became a common denominator for special legal consequences in other fields of inter-State relationships – for instance with regard to sovereign immunity. This is a development which, from the viewpoint of terminological and substantive clarity, is to be deplored. The substantive superiority of a specific rule and the legal consequences deriving from its breach should remain separate. In fact, when resorting to the term "obligations erga omnes", it is not so much the substantive structure *ratione personae* of a legal commitment which lawyers have in mind, but rather the right of third States to take steps for the defence of a breach of that commitment – namely counter-measures or measures akin to measures of diplomatic protection which normally are permitted only in favour of nationals". Cf. TOMUSCHAT, Christian. Obligations arising for states without or against their will. In: *Recueil des cours*, Volume 241 (1993-IV), p. 430.

<sup>52</sup> TAVERNIER, 2006, p. 18.

<sup>53</sup> CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. Peaceful settlement of international disputes: current state and perspectives. In: XXXI Course of International Law of OAE. Rio de Janeiro: 2004, p. 38. Disponível em:

[http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones\\_digital\\_XXXI\\_curso\\_derecho\\_internacional\\_20\\_04\\_Antonio\\_Augusto\\_Cancado\\_Trindade.pdf](http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones_digital_XXXI_curso_derecho_internacional_20_04_Antonio_Augusto_Cancado_Trindade.pdf). Acesso em 01 de dezembro de 2017.

A comunidade internacional parece ter alcançado um nível de consciência para admitir que o princípio da solução pacífica deve condicionar a livre escolha dos meios.

Ao analisar essa redução da liberdade estatal, Paulo Emílio Vauthier Borges de Macedo afirma ocorrer uma restrição ao clássico Princípio Lotus, uma das regras mais bem estabelecidas e consolidadas entre grande parte dos internacionalistas<sup>54</sup>. Em seu curso da Haia, Christian Tomuschat reduz o Princípio Lotus a seguinte fórmula: “na ausência de uma norma proibitiva específica, cada Estado está simplesmente livre para fazer o que quiser fazer”. Aceitar o Princípio Lotus como princípio da legalidade no direito internacional em tais termos seria negar enfaticamente a existência de uma comunidade jurídica<sup>55</sup>. A soberania perante o direito internacional está tão somente inserida dentro do contexto da igualdade soberana das nações. Segundo Tomuschat, esta é “a premissa axiomática mais básica da ordem jurídica internacional”<sup>56</sup>.

Para Macedo, dois problemas jurídicos circundariam o Princípio Lotus da maneira como foi formulado:

Há dois problemas com o Princípio Lótus. Primeiro, ele pressupõe que a soberania estatal, além de um fato, constitui uma fonte de normas. Esta posição não pode ser considerada pacífica, e é duramente criticada por autores não positivistas e, até mesmo, por positivistas não voluntaristas como Hans Kelsen. Segundo, muitas normas de Direito Internacional Geral são, de fato, ambíguas ou imprecisas. Mas a dúvida acerca do conteúdo de uma regra de Direito, em nenhuma ordem interna, conduz forçosamente à regra permissiva geral. Se o simples fato de existir divergência interpretativa de normas costumeiras for suficiente para presumir a liberdade do Estado, então a obrigatoriedade das normas internacionais estaria gravemente comprometida.

Em assim sendo, mostra-se claro que a redução do voluntarismo estatal na tentativa de afastar a jurisdição de cortes internacionais é um fator contemporâneo

---

<sup>54</sup> Borges de Macedo assim resume a controvérsia: “No famoso caso, como se sabe, a Corte Permanente não indagou pela existência de uma norma que justificasse a jurisdição turca sobre o navio e o tenente franceses, mas se haveria uma regra que proibisse a Turquia de julgar o incidente. Assim, nascia o Princípio Lótus: os Estados podem exercer determinado comportamento ou omissão, desde que não haja uma proibição. Nas palavras da Corte: As regras de Direito que constroem os Estados emanam portanto das suas próprias vontades autônomas expressas em convenções ou nos usos geralmente aceitos como expressões de princípios de Direito e estabelecidos para regular as relações entre estas comunidades coexistentes e independentes e com o fito de atingir objetivos comuns.” BORGES DE MACEDO, Paulo Emílio Vauthier. Caso da Fragata Ara Libertad: a ampliação da jurisdição internacional. In: Wagner Menezes. (Org.). Direito do Mar: desafios e perspectivas. Belo Horizonte: Arraes, 2015, v. 1, p. 601-617.

<sup>55</sup> TOMUSCHAT, Christian. Obligations arising for states without or against their will. In: *Recueil des cours*, Volume 241 (1993-IV), p. 237.

<sup>56</sup> *Idem*.

extremamente caro à efetivação da justiça internacional. Hipóteses nas quais a jurisdição deva sofrer restrições necessitam ser extremamente pontuais e não podem levar o caso a se tornar um caso “não justiciável”. Como lembra Macedo: “As disputas não justiciáveis não são desejáveis e são, pois, proibidas pelo art. 2.3 da Carta da ONU. As cortes internacionais, assim, possuem a responsabilidade de restringir ao máximo tais situações. Trata-se de uma obrigação de tornar as cortes mais ativas e de estender a sua jurisdição”.

No caso do conflito andino, o hipotético conhecimento da objeção preliminar chilena impediria que um conflito que há mais de um século desgasta as relações latino-americanas fosse apreciado pela mais alta importante instância judiciária do sistema onusiano. Não obstante entendamos que a jurisdição da CIJ possa ser atraída única e exclusivamente pelas disposições presentes no Pacto de Bogotá, também ressaltamos que o princípio geral da resolução pacífica de controvérsias deve ser levado em consideração no imbróglia preliminar. Por ter força cogente, o princípio cria mais um empecilho ao afastamento da jurisdição da Corte.

## 7 CONCLUSÃO

O histórico conflito fronteiriço entre Chile e Bolívia, originado na Guerra do Pacífico, se prolonga desde o século XIX. Pauta permanente da agenda diplomática da América Andina, a lide envolvendo o direito boliviano de acesso soberano ao Oceano Pacífico chegou à principal instância do judiciário internacional, a CIJ. Por meio de ação ajuizada pela Bolívia, baseada em obrigações ditas subscritas pelo governo chileno em diversas ocasiões, a chancelaria boliviana solicita à Corte que obrigue o governo chileno a apresentar e analisar possíveis soluções à crise de mais de 130 anos. Não obstante o processo judicial não tenha ainda findado, este já demonstra sua relevância ao estudo do direito internacional.

Conforme esclarecido anteriormente, a demanda boliviana pretende, por meio da jurisdição contenciosa da CIJ, obrigar o Chile a negociar de “boa-fé” o direito de acesso soberano da Bolívia ao mar, uma vez que a chancelaria chilena se recusa a cogitar quaisquer soluções diplomáticas à lide. No decorrer deste trabalho, optou-se por analisar as questões relativas à jurisdição da própria Corte para apreciar a

demanda, dentre outras que demonstram claramente a importância do caso “Obrigação de Negociar Acesso ao Oceano Pacífico” para os operadores do Direito Internacional e para a exegese do Direito Internacional Contemporâneo.

A grande maioria dos juristas contemporâneos ressaltará a importância do diálogo diplomático como recurso de resolução de imbrólios bilaterais no contexto das relações internacionais. Muito improvavelmente a Corte irá ao encontro dessa tendência quase que universal. A questão que, entretanto, se coloca é: poderá a Corte compelir um Estado a celebrar, baseado em uma expectativa de direito, um compromisso de negociação sobre determinada matéria sem apresentar qualquer opinião a respeito da própria matéria?

## 8 REFERÊNCIAS

BOLÍVIA. CHILE. **Pacto de Tregua entre Bolivia y Chile**. Disponível em: <<http://www.laguerradelpacifico.cl/Causas/Tregua.htm>>. Acesso em: 01 de dezembro de 2017.

BOLÍVIA. CHILE. **Tratado de límites de 1874 entre Bolivia y Chile**. Disponível em: <[http://www.historia.uchile.cl/CDA/fh\\_article/o,1389,SCID%253D15704%2526ISID%253D563%2526PRT%253D15699%2526JNID%253D12,00.html](http://www.historia.uchile.cl/CDA/fh_article/o,1389,SCID%253D15704%2526ISID%253D563%2526PRT%253D15699%2526JNID%253D12,00.html)>. Acesso em 01 de dezembro de 2017.

BOLÍVIA. CHILE. **Tratado de límites entre la Republica de Chile y la de Bolivia**. 1866. Disponível em: <[http://www.historia.uchile.cl/CDA/fh\\_article/o,1389,SCID%253D15703%2526ISID%253D563%2526PRT%253D15699%2526JNID%253D12,00.html](http://www.historia.uchile.cl/CDA/fh_article/o,1389,SCID%253D15703%2526ISID%253D563%2526PRT%253D15699%2526JNID%253D12,00.html)>. Acesso em 01 de dezembro de 2017.

BOLÍVIA. **Ley de 25 de febrero de 1878**. Disponível em: <<http://www.lexivox.org/norms/BO-L-18780225.xhtml>>. Acesso em: 01 de dezembro de 2017.

BORGES DE MACEDO, Paulo Emílio Vauthier. Caso da Fragata Ara Libertad: a ampliação da jurisdição internacional. In: Wagner Menezes. (Org.). Direito do Mar: desafios e perspectivas. Belo Horizonte: Arraes, 2015, v. 1, p. 601-617.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. Peaceful settlement of international disputes: current state and perspectives. In: XXXI Course of International Law of OAE. Rio de Janeiro: 2004, p. 38. Disponível em: [http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones\\_digital\\_XXXI\\_curso\\_derecho\\_i](http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones_digital_XXXI_curso_derecho_i)

internacional\_2004\_Antonio\_Augusto\_Cancado\_Trindade.pdf. Acesso em 01 de dezembro de 2017.

CHILE. BOLÍVIA. **Pacto de Bogotá.** Disponível em: <<http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-42.html>>. Acesso em 01 de dezembro de 2017.

CHILE. PERU. **Tratado de Ancón.** Disponível em: <<http://www.laguerradelpacifico.cl/Causas/Ancon.htm>>. Acesso em: 01 de dezembro de 2017.

ICJ-CIJ. **Estatuto da Corte Internacional de Justiça.** Disponível em: <http://www.icj-cij.org/en/statute>. Acesso em 01 de dezembro de 2017.

ICJ-CIJ. Maritime Dispute (Peru x Chile). **Summary of the Judgment of 27 January 2014.** Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/137/17958.pdf>>. Acesso em: 01 de dezembro de 2017.

ICJ-CIJ. Obligation to Negotiate Access to the Pacific Ocean (Bolivia v. Chile). **Order of 21 September 2016.** Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/files/case-related/153/153-20160921-ORD-01-00-EN.pdf>>. Acesso em 01 de dezembro de 2017.

ICJ-CIJ. Obligation to Negotiate Access to the Pacific Ocean (Bolivia v. Chile). **Ordonnance de 18 June 2013.** Disponível em: <http://www.icj-cij.org/docket/files/153/17392.pdf>. Acesso em 01 de dezembro de 2017.

ICJ-CIJ. Obligation to Negotiate Access to the Pacific Ocean (Bolivia v. Chile). **Application instituting proceedings.** Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/153/17338.pdf>>. Acesso em 01 de dezembro de 2017.

ICJ-CIJ. Obligation to Negotiate Access to the Pacific Ocean (Bolivia v. Chile). **Preliminary Objection.** Disponível em: <http://www.icj-cij.org/docket/files/153/18746.pdf>. Acesso em 01 de dezembro de 2017.

ICJ-CIJ. Obligation to Negotiate Access to the Pacific Ocean (Bolivia v. Chile). **Judgment of 24 September 2015.** Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/files/case-related/153/153-20150924-JUD-01-00-EN.pdf>>. Acesso em 01 de dezembro de 2017.

ICJ-CIJ. Obligation to Negotiate Access to the Pacific Ocean (Bolivia v. Chile). **Separate opinion of Judge Cançado Trindade.** Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/files/case-related/153/18750.pdf>>. Acesso em 01 de dezembro de 2017.

ICJ-CIJ. **Rules of the Court.** Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/en/rules>>. Acesso em 01 de dezembro de 2017.

KADELBACH, Stefan. **Jus Cogens, Obligations Erga Omnes and other Rules – the identification of fundamental norms.** In: Tomuschat, Christian e Thouvenin, Jean-Marc (ed.). *The Fundamental Rules of International Legal Order*. Leiden, Boston: Martinus Nijhoff, 2006.

PCIJ. *Case Panevezys-Saldutiskis Railway Order made on 30 June 1938. Preliminary Objections.* Disponível em: <[http://www.icj-cij.org/files/permanent-court-of-international-justice/serie\\_AB/AB\\_75/Panevezys-Saldutiskis\\_exceptions\\_preliminaires\\_ordonnance\\_19380630.pdf](http://www.icj-cij.org/files/permanent-court-of-international-justice/serie_AB/AB_75/Panevezys-Saldutiskis_exceptions_preliminaires_ordonnance_19380630.pdf)>. Acesso em 01 de dezembro de 2017.

PELLET, Alain. **Conclusions.** In: Tomuschat, Christian e Thouvenin, Jean-Marc (ed.). *The Fundamental Rules of International Legal Order*. Leiden, Boston: Martinus Nijhoff, 2006.

SANTAROSA, Felipe Costi. **Rivalidade e integração nas relações chileno-peruanas: implicações para a política externa brasileira na América do Sul.** Brasília: FUNAG, 2012.

TAVERNIER, Paul. **L'identification des règles fondamentales – un problème résolu?** In: Tomuschat, Christian e Thouvenin, Jean-Marc (ed.). *The Fundamental Rules of International Legal Order*. Leiden, Boston: Martinus Nijhoff, 2006.

THE ECONOMIST. **Beaches of the future?** Edição digital do dia 09 de maio de 2015. Disponível em: <<https://www.economist.com/news/americas/21650578-south-american-border-dispute-has-implications-international-law-beaches-future>>. Acesso em 01 de dezembro de 2017.

TOMUSCHAT, Christian. **Obligations arising for states without or against their will.** In: *Recueil des cours*, Volume 241 (1993-IV).

TOMUSCHAT, Christian. **Reconceptualizing the debate on jus cogens and obligations erga omnes.** In: Tomuschat, Christian e Thouvenin, Jean-Marc (ed.). *The Fundamental Rules of International Legal Order*. Leiden, Boston: Martinus Nijhoff, 2006.

TRUYOL Y SERRA, Antonio; KOLB, Robert. **Doctrines sur le Fondement du Droit des Gens.** Paris: Pedone, 2007.

UN. **United Nations Reports of International Arbitral Awards**, vol. 2, April, 1928, p. 838. Disponível em: [http://legal.un.org/riaa/cases/vol\\_II/829-871.pdf](http://legal.un.org/riaa/cases/vol_II/829-871.pdf). Acesso em 01.12.2017.

VERDROSS, Alfred. **Derecho Internacional Público.** Trad. Truyol y Serra, Madri: Ed. Aguilar, 1963.

# RUMO À RUPTURA?

*ERALDO SILVA JUNIOR*



Fonte: "Guerra." 1942. Lasar Segall. [arteeartistas.com.br](http://arteeartistas.com.br)

## RUMO À RUPTURA? - O DESMONTE DA ESTRUTURA INTERNACIONAL DE PROTEÇÃO DOS INDIVÍDUOS COMO AMEAÇA À ESTABILIDADE DA ORDEM INTERNACIONAL

127

### DISRUPTION AHEAD? THE DISMANTLE OF THE INTERNATIONAL PROTECTION OF INDIVIDUALS FRAMEWORK AS A THREAT TO THE INTERNATIONAL ORDER STABILITY

Eraldo Silva Junior\*

**Resumo:** A existência de válvulas de escape em sociedades desiguais é imprescindível para a estabilidade de sua ordem jurídica. Os não-privilegiados precisam acreditar em um ideal de justiça. A segunda década do século XXI representa, até o momento, o fim da esperança na justiça. E é este o tema do presente ensaio, dividido em duas seções, uma dedicada à crise de refugiados e à fortaleza Europa, a segunda ao fechamento da jurisdição dos EUA à litigância estratégica em matéria de violação de direitos humanos. Em suma, será analisado o desmonte de parte da estrutura jurídica e política que criava as ilusões de esperança e de justiça essenciais para a manutenção da ordem e conseqüentemente para o bom funcionamento do Direito – afinal, não são a manutenção do *status quo* sempre que possível e a suavização das rupturas os objetivos principais do Direito?

**Palavras-chave:** transformações do direito internacional – proteção internacional do indivíduo – estabilidade sistêmica

**Abstract:** The existence of escape valves in unequal societies is essential for the stability of their legal system. The unprivileged need to believe in an ideal of justice. The second decade of the twenty-first century represents, so far, the end of hope in justice. And this is the theme of this essay, which is divided into two sections, one dedicated to the refugee crisis and the European fortress, the second one to the closure of the US jurisdiction to strategic litigation on human rights violations. In short, the dismantling of part of the legal and political structure that create the illusions of hope and justice essential for the maintenance of order and consequently for the proper functioning of the Law will be analyzed - after all, aren't the maintenance of the status quo whenever possible and the smoothing of ruptures the main goals of the legal science?

**Keywords:** transformations of the international law – international protection of the individual – systemic stability

---

\* Doutorando em direito internacional pela UERJ. Mestre em direito internacional pela UERJ. Bacharel em direito pela UERJ. Defensor Público Federal

## 1 INTRODUÇÃO

Terça-feira, de manhã. Mas, seria possível? Dois dias antes, no campo de Petrogrado, havia apenas bandos sem chefes, sem víveres, sem artilharia, vagando à toa, sem nenhuma orientação. O que teria fundido essas massas desorganizadas e sem disciplina, de guardas-vermelhos e de soldados sem oficiais, num exército obediente aos chefes por eles mesmos escolhidos, num exército temperado para receber o choque da artilharia e o assalto da cavalaria cossaca?<sup>1</sup>

128

O relato de John Reed exterioriza grande surpresa quanto à capacidade de auto-organização coletiva em momentos de dificuldade. É bem verdade que o episódio relatado – a vitória do Exército Vermelho na Revolução de Outubro de 1917 e o início do processo que culminaria na criação da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS) em 1922 – não surgiu espontaneamente, o processo de decadência do Império Russo se prolongava há muito, já estava evidente na São Petersburgo de Dostoiévski, digamos em Crime e Castigo (1866). A eclosão da maior das guerras – quem dera tivesse permanecido com este título – e os esforços czaristas em defesa de projetos geopolíticos alheios aos interesses diretos da população esfomeada levaram à erupção menchevique e à subsequente explosão bolchevique.

Em ordens baseadas na desigualdade, é imprescindível a existência de válvulas de escape para a base da pirâmide. É imprescindível que haja ao menos uma vã esperança de ascensão social ou de “justiça”. Quando todas elas desaparecem, a panela de pressão explode.

O século XX iniciou-se tardiamente. Alguns apontam a morte da Rainha Vitória, em 1901, e a progressiva saída do então Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do posto de principal protagonista mundial como o marco inicial do século, mas a Revolução Bolchevique é a melhor certidão de nascimento de um século que teve menos de oito décadas. O século XX foi o século da tensão geopolítica derivada do enfrentamento das duas potências políticas e econômicas – Estados Unidos da América (EUA) e URSS –, com os demais atores que tentaram concorrer ao posto rapidamente derrotados com o hasteamento da bandeira vermelha sobre o Reichstag, em abril de 1945, e com a primeira radio transmissão da voz do “deus” Hirohito com a rendição japonesa em agosto do mesmo ano.

<sup>1</sup> REED, John. 10 dias que abalaram o mundo. Porto Alegre: L&PM Pocket, 2009. P.276

O século da bipolaridade, apesar de marcado por episódios de violência extrema, por demonstrações de força capaz de obliterar a existência humana, foi um século de esperança. Sim, havia o medo constante de destruição global em uma guerra final, mas também havia a esperança. Para os insatisfeitos no bloco capitalista, o sonho de uma revolução socialista. Para os insatisfeitos no bloco socialista, a esperança de fuga para o outro lado do muro.

Foi neste século em que a Sociedade Internacional – e aqui não entraremos nas polêmicas acerca de sua efetiva existência – percebeu que o direito seria o único instrumento capaz de evitar a sua autodestruição. Em 1945, antes mesmo da captura de Berlim e da destruição de Hiroshima e Nagasaki, as tensões que marcariam as décadas subsequentes já estavam claras. O mundo já conhecia suas duas grandes potências (EUA e URSS) que, em complicada negociação resultante no quinteto com poder de veto nas Nações Unidas (EUA, URSS, França, China e Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte), transformaram, também no âmbito internacional, força em direito e obediência em dever.

O sistema das Nações Unidas, apesar de sempre ter se mostrado ineficiente, representava uma esperança para os atores internacionais – quem sabe com a proibição do uso da força inscrita na carta e com a Corte Internacional de Justiça a “igualdade” entre os Estados se tornaria menos desigual? Para os indivíduos, as Nações Unidas, de fato, trouxeram algum alívio – apesar de pequeno – com a codificação e a consolidação do Direito Internacional dos Refugiados e as posteriores tentativas de normatização do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Após o fim da Guerra Fria, consolidou-se o modelo de democracia representativa como o ideal para humanidade, apesar da impossibilidade prática de definir tal modelo. Simultaneamente, o uso pelos Estados Unidos da América da jurisdição como instrumento geopolítico, através da ampliação de sua extraterritorialidade, ganhou relevância, com a profusão de legislações específicas sobre o tema, em especial na área econômica, mas também com a interpretação ampliativa do *Alien Tort Statute*, regra datada do século XVIII, que, em última análise, passou a permitir o recurso de estrangeiros ao judiciário norte-americano para pleitear indenização por violação a determinados tratados ou regras costumeiras do Direito Internacional.

Se, por um lado, o fim da bipolaridade implicou na extinção da principal válvula de escape até então existente – a ideológica -, por outro, novas esperanças surgiram. Os EUA protegeriam as minorias que em seu território desembarcassem. A multicultural União Europeia receberia a todos. Os regimes democráticos se consolidariam, o povo exerceria o poder.

A segunda década do século XXI, contudo, representa, até o momento, o fim da esperança. E é este o tema do presente artigo em duas seções, uma dedicada à crise de refugiados e à fortaleza Europa, a segunda ao fechamento da jurisdição dos EUA à litigância estratégica em matéria de violação de direitos humanos. Em suma, será analisado o desmonte de parte da estrutura jurídica e política que criava as ilusões de esperança e de justiça essenciais para a manutenção da ordem e consequentemente para o bom funcionamento do Direito – afinal, não são a manutenção do *status quo* sempre que possível e a suavização das rupturas os objetivos principais de nossa ciência?

## **2 A FORTALEZA EUROPA E O DIREITO INTERNACIONAL DOS REFUGIADOS**

A primeira metade do Século XX foi marcada por série de eventos que impactaram decisivamente no desenvolvimento do sistema de proteção internacional dos indivíduos. O massacre de armênios no Império Turco-Otomano, a Revolução Russa e, como um todo, a dissolução dos grandes impérios europeus, com o surgimento de inúmeros Estados nacionais, provocaram aumento considerável no fluxo migracional<sup>2</sup>, tornando necessário o melhor desenvolvimento de institutos capazes de lidar com tal fenômeno.

Até então, a proteção de vítimas de perseguição se dava através do instituto do asilo, que normalmente pressupõe análise de casos individuais, exemplos extremos de perseguição promovida por um Estado contra um indivíduo em particular, normalmente sob o argumento de estar o poder público adotando medidas essenciais à preservação da ordem.

---

<sup>2</sup> CARLIER, J.-Y. Droit d'asile et des réfugiés : de la protection aux droits. In: \_\_\_\_\_ Recueil des cours. Haia: [s.n.], v. 332, 2007, p.185.

Historicamente, a origem dos direitos dos refugiados coincide com a origem dos sistemas gerais de proteção dos direitos humanos, ambos sendo produtos dos acontecimentos que marcaram a primeira metade do século XX<sup>3</sup>.

Até então, não havia política imigratória específica na Europa para o recebimento de grandes – e por vezes imprevisíveis – fluxos populacionais, sendo os estrangeiros que ingressavam no território dos Estados por vezes tratados como imigrantes comuns, em outras ocasiões como mercedores de asilo.

O fluxo migratório frequentemente era visto com bons olhos pelos governos, visto que os novos habitantes daquele Estado contribuiriam com o crescimento econômico deste, seja através da tributação, seja através do oferecimento de seus conhecimentos específicos<sup>4</sup>. Ademais, o controle de fronteiras na Europa não era particularmente rígido até a eclosão da Primeira Guerra Mundial. Entre 1826 e 1905, por exemplo, os portos ingleses eram abertos aos estrangeiros, sem restrições. Até mesmo monarquias autoritárias, como o Segundo Reich alemão (1871-1919), não dispunham de meios jurídicos para se opor ao ingresso de estrangeiros, recorrendo ao uso episódico de força para expulsar grupos nacionais, quando estes se tornavam indesejáveis<sup>5</sup>.

Por mais que do processo de consolidação do Estado Nacional na Europa já resultasse, ainda no século XIX, no fortalecimento da ideia de uma identidade nacional, esta ainda não representava uma barreira à movimentação de indivíduos. “A guerra de 1914 completa o processo de fechamento nacional ao tornar novamente obrigatórios os passaportes”<sup>6</sup> para o ingresso na França, por exemplo. Tal processo já vinha ganhando força em praticamente todas as nações industrializadas, que adotaram medidas extremas de protecionismo como forma de combater os efeitos devastadores da crise econômica iniciada com a quebra da bolsa de valores de Nova Iorque em 1929<sup>7</sup>.

<sup>3</sup> HATHAWAY, J. C. The rights of refugees under international law. Cambridge: Cambridge Press, 2005, p.75

<sup>4</sup> MARRUS, M. R. The unwanted: european refugees in the twentieth century. New York: Oxford University Press, 1985, p.7.

<sup>5</sup> NOIRIEL, G. Réfugiés et sans-papiers: la République face au droit d'asile, XIXe - XXe siècle. Paris: Pluriel, 2012, p.93.

<sup>6</sup> Do original em francês: “La guerre de 1914 parachève le processus de fermeture nationale en rendant à nouveau obligatoires le passeports”. In: NOIRIEL, G. Réfugiés et sans-papiers: la République face au droit d'asile, XIXe - XXe siècle. Paris: Pluriel, 2012, p.92.

<sup>7</sup> Ibid., p.93.

A liberdade de circulação que prevalecia até então desaparece e a imigração ganha caráter seletivo, de acordo com os interesses políticos momentâneos do Estado receptor<sup>8</sup>. Neste contexto, ou o indivíduo se enquadrava no padrão específico desejado pelo receptor, ou nos requisitos para o gozo de asilo – à época, já restrito à perseguições políticas – ou não conseguiria proteção.

Se, por um lado, a Primeira Guerra Mundial representou um marco no fechamento das fronteiras dos Estados europeus, por outro, episódios específicos que a antecederam já representavam importante desafio à proteção internacional dos indivíduos.

De fato, houve a mencionada migração de contingentes provenientes do Império Russo e do Império Otomano em direção à Europa ocidental, além de a Guerra dos Balcãs (1912-1914) ter dado início a ampla “*transferência involuntária de grupos de minorias étnicas daquela região*”<sup>9</sup>.

Durante a Primeira Guerra Mundial, os deslocamentos em massa ocorridos tinham como característica principal a sua temporariedade: as pessoas fugiam das hostilidades, em regra dentro do território do próprio Estado. Duas grandes exceções a este movimento: a migração em massa de belgas e sérvios, que, em razão da complexidade dos confrontos em seu território nacional foram forçados a migrar respectivamente para França e Albânia<sup>10</sup>, e, após 1917, de russos, mas estes fugindo da Revolução que eclodira naquele ano.

O recém-estabelecido regime russo, por sinal, inovou ao adotar em massa um mecanismo adicional de perseguição e punição daqueles que não apoiavam o governo. “*Em 28 de outubro de 1921, o Conselho dos Comissários do povo retira a nacionalidade russa dos refugiados que recusaram se submeter ao poder bolchevique*”<sup>11</sup> Medidas similares são adotadas posteriormente pela Itália (1926) e pela Alemanha (1935).

<sup>8</sup> VIEIRA, L.R. Refugiados ambientais : desafios à sua aceitação pelo direito internacional. 2012. 203f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2012, p.35.

<sup>9</sup> ANDRADE, J. H. F. D. Direito internacional dos refugiados: evolução histórica (1921-1952). Rio de Janeiro: Renovar, 1996, pp.20-21.

<sup>10</sup> ANDRADE, J. H. F. D. Direito internacional dos refugiados: evolução histórica (1921-1952). Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p.21.

<sup>11</sup> Do original em francês: “Le 28 octobre 1921, le Conseil des commissaires du peuple retire la nationalité russe aux réfugiés qui refusent de se soumettre au pouvoir bolchevik”. In: NOIRIEL, G. Réfugiés et sans-papiers: la République face au droit d’asile, XIXe - XXe siècle. Paris: Pluriel, 2012, p.101.

A situação de desamparo em que as vítimas de perseguição estatal se encontravam foi respaldada pelo direito internacional, na medida em que consideravam que os nacionais de um Estado que desaparecera por anexação a outro não podiam manter a nacionalidade do Estado desaparecido e, na maioria dos casos, o Estado anexador não concedia a sua própria nacionalidade a todos os que possuíam a do Estado anexado<sup>12</sup>.

Tais acontecimentos, cada vez mais frequentes durante o período entre guerras, fez com que se tornasse evidente a necessidade de desenvolvimento de um instituto capaz de conferir proteção a grande contingente de integrantes de indivíduos vítimas de perseguição em razão de pertencimento a grupos específicos, visto ser o instituto do asilo, em razão de seu caráter eminentemente individual, incapaz de conferir tal proteção.

Por tais fatos, imediatamente após o término da Primeira Guerra Mundial, iniciou-se o processo de criação e consolidação do instituto do refúgio, em um primeiro momento, de forma tímida, no âmbito da Liga das Nações, até a sua consolidação com o tratamento conferido pela Convenção de Genebra, já após a Segunda Guerra Mundial.

Neste sentido, o refúgio se apresenta como evolução natural do asilo, na medida em que amplia o grau de proteção conferido por este, ao ponto de ser considerado atualmente por muitos como “*o mecanismo de proteção internacional dos direitos humanos mais poderoso do mundo*”<sup>13</sup>.

Como visto, o direito internacional dos refugiados nasce no período entre guerras. Se, por um lado, desde antes havia episódios que hodiernamente levariam à caracterização de amplos grupos populacionais como refugiados, foi somente com o grande volume de russos fugidos da Revolução Russa de 1917 que a sociedade internacional começou a debruçar-se efetivamente sobre o tema.

Note-se que os demandantes de proteção internacional à época não mais eram perseguidos políticos, não se enquadrando, portanto, nos requisitos para o gozo de asilo político. “*Muitos havia que se encontravam em situação de completa falta de*

---

<sup>12</sup> Ibid. p.101.

<sup>13</sup> HATHAWAY, J. C.; FOSTER, M. The law of refugee status. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, p.1.

*proteção estatal, mesmo sem estarem nessa situação, necessariamente, em função de suas opiniões políticas ou de suas crenças religiosas*<sup>14</sup>.

Na prática, as vítimas de perseguição foram relegadas a um vida *extra legem*<sup>15</sup>, sempre a mercê da boa vontade dos Estados receptores. Com o aumento constante do fluxo de solicitantes de refúgio, tornou-se imprescindível a regulamentação do tema, que teve início ainda no período compreendido entre as duas Guerras Mundiais.

Finda a Segunda Guerra Mundial, a recém-criada Organização das Nações Unidas (ONU) passou a se dedicar a temática dos refugiados, adotando a sua Assembleia-Geral, ainda em 1946, duas resoluções sobre o tema: a 8(I), que delega a análise da questão ao Conselho Econômico e Social, determinando que este levasse em consideração o caráter internacional do tema, a necessidade de estabelecimento de um órgão internacional específico, o princípio do *non-refoulement* e o auxílio, e quando possível, repatriação dos refugiados; e a 62 (I), sobre a criação da Organização Internacional para os Refugiados (OIR).

A OIR teve a sua Constituição assinada em julho de 1947, com entrada em vigor em agosto de 1948, como agência especializada não-permanente da ONU, adotando, em seu instrumento constitutivo, a abordagem por grupos dos refugiados. De acordo com o Anexo I à Constituição da OIR,

(...) o termo refugiado se aplica a toda pessoa que deixou ou está fora do país do qual é nacional, ou no qual mantinha a residência habitual e que, tenha mantido ou não a sua nacionalidade, que pertence a uma das seguintes categorias:

- a) vítimas dos regimes nazista e fascista (...)
- b) republicanos espanhóis (...)
- c) pessoas consideradas refugiadas antes da eclosão da Segunda Guerra Mundial em razão de raça, religião, nacionalidade ou opinião política<sup>16</sup>

Sob a égide da OIR, o refúgio deixou de ser visto como uma situação provisória, que persistiria somente até o momento em que possível a repatriação a única possibilidade. Em certas situações, o reassentamento definitivo passou a ser incentivado.

<sup>14</sup> ANDRADE, J. H. F. Breve reconstituição histórica da tradição que culminou na proteção internacional dos refugiados. In: ARAÚJO, N. D.; ALMEIDA, G. A. D. O direito internacional dos refugiados: uma perspectiva brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.119.

<sup>15</sup> NOIRIEL, G. Réfugiés et sans-papiers: la République face au droit d'asile, XIXe - XXe siècle. Paris: Pluriel, 2012, p. 101.

<sup>16</sup> Parte I, Seção A, 1, do Anexo I à Constituição da OIR.

A questão dos refugiados era ainda considerada como sendo temporária, mero resultado da Segunda Guerra Mundial. Mas como ela não se resolvia passou-se a se considerar, no final da década de 1940, o que ocorreria em 1950, quando o mandato *ratione temporis* da OIR deveria terminar. Face a um fluxo contínuo de novos refugiados, vários países vislumbraram como única solução a criação de uma agência que viesse a suceder a OIR.<sup>17</sup>

Como substituto da OIR, foi criado o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR)<sup>18</sup>, cujo objetivo é garantir a proteção internacional dos refugiados, buscando soluções permanentes para a situação<sup>19</sup>, sem que configurasse, contudo, a única instituição no âmbito da ONU a versar sobre o tema.

O ACNUR surgiu com a bipolaridade geopolítica já consolidada, enfrentando grande resistência, sobretudo proveniente dos EUA e da URSS, que se opunham ao posicionamento da maior parte dos Estados da Europa ocidental – aqueles que recebiam o maior fluxo de refugiados –, defensores da criação de uma instituição permanente forte.

A ascensão do bloco socialista foi responsável por incontáveis fluxos de refugiados desde a sua primeira fase, com os refugiados russos no período entre guerras, razão pela qual a URSS se colocava contrária a qualquer tentativa de regulamentação da matéria.

Já os EUA resistiam à criação de instituições permanentes, desejando, tão somente, a criação de “*uma instituição temporária, com mandato rigorosamente definido, independente da Assembleia-Geral e sem a possibilidade de solicitar contribuições voluntárias aos Estados*”<sup>20</sup>.

O ACNUR foi criado como órgão subsidiário, nos termos do art. 22 da Carta da ONU, devendo ter atuação apolítica, humanitária e social<sup>21</sup>, com o poder de recolher contribuições voluntárias dos Estados, mediante aprovação prévia da Assembleia-Geral. Em um primeiro momento, teve como única fonte de financiamento um fundo de emergência limitado, com o qual inúmeros Estados – inclusive os EUA – se

<sup>17</sup> ANDRADE, J.H.F. A política de proteção a refugiados da Organização das Nações Unidas – sua gênese no período pós-guerra (1946-1952). 2006. 327f. Tese (Doutorado em Relações Internacionais) – Instituto de Relações Internacionais, Universidade de Brasília, Brasília, 2006, p.51.

<sup>18</sup> Resolução 428 (V) de 14 de dezembro de 1949 da Assembleia-Geral da ONU

<sup>19</sup> ANDRADE, J.H.F, *op.cit.*, p.51.

<sup>20</sup> Do original em italiano: “un’istituzione temporanea, dal mandato rigorosamente definito, priva del sostegno dell’Assemblea Generale e senza la possibilità di richiedere contributi volontari agli Stati”. In: ASPRONE, M. Il diritto d’asilo e lo status di rifugiato. Roma: Aracne, 2012, p.74.

<sup>21</sup> Artigo 2 do Estatuto do ACNUR

recusaram a contribuir. O caráter apolítico do ACNUR permitiu a sua atuação durante o período da Guerra Fria, bem como durante a eclosão de incontáveis conflitos armados. A sua razão de ser, contudo, ao menos em seu início, era a proteção de europeus afetados pela Segunda Guerra Mundial.

O instituto do refúgio teve sua origem no continente europeu, inicialmente visando a proteção daqueles indivíduos vítimas de perseguição em razão dos acontecimentos anteriores a 1º de janeiro de 1951, sobretudo naquele continente. Apesar de sua origem ser intimamente ligada ao continente europeu, estatísticas divulgadas pelo ACNUR apontam a baixa importância dos países europeus na circulação internacional de refugiados.

No fim de 2015, nenhum Estado membro da União Europeia constava entre os 10 maiores receptores de refugiados - cinco destes estados estão localizados na África subsaariana - sendo o único “europeu” presente no rol a Turquia, com aproximadamente 2,5 milhões de refugiados, muitos dos quais sírios fugidos da crise que enfrenta seu país de origem<sup>22</sup>.

De fato, no fim de 2015, aproximadamente dois terços dos refugiados (cerca de 11 milhões de pessoas) residiam nas regiões da África, Oriente Médio, Ásia e do Pacífico.<sup>23</sup> Desta forma, a simples prevalência da população de refugiados na Europa não é o bastante para caracterizar uma eventual queda de relevância do continente como destino do fluxo global de refugiados. É outro o dado estatístico relevante.

Ao longo do ano de 2013, não obstante o agravamento da crise na Síria, com o recrudescimento da guerra civil e com o aumento da dominação local pela organização que, em 2014, viria a fundar o chamado Estado Islâmico do Iraque e da Síria, e da disparada da violência na República Centro Africana e no Mali, o número de refugiados no continente europeu permaneceu estável em cerca de 1,8 milhão de indivíduos<sup>24</sup>. No fim de 2015, tal número subira para aproximadamente 4,4 milhões de refugiados, número que, lembre-se, inclui os refugiados em território turco<sup>25</sup>.

Apesar de uma avaliação empírica resultar na eleição da Europa como o principal destino de refugiados em escala global, os dados coletados pelo ACNUR não

<sup>22</sup> UNHCR. Global Trends : Forced displacement in 2015. Genebra: UNHCR, 2016, p.13

<sup>23</sup> Ibid. p.12.

<sup>24</sup> UNHCR. War's human cost: UNHCR Global Trends 2013. Genebra: UNHCR, 2014, p.12.

<sup>25</sup> UNHCR. Global Trends : Forced displacement in 2015. Geneva: UNHCR, 2016, p.13

corroboram tal conclusão. Dois institutos do direito comunitário explicam, ao menos em relação aos membros da União Europeia, tal fenômeno: o controle comum de fronteiras externas e a política comum de refúgio.

A União Europeia, união econômica atualmente com 28 Estados-Membros e 6 países candidatos à adesão<sup>26</sup> (e o Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte em processo de saída), tem como uma de suas características marcantes a efetiva implementação da livre circulação de pessoas, com quase completa eliminação dos controles de fronteiras internas, em especial quanto aos Estados-Membros do Acordo de Schengen<sup>27</sup>.

A atual estrutura jurídica da UE é disciplinada pelo Tratado de Lisboa, de 2007, que, dentre outras inovações, conferiu efeito vinculante à Carta dos Direitos Fundamentais da UE, de 2000. A partir de então, passam a ser ainda mais relevantes as atribuições comunitárias quanto à defesa dos direitos humanos, por exemplo, assumindo o Tribunal de Justiça da UE papel relevante na defesa de direitos e liberdades fundamentais<sup>28</sup>.

O tema do refúgio, contudo, já era objeto de regulamentação comunitária antes da entrada em vigor do Tratado de Lisboa, havendo 3 diretivas do Conselho relevantes sobre o tema: a Diretiva 2003/9/CE, que estabelece normas mínimas em matéria de acolhimento de solicitantes de asilo; a Diretiva 2004/83/CE, que estabelece normas mínimas sobre os requisitos para o gozo do estatuto de refugiado; e a Diretiva 2005/85, que estabelece normas mínimas quanto ao procedimento de concessão e retirada do estatuto de refugiado.

A regulamentação comunitária, como se vê, se deu na forma de diretiva, instrumento que vincula os Estados quanto ao resultado objetivado, mas deixa à competência destes a forma e os meios de o alcançar, havendo, portanto, razoável

<sup>26</sup> Informação disponível em: [http://europa.eu/about-eu/countries/index\\_pt.htm](http://europa.eu/about-eu/countries/index_pt.htm). Acesso em 06 de maio de 2015.

<sup>27</sup> O Acordo de Schengen, apesar de possuir íntima relação com a livre circulação de pessoas objetivada pela União Europeia, não integra o acervo normativo comunitário, constituindo instrumento convencional autônomo que conta, inclusive, com a ratificação por Estados que não integram a União, como é o caso da Suíça, da Noruega e da Islândia, além de haver Estados-Membros da UE, nominalmente Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte e a República da Irlanda, que não integram o Espaço Schengen. Informação disponível em [http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/borders-and-visas/schengen/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/borders-and-visas/schengen/index_en.htm). Acesso em 10/05/2015.

<sup>28</sup> CALLONI, M.; MARRAS, S.; SERUGHETTI, G. Chiedo asilo: essere rifugiato in Italia. Milão: Università Bocconi Editore, 2012, p.46.

margem de manobra legislativa<sup>29</sup>. Há, contudo, normas mínimas que deverão ser observadas pelos Estados, além de, há muito, a Comissão Europeia e o Parlamento Europeu, cada qual em seu campo de atribuições, estudarem a adoção de um sistema comum de concessão de asilo, que harmonizasse o tratamento conferido aos refugiados e, sobretudo, compartilhar as responsabilidades (e os custos) entre os Estados-Membros<sup>30</sup>.

O maior problema da normativa europeia está na Diretiva 2005/85, que prevê a possibilidade de os Estados classificarem um país terceiro como sendo seguro e sequer apreciar as solicitações de refúgio de indivíduos que tenham passado por estes<sup>31</sup>. Com base em tal dispositivo, é possível a ocorrência de violações ao princípio da vedação ao *refoulement*, já que os critérios mínimos para a designação de um Estado como sendo seguro não garantem que este não entregará o indivíduo ao Estado perseguidor.

Aliado a esta vulnerabilidade normativa, está a principal consequência da flexibilização do controle das fronteiras internas: aumentou a exigência da UE em relação ao controle das fronteiras externas, com o ápice na criação da Agência Europeia de Gestão da Cooperação Operacional nas Fronteiras Externas dos Estados-Membros da UE – FRONTEX, pelo Regulamento (CE) nº 2007/2004 do Conselho.

A FRONTEX tem como objetivo principal a implementação da política comunitária relativa às fronteiras externas, com a garantia de nível elevado e uniforme de controle e vigilância, sem que estes deixem de ser de responsabilidade dos Estados-Membros<sup>32</sup>.

Neste contexto, a FRONTEX não constitui uma polícia de fronteiras, mas uma Agência, cujo objetivo é a harmonização e o desenvolvimento progressivo da proteção das fronteiras externas europeias, coordenando os trabalhos conjuntos dos Estados-Membros através de análise de risco das operações conjuntas, que, caso aprovadas, são por ela financiadas.

<sup>29</sup> LOBO, M. T. C. Manual de direito comunitário: 50 anos de integração. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2007, p.156.

<sup>30</sup> CALLONI, M.; MARRAS, S.; SERUGHETTI, G. Chiedo asilo: essere rifugiato in Italia. Milão: Università Bocconi Editore, 2012, p.48.

<sup>31</sup> LÖHR, T. Schutz statt Abwehr: für ein Europa des Asyls. Berlin: Verlag Klaus Wagenbach, 2010, p.32.

<sup>32</sup> Preâmbulo do Regulamento (CE) nº 2007/2004 do Conselho.

Além disso, desde 2007, tem a FRONTEX a missão de criar as Equipes de Intervenção Fronteira Rápida - RABITs<sup>33</sup>, cuja atuação é restrita aos pontos de chegada de número expressivo de migrantes<sup>34</sup>.

Na prática, a divisão de monitoramento da FRONTEX constata que determinada rota sofreu um aumento rápido de imigração ilegal rumo à Europa. Em seguida, a Agência planeja a implementação de operações de média ou longa duração, cujo objetivo principal é fazer cessar o fluxo naquela rota específica<sup>35</sup>.

Uma das principais rotas de imigração atual abrange o extremo sul italiano, em especial a ilha de Lampedusa, que atrai grande quantitativo de migrantes oriundos do continente africano<sup>36</sup>. No exercício de sua competência de controle das fronteiras externas, a Itália instituiu, em 2013, a operação militar e humanitária *Mare Nostrum*, cujo objetivo oficial era o enfrentamento da situação de emergência humanitária no estreito da Sicília devido ao alto fluxo de imigrantes, garantindo a vida e a integridade física dos potenciais migrantes, bem como a punição de eventuais traficantes de pessoas<sup>37</sup>.

A operação *Mare Nostrum* foi substituída pela operação Triton, esta coordenada pela FRONTEX, em atendimento a requerimento formulado pela Itália. A operação em questão tem muitos pontos de contato com a que substituiu, em especial o fato de ser a Itália a principal responsável por sua execução, mas dela difere por não ter como objetivo principal o socorro humanitário, e sim o controle das fronteiras<sup>38</sup>.

O controle das fronteiras externas é um dos principais objeto de preocupação da UE, que, em 2013, procedeu à criação do Sistema Europeu de Vigilância das Fronteiras – EUROSUR, cujos objetivos são a redução do número de imigrantes

<sup>33</sup> Do inglês Rapid Border Intervention Teams

<sup>34</sup> BRANDSCHEIDT, J. Menschenrechtsverletzungen im Rahmen europäischer Flüchtlingspolitik am Beispiel Frontex. Norderstedt: Grin Verlag, 2011, p. 7

<sup>35</sup> LÖHR, T. Schutz statt Abwehr: für ein Europa des Asyls. Berlin: Verlag Klaus Wagenbach, 2010, p.39.

<sup>36</sup> A ilha de Lampedusa está situada no extremo sul da Itália, distante 113km da costa tunisiana e 127km da costa italiana, estando, inclusive, mais ao sul do que a Tunísia e a Argélia. A extrema proximidade com o continente africano de um território europeu transformou a ilha em uma das principais portas de entrada de imigrantes ilegais e de requerentes de refúgio na UE. In: CALLONI, M.; MARRAS, S.; SERUGHETTI, G. Chiedo asilo: essere rifugiato in Italia. Milão: Università Bocconi Editore, 2012, p.53.

<sup>37</sup> Informação disponível em <http://www.marina.difesa.it/cosa-facciamo/operazioni-conclude/Pagine/mare-nostrum.aspx>. Acesso em 15/05/2015.

<sup>38</sup> Informação disponível em [http://europa.eu/rapid/press-release\\_MEMO-14-566\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-14-566_en.htm). Acesso em 15/05/2015.

ilegais que ingressam na União, a redução do número de mortes de imigrantes ilegais durante as tentativas de ingresso e o combate à criminalidade transfronteiriça<sup>39</sup>.

Em comum as medidas adotadas pela UE até o momento têm o fato de objetivarem transformar as fronteiras externas em obstáculos intransponíveis. O controle de imigração, até então visto como um direito dos Estados soberanos, passa a receber forte influência da normativa comunitária, na medida em que se fortalece o ideal de cooperação entre os Membros da UE no controle de fronteiras externas.

Se, por um lado, boa parte daqueles que tentam ingressar no território europeu, de fato, é composta por indivíduos que objetivam trabalhar ilegalmente na Europa, por outro, muitos são vítimas de perseguição, com direito ao *status* de refugiados ou a alguma forma de proteção subsidiária.

Aos que alcançam as fronteiras europeias em busca de proteção, aplicasse o *non-refoulement*, restando vedado, portanto, a sua devolução ao local em que sofrem perseguição. A estes, deve ser dada a oportunidade de, ao menos, solicitar refúgio. O problema atual diz respeito àqueles que não conseguem alcançar o território europeu.

Sabedores de suas obrigações decorrentes do direito internacional dos refugiados, diversos Estados, não apenas os europeus, como demonstra o episódio envolvendo os rohingya no sudeste asiático, recorrem a medidas de interceptação e detecção de embarcações em alto mar, evitando, assim, que os potenciais solicitantes de refúgio alcancem as suas águas territoriais.

Nesse ponto, novamente relevante a operação Triton, coordenada pela Frontex no mediterrâneo. Ao contrário da operação *Mare Nostrum* considerada um sucesso humanitário pela Organização Internacional de Imigração, principalmente por quebrar o paradigma até então vigente de repulsão dos migrantes ilegais ao focar no resgate e na condução segura destes até o território italiano<sup>40</sup>, a operação atual tem como foco principal a vigilância de fronteiras. A lógica da repulsão dos migrantes antes que estes alcancem o território europeu prevalece em relação à preocupação com a proteção destes.

De fato, a crescente preocupação com o controle das fronteiras externas, em especial com as operações realizadas fora do mar territorial e da zona contígua dos

<sup>39</sup> Regulamento (UE) nº 1052/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho

<sup>40</sup> Informação disponível em: <http://www.iom.int/news/iom-applauds-italys-life-saving-mare-nostrum-operation-not-migrant-pull-factor>. Acesso em 25/05/2015.

Estados-membros, visando impedir o ingresso de imigrantes e potenciais solicitantes de refúgio, resulta na adoção de procedimentos cada vez mais arriscados para alcançar o território europeu. Rotas mais arriscadas e embarcações ainda mais precárias e superlotadas levam a reiteração de tragédias no Mediterrâneo. Em abril de 2015, o naufrágio de um único pesqueiro repleto de imigrantes resultou em mais de 800 mortes na costa da Líbia<sup>41</sup>.

Além disso, o fato de não haver, no âmbito da UE, qualquer regulamentação clara em relação à proteção de direitos humanos em alto-mar, transformado em uma quase zona livre de direitos humanos, na qual a Convenção de 1951 não é obrigatoriamente respeitada, possibilita a entrega de potenciais solicitantes de refúgio a estados com histórico de violação generalizada de direitos humanos.

A principal crítica à política europeia no Mediterrâneo se baseia no fato de a repulsão de embarcações repletas de migrantes ser feita sem qualquer análise individual. Assim, não há como saber se, de fato, dentre os incontáveis indivíduos mandados de volta para o continente africano, há mercedores de proteção internacional.

Desta forma, seja pela harmonização problemática levada a cabo na UE, com a liberdade de criação de listas de Estados seguros, para os quais os imigrantes podem ser devolvidos, sem o conhecimento da solicitação de refúgio, seja pela política de controle de fronteiras externas, que tentam impedir, a todo custo, o ingresso de imigrantes no continente, a Europa se transformou em um destino quase inalcançável para os solicitantes de refúgio.

Nada que sequer se aproxime às medidas adotadas pelos EUA nos primeiros meses de 2016, com a suspensão, por ao menos 120 dias, de todo o já rigoroso programa norte-americano de admissão de refugiados<sup>42</sup>. O fator Trump, contudo, é merecedor de aprofundado estudo, que não deve ser feito em tempo real, sob pena de graves falhas metodológicas.

De toda forma, o Direito Internacional dos Refugiados, até então uma das grandes válvulas de escape para a população de Estados marginalizados sofre forte golpe neste início de século. Até que ponto será possível manter a ordem na

<sup>41</sup> Informação disponível em: <http://g1.globo.com/mundo/noticia/2015/04/italia-resgatou-638-imigrantes-em-alto-mar-na-segunda.html>. Acesso em 25/05/2015.

<sup>42</sup> <https://www.theguardian.com/us-news/2017/jan/28/trump-immigration-ban-syria-muslims-reaction-lawsuits>

Sociedade Internacional com multidões fugindo de Estados em processo de destruição, como o sírio, e milhões apinhados em insalubres campos de concentração – pois isso que o são – para refugiados em Estados sem recursos econômicos ou vontade política para lidar com a crise?

### **3 O FECHAMENTO DAS PORTAS DO EUA PRÉ-TRUMP ANALISADA SOB A ÓTICA DO CASO KIOBEL VS. ROYAL DUTCH SHELL**

Paralelamente ao desmonte do Direito Internacional dos Refugiados, uma outra alternativa para a defesa de grupos populacionais vulneráveis parece desaparecer. Neste ponto, analisaremos a decisão da *Supreme Court of the United States* (SCOTUS) no caso *Kiobel vs. Royal Dutch Shell*, proferida em 2013, após longos anos de jurisprudência em sentido oposto no âmbito dos tribunais inferiores, com especial atenção quanto à atuação de Estados estrangeiros em tentativa de frear o alcance da jurisdição norte-americana em questões envolvendo as grandes corporações multinacionais, bem como no impacto de tal decisão na sistemática de *forum shopping* em defesa dos direitos humanos.

No caso em destaque, um grupo de nigerianos, residentes à época dos fatos na região de Ogoniland, ingressaram em juízo nos Estados Unidos da América, quando já residentes no território deste, contra, dentre outros, a Royal Dutch Shell, companhia petrolífera anglo-neerlandesa, alegando que esta atuara em desconformidade com o direito internacional ao apoiar reiteradas violações de direitos humanos cometidas pelas forças armadas nigerianas durante repressão a protestos em Ogoniland. Em socorro à Royal Dutch Shell, embora afirmando atuar como terceiros neutros, compareceram o Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte, o Reino dos Países Baixos e a República Federal da Alemanha, todos manifestando preocupações com o exercício extraterritorial de jurisdição pelos Estados Unidos da América.

Parte do estado nigeriano de Rivers, Ogoniland está localizada na margem oriental do delta do rio Níger, com topografia bastante acidentada, contando, no ano de 2006, com população aproximada de 832.000 mil habitantes,

predominantemente da etnia Ogoni<sup>43</sup>. A região de Ogoniland enfrenta, há muito, constantes crises sociais e ambientais relacionadas à exploração e à produção de petróleo na região do delta do Níger com consequências que perduram até a presente data, não obstante tenham sido as atividades petrolíferas suspensas na região no ano de 1993.

A exploração e produção de petróleo na região tiveram início na década de 1950 e continuaram pelas décadas seguintes, sempre conduzidas por Shell Petroleum Development Company (Nigeria) Ltd (SPDC), uma *joint venture* formada pela companhia estatal nigeriana Nigerian National Petroleum Company (NNPC), Shell International, Elf e Agip. No momento da cessação das atividades, havia 12 campos na região, com 116 poços perfurados, 89 completos e capacidade de escoamento de cerca de 185.000 barris diários<sup>44</sup>.

Os problemas sociais e ambientais decorrentes das atividades petrolíferas desenvolvidas no período anterior à independência da Nigéria em 1960 permaneceram, sendo registrados constantes derramamentos de óleo, e culminaram na criação do Movimento pela Sobrevivência do Povo Ogoni. A atuação do grupo, que demandava maior autonomia política e participação nos resultados da produção, foi duramente reprimida pelo Estado nigeriano, com a eclosão de grande e persistente onda de violência, responsável pela cessação da exploração e produção em Ogoniland no ano de 1993.

Os autores<sup>45</sup> do processo analisado residiam em Ogoniland durante um dos períodos de violência mais marcantes, no qual, segundo a população local, o Exército nigeriano e a polícia local atacaram as vilas Ogoni, valendo-se de métodos claramente violadores de direitos humanos, como tortura e estupros em massa. Após tais

---

<sup>43</sup> United Nations Environment Programme, 2011, p. 22

<sup>44</sup> Idem, p.22

<sup>45</sup> Conforme informações disponíveis em <http://ccrjustice.org/learn-more/faqs/factsheet%3A-case-against-shell-0>, Karalolo Kogbara, ao reclamar da destruição de sua plantação por tropas estatais, foi baleado e perdeu um braço. Uebari N-nah foi baleado e morto por soldados próximo a uma instalação da SPCD. Owen Wiwa foi detido reiteradamente durante o ano de 1994 para evitar sua participação em protestos, sempre submetido à tortura. Michael Vizer foi preso por suas atividades políticas, tendo sua filha estuprada no momento da prisão, sendo submetido posteriormente a sessões de tortura e tendo seu filho preso e torturado quando tentou lhe entregar comida. Por fim, Ken Saro-Wiwa, John Kpuinen, Barinem Kiobel, Saturday Doobee, Daniel Gbokoo e Felix Nuate, cujos familiares integram o polo ativo da demanda, faziam parte dos chamados Nove Ogoni – os líderes do movimento de resistência Ogoni – tendo sido condenados à morte e executados em processo irregular, sem garantia de defesa, por homicídios cometidos pelo Estado em uma reunião da qual participaram.

episódios, os autores conseguiram fugir para os Estados Unidos da América, onde foram reconhecidos como refugiados.

Considerando que a grande repressão estatal, responsável pelas violações apontadas, objetivava a normalização da exploração e da produção de petróleo em Ogoniland pela SPCD, os autores ingressaram em juízo contra as suas controladoras Royal Dutch Petroleum Company (Royal Dutch), pessoa jurídica incorporada no Reino dos Países Baixos, e Shell Transport and Trading Company, p.l.c. (Shell), pessoa jurídica incorporada na Inglaterra, requerendo a responsabilização de ambas pelos atos praticados. Ressalte-se que, de acordo com as vítimas e com numerosas instituições de defesa aos direitos humanos, a participação da Shell foi considerável, com o desenvolvimento de estratégias de atuação das forças de repressão, pagamento de propinas para viabilizar tal atuação e até mesmo com a indicação de líderes que deveriam ser eliminados.<sup>46</sup>

Os atos supostamente praticados pelos réus, em especial os relativos à tortura e aos homicídios, são objeto de farto material convencional, com grande destaque para o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional<sup>47</sup>, que, em seu artigo 7º, 1, *a* e *f* define o homicídio e a tortura como Crimes contra a Humanidade, quando cometidos no quadro de um ataque generalizado ou sistemático contra qualquer população civil. Resta saber se a gravidade de tais atos possibilitariam a atuação do Judiciário norte-americano, questão que se resolve com a análise da legislação e sobretudo da jurisprudência pertinente.

O parágrafo 1350 do Código dos Estados Unidos da América dispõe que as cortes distritais têm jurisdição original para qualquer ação cível intentada por estrangeiro, quando esta tiver como objeto a responsabilização civil por violação do direito internacional ou tratados firmados pelos Estados Unidos<sup>48</sup>. Conhecido como *Alien Tort Statute*, tal dispositivo foi historicamente utilizado pelos tribunais norte-americanos para o exercício extraterritorial de sua jurisdição.

<sup>46</sup> Informação disponível em: <http://ccrjustice.org/learn-more/faqs/factsheet%3A-case-against-shell-0>

<sup>47</sup> Informação disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/D4388.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm)

<sup>48</sup> The district courts shall have original jurisdiction of any civil action by an alien for a tort only, committed in violation of the law of nations or a treaty of the United States.<sup>1</sup>

Em *Filártiga v. Peña Irala*<sup>49</sup>, familiares de jovem (Joelito Filártiga) torturado e morto pelo então Inspetor-Geral de Polícia de Assunção (Américo Norberto Peña Irala) durante o governo Stroessner ingressaram em juízo nos Estados Unidos da América requerendo reparação civil. No momento do ajuizamento, Dolly Filártiga, irmã da vítima, e o réu residiam em território norte-americano, apesar de o último encontrar-se em situação imigratória irregular. A United States Court of Appeals, Second Circuit, reconheceu a possibilidade de exercício de jurisdição, afirmando que estrangeiros vítimas de graves violações de direitos humanos podem recorrer ao judiciário norte-americano desde que este tenha como exercer jurisdição sobre o réu, salientando, ainda, que a proteção contra a tortura constitui direito internacional costumeiro de elevada categoria.

Em *In re Estate of Ferdinand E. Marcos Human Rights Litigation*<sup>50</sup>, a United States Court of Appeals, Ninth Circuit, igualmente reconheceu a possibilidade de exercício de jurisdição em caso envolvendo pedido de responsabilização civil formulado por nacional das Filipinas contra o ex-Presidente filipino Ferdinand Marcos, por atos de tortura cometido nas Filipinas.

Tais casos constituem os precedentes de maior relevância na jurisprudência norte-americana e, apesar de não terem sido submetidos à SCOTUS, foram objeto de aprovação desta quando do julgamento de *Sosa v. Alvarez-Machain*<sup>51</sup>.

Humberto Álvarez-Machain, nacional mexicano, fora extraído do território de seu país por um grupo de mercenários que o levou ao território dos EUA, onde foi submetido a julgamento – e absolvido - por suposta participação em homicídio de oficial do governo norte-americano. No caso em questão, discutia-se a responsabilidade civil dos indivíduos responsáveis por sua captura e remessa ilegal para o território dos EUA.

Em *Sosa v. Alvarez-Machain*, a SCOTUS, além de referir-se em aprovação aos casos *Filártigas* e *Marcos* analisados *supra*, definiu parâmetros razoavelmente objetivos para a existência de jurisdição norte-americana em casos envolvendo o

<sup>49</sup> Informação disponível em: <http://www.ccrjustice.org/ourcases/past-cases/fil%C3%A1rtiga-v.-pe%C3%B1-irala>

<sup>50</sup> Informação disponível em: [http://www.law.com/jsp/ca/PubArticleCA.jsp?id=1202423436145&In\\_re\\_Estate\\_of\\_Ferdinand\\_E\\_Marcos\\_Human\\_Rights\\_Litigation&slreturn=20130913202128](http://www.law.com/jsp/ca/PubArticleCA.jsp?id=1202423436145&In_re_Estate_of_Ferdinand_E_Marcos_Human_Rights_Litigation&slreturn=20130913202128)

<sup>51</sup> Informação disponível em: <http://www.law.cornell.edu/supct/search/display.html?terms=sosa&url=/supct/html/03-339.ZS.html>

*Alien Tort Statute*, restringindo sua aplicação aos casos nos quais haja jurisdição sobre as pessoas envolvidas (por exemplo, com a residência do réu em território norte-americano) e a conduta ensejadora de responsabilização seja objeto de proibição clara pelo direito internacional, enquadrando-se dentre limitado rol de atos especialmente odiosos, como pirataria, tortura e genocídio. Ainda, a SCOTUS fez menção expressa à possibilidade de afastamento da jurisdição através do princípio aberto do *forum non conveniens*.

Os três casos analisados resumem de modo satisfatório o tratamento dado pelo Judiciário norte-americano, inclusive pela SCOTUS, à responsabilidade civil por atos praticados no exterior, com o reconhecimento expresso da existência de jurisdição, servindo até mesmo como um incentivo ao ajuizamento de ações do gênero nos EUA.

Importante destacar que o procedimento de fixação de jurisdição no *common law* norte-americano é duplo, com a divisão entre *subject matter jurisdiction* e *personal jurisdiction*. Ao contrário do que acontece em países do *civil law*, como o Brasil, no qual basta a presença de um dos elementos fixadores de jurisdição, nos EUA é imprescindível a existência da jurisdição sobre a matéria e sobre as pessoas para que um determinado caso possa ser efetivamente julgado. Assim, a jurisprudência sobre o *Alien Tort Estatute* deve ser entendida como relativa tão somente ao aspecto material da jurisdição, sendo necessária a análise caso a caso quanto ao aspecto subjetivo desta.

Fato é que, no momento do ajuizamento da ação por Kiobel e outros, todos os elementos presentes indicavam a existência de jurisdição *subject matter*, eis que a conduta ensejadora de reparação caracteriza-se como violadora dos mais básicos direitos humanos reconhecidos internacionalmente, ante os reiterados episódios de tortura – física e psicológica – ocorridos em Ogoniland. A expectativa existente era de discussão tão somente quanto ao aspecto subjetivo, visto serem os réus pessoas jurídicas estrangeiras.

Neste sentido, a decisão da SCOTUS foi recebida com grande surpresa, não só pelas partes, mas pela grande maioria das instituições que militam na área dos direitos humanos. Não se trata, contudo, de mudança de posicionamento inexplicável, sendo evidente que a intervenção de Estados estrangeiros no feito e as

constante preocupação da SCOTUS com a repercussão de suas decisões na política internacional desempenharam papel fundamental nesta guinada.

Ante a grande repercussão do caso e a possibilidade de os Estados Unidos da América declararem ter jurisdição sobre violação de direitos humanos cometida no exterior por empresas estrangeiras contra nacionais de outros Estados, inúmeros entes, de especialistas em direito internacional a grandes multinacionais, se apresentaram como *amicus curiae*. Dessas intervenções, destacamos as realizadas pelo Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte e pelo Reino dos Países Baixos em conjunto e pela República Federal da Alemanha, por tratar-se de comparecimento de Estados ao judiciário estrangeiro.

O Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte e o Reino dos Países Baixos apresentaram manifestação em conjunto<sup>52</sup> devido à peculiar estrutura societária da Royal Dutch Shell, p.l.c., empresa verdadeiramente binacional, principal ente do conglomerado que engloba, em última análise, a SPCD. Na manifestação conjunta, defendem que o direito internacional impõe a limitação do exercício de jurisdição extraterritorial pelos Estados, sendo que a tendência de alargamento jurisdicional identificada nos Estados Unidos representariam um relevante risco de conflito diplomático e até mesmo violação ao direito internacional.

Já a República Federal da Alemanha ingressou no feito como *amicus curiae*<sup>53</sup> manifestando-se contrariamente ao exercício extraterritorial de jurisdição pelos Estados Unidos da América, requerendo a adoção de interpretação restritiva do ATS, negando jurisdição e, por consequência, evitando gastos desnecessários aos réus. A Alemanha é firme, ainda, ao requerer que a SCOTUS leve em consideração o interesse de outros Estados em exercer jurisdição sobre seus próprios súditos e territórios, em especial em matéria de responsabilidade corporativa, sendo uma interpretação ampliativa do ATS, portanto, uma violação reflexa à soberania dos demais Estados envolvidos.

<sup>52</sup>Informação disponível em:

[http://www.americanbar.org/content/dam/aba/publications/supreme\\_court\\_preview/briefs/10-1491\\_neutralamcunetherlands-uk-greatbritain-andirelandgovs.authcheckdam.pdf](http://www.americanbar.org/content/dam/aba/publications/supreme_court_preview/briefs/10-1491_neutralamcunetherlands-uk-greatbritain-andirelandgovs.authcheckdam.pdf)

<sup>53</sup>Informação disponível em:

[http://www.americanbar.org/content/dam/aba/publications/supreme\\_court\\_preview/briefs/10-1491\\_respondentamcufederalrepublicofgermany.authcheckdam.pdf](http://www.americanbar.org/content/dam/aba/publications/supreme_court_preview/briefs/10-1491_respondentamcufederalrepublicofgermany.authcheckdam.pdf)

Os três Estados afirmaram em diversos momentos repudiar condutas corporativas que resultassem em violação a direitos humanos, mas foram enfáticas ao defender a limitação da jurisdição norte-americana.

A SCOTUS entendeu por unanimidade não haver jurisdição para o julgamento do caso, mas houve divergência quanto aos fundamentos. Por maioria, decidiu que a presunção contra a extraterritorialidade das leis se estende ao *Alien Tort Statute* e que, na inexistência de elementos neste que indiquem a vontade do legislador de ver a sua aplicação extraterritorial, deve ser o seu teor entendido como não aplicável a fatos ocorridos no estrangeiro.

A decisão em *Kiobel* representa relevante mudança na jurisprudência norte-americana e, em primeira leitura, indica até mesmo uma interpretação contrária ao texto da lei. A linha argumentativa desenvolvida pelo Chief Justice Roberts, redator do voto vencedor, expõe os interesses existentes por trás de tão relevante mudança. Por outro lado, as críticas formuladas pelo Justice Breyer, cujo voto vencido foi acompanhado por três outros membros da SCOTUS, merecem análise, por apontar claramente as incongruências existentes entre a decisão da Corte e a jurisprudência histórica.

O Chief Justice Roberts, relator vencedor, delimitou a questão sob análise à possibilidade e aos limites do reconhecimento pelas Cortes norte-americanas do uso de uma grave violação do direito internacional levada a cabo em território sujeito a uma outra soberania como causa de pedir em uma ação movida nos EUA. A questão, assim, se limitaria à *subject matter jurisdiction*.

De acordo com o relator, o ATS, datado de 1789, fora invocado em poucas ocasiões desde então e, apesar de prever a jurisdição das cortes, não contém nenhuma causa de pedir específica. Assim, é necessário recorrer a outros instrumentos para definir quais causas de pedir seriam admissíveis, concluindo que, de acordo com a *common law*, estas seriam um número pequeno de graves violações ao direito internacional. Mesmo assim, as condutas em questão não poderiam ser praticados no território sob a jurisdição de outro Estado, visto que conflitos entre soberanos devem ser evitados a todo custo.

Citando o caso *EEOC v. Arabian American Oil Co.*, o relator afirma que, para a SCOTUS intervir no delicado campo das relações internacionais, deve haver uma

sinalização clara e inequívoca do Congresso de ser esta a sua intenção, não bastando o fornecimento de mecanismos aptos a viabilizar tal intervenção.

O relator afirma reiteradamente que o Judiciário deve ser extremamente cauteloso ao analisar causas sujeitas ao ATS, visto que as potenciais implicações políticas no âmbito internacional poderiam ser interpretadas como ingerência indevida no âmbito de atuação discricionária do Legislativo e do Executivo.

Para o relator, ao dispor que as cortes distritais terão jurisdição originária para quaisquer ações cíveis intentadas por estrangeiros cujo objeto seja pedido de responsabilidade civil decorrente de violação ao direito internacional ou a tratados firmados pelos Estados Unidos da América, o ATS não efetuou qualquer tipo de indicação quanto à sua aplicação extraterritorial, não obstante ter sido a legislação em questão adotada no contexto do combate à pirataria. Nesta, contudo, os atos seriam praticados no alto-mar, e não em território estrangeiro, não havendo qualquer similaridade com os fatos em análise.

Finalmente, o relator cita o Justice Story, um dos maiores expoentes do direito internacional norte-americano, em passagem de especial relevância simbólica, segundo o qual *“no nation has ever yet pretended to be the custos morum of the whole world...”*.

Justice Breyer abriu divergência no julgamento, concluindo pela existência de *subject matter jurisdiction*, mas pela ausência de *personal jurisdiction*, tendo sido acompanhado por Justice Ginsburg, Justice Sotomayor e Justice Kagan.

De acordo com o Justice Breyer, a própria natureza do ATS implica sua incidência extraterritorial, na medida em que, no momento de sua aprovação, teve como objetivo combater violações a salvo-condutos e aos direitos de embaixadores e pirataria. Considerando a necessidade de interpretação evolutiva do dispositivo, teria aplicação a todas as violações ao direito internacional cuja gravidade fosse equivalente à pirataria do século XVIII.

A partir do histórico do ATS, Justice Breyer afirma que haveria jurisdição dos EUA quando 1- o ato causador de dano ocorreu em território norte-americano, 2- o réu for nacional dos EUA, ou 3- a conduta do réu violar algum interesse relevante dos EUA, dentre os quais se incluiria a não caracterização dos EUA como um porto seguro para os grandes inimigos da humanidade. O referido magistrado critica

duramente a distinção feita pela SCOTUS entre atos de pirataria e atos praticados em território de outro Estado, eis que os navios, quando em alto-mar, encontram-se sujeitos à jurisdição do Estado que lhe deu bandeira.

Justice Breyer conclui que as violações a direitos humanos apontadas são violações ao direito internacional graves o bastante para atrair a jurisdição norte-americana, mas, por ser a presença dos réus nos EUA limitada a pequeno escritório em Nova Iorque destinado a divulgar informações a investidores da Bolsa de Valores local, não haveria jurisdição pessoal sob os réus.

O voto minoritário reflete a jurisprudência reiterada das cortes ordinárias e da própria SCOTUS, possuindo consistência interna e sistemática. Contudo, tal entendimento permitiria o ajuizamento de novas ações similares perante as Cortes Interamericanas, o que faria com que o claro objetivo almejado pela SCOTUS não fosse alcançado.

O exercício da jurisdição é um dos aspectos mais relevantes da soberania estatal, na medida em que resulta na imposição da vontade de um ente a particulares em uma relação hierárquica, na qual o soberano se põe claramente em uma posição de superioridade.

Como decorrência da hierarquização das relações jurisdicionais, temos a máxima do *par in parem non habet imperium*, brocardo representativo da imunidade de jurisdição do Estado, segundo o qual é defeso a um Estado soberano o exercício de jurisdição sobre outro Estado, e o princípio da territorialidade das leis e da jurisdição, impedindo que um Estado imponha a sua vontade sobre bens e pessoas localizadas em território sujeito a um outro ente soberano.

Fenômenos complexos da pós-modernidade, caracteriza sobretudo pelo constante fluxo de pessoas e capitais e com a diminuição da relevância prática das fronteiras nacionais, resultaram em um crescente caráter extraterritorial da legislação e do exercício de jurisdição pelos Estados, criando um crescente campo de conflito e de afirmação de poder pelos entes soberanos, em especial em áreas sensíveis como a atuação de transnacionais.

Se, em um primeiro momento, identificamos uma clara tendência do Judiciário norte-americano em oferecer o seu foro às mais diversas demandas, reconhecendo claro caráter extraterritorial às suas atividades, temos uma mudança

de paradigma com o julgamento do caso Kiobel, na medida em que a SCOTUS reconhece a relevância geopolítica do exercício de jurisdição e estabelece como critério claro para a extraterritorialidade a existência de manifestação do Executivo e do Legislativo neste sentido.

Não há dúvidas de que as manifestações contundentes de Estados relevantes no delicado jogo de poderes do mundo contemporâneo alertando quanto à possível ingerência indevida em campos que seriam de sua atribuição desempenhou papel relevante na mudança de entendimento da SCOTUS. Outra importante válvula de escape parece desaparecer.

#### **4 RUMO À RUPTURA? – ALGUMAS CONCLUSÕES POSSÍVEIS**

O século XXI é, até o momento, um século de crise, e a crise atual não é apenas econômica, tendo um forte componente humanitário. Se antes eram usados termos como conjuntura, encarada como uma transição dolorosa, mas necessária, visando alcançar nova fase de prosperidade, portanto com uma visão positiva dos momentos de dificuldade, atualmente não há perspectiva de solução, ao menos de médio prazo, para os problemas que assolam a sociedade internacional<sup>54</sup>.

A proteção das vítimas de perseguição e dos que fogem de graves crises econômicas, antes intimamente ligada aos grandes conflitos ocorridos na Europa na primeira metade do século XX e à instabilidade política que os seguiu durante os anos da Guerra Fria, ganha novos contornos: a questão dos refugiados se globaliza, ante a expansão dos deslocamentos humanos em massa para o nível mundial, a intensificação dos esforços de assistência humanitária e a ampla cobertura de casos paradigmáticos pela mídia<sup>55</sup>.

Se, em 1929, a grande crise mundial foi resolvida pela aplicação das teorias keynesianas, com pesado investimento estatal para criação de empregos, tal lógica não pode ser repetida pois os países afetados estão endividados demais e não têm condições para investir. Ademais, a crise atual é caracterizada pela combinação da

---

<sup>54</sup> Idem.

<sup>55</sup> NOIRIEL, G. Réfugiés et sans-papiers: la République face au droit d'asile, XIXe - XXe siècle. Paris: Pluriel, 2012, p.III.

aposta econômica internacional, incluindo a liberalização de fronteiras, e medidas tomadas para lidar com estas pelos Estados, com prejuízo relevante aos indivíduos<sup>56</sup>.

A crise atual, ao contrário da de 1929, não encontrou um Estado tão forte como se imaginava. Apesar de terem sido os Estados Unidos da América a resgatar as instituições financeiras e evitar um propagado colapso econômico global, os Estados, como regra geral, não foram capazes de alterar de forma definitiva as circunstâncias que levaram à crise<sup>57</sup>.

Não bastasse tal fato, a conjunção da profunda – e interminável - crise econômica com um aumento considerável no fluxo de migração forçada criou verdadeira bomba-relógio prestes a explodir.

O Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte votou por deixar a União Europeia. Nos EUA, o discurso nacionalista, protecionista, xenófobo e misógino de Donald Trump venceu as eleições presidenciais. Na França, Marine Le Pen, por longo período, liderou as pesquisas eleitorais para as eleições presidenciais de 2017. A extrema-direita ganha força também no processo eleitoral do Reino dos Países Baixos. A África do Sul iniciou os procedimentos para deixar o Tribunal Penal Internacional. Os testes bélicos da Coreia do Norte se intensificaram.

A instabilidade geopolítica deixa os Estados em posição de grande insegurança, na medida em que o direito internacional, ainda mais que o direito interno, depende em larga escala da política. Paralelamente, o desmonte de diversas das válvulas de escape existentes aumentam a pressão sobre os Estados que recebem, mesmo que temporariamente, vítimas de graves violações de direitos humanos. Como prever o comportamento do Estado turco com mais de 2 milhões de refugiados em seu território?

Bismarck, líder do Segundo Reich alemão, afirmava que *“um chefe de Estado não pode criar nada por si mesmo. Deve esperar e escutar até ouvir os passos de Deus soando através dos eventos; então pular e agarrar a bainha de suas vestes”*<sup>58</sup>. Em tempos de incertezas, como prever o que ouvirão os chefes de Estado?

O direito internacional, novamente em crise – e quando não o esteve? – não parece mais bastar para alcançar o seu principal fim: a manutenção da ordem e da

<sup>56</sup> BAUMAN, Zygmunt; BORDONI, Carlo. Estado de Crise. Rio de Janeiro, Zahar, 2016, p. 27.

<sup>57</sup> BAUMAN, Zygmunt; BORDONI, Carlo. Estado de Crise. Rio de Janeiro, Zahar, 2016, p. 29.

<sup>58</sup> EVANS, Richard J. A chegada do Terceiro Reich. 3ª ed., São Paulo: Planeta, 2016.P.40

segurança. O caminho para longe da instabilidade é invariavelmente político – mas como alcança-lo em um momento em que os tomares de decisão não necessariamente são aqueles escolhidos para tanto e há forte clamor popular em sentidos completamente divergentes? Parece-nos altamente improvável que, seguindo os eventos o curso atual, possa a ordem jurídica internacional continuar dando respostas minimamente efetivas às questões que lhe são postas. A ruptura do sistema se aproxima.

## BIBLIOGRAFIA

ANDRADE, J. H. F. Breve reconstituição histórica da tradição que culminou na proteção internacional dos refugiados. In: ARAÚJO, N. D.; ALMEIDA, G. A. D. *O direito internacional dos refugiados: uma perspectiva brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001

ANDRADE, J. H. F. D. *Direito internacional dos refugiados: evolução histórica (1921-1952)*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996

ANDRADE, J.H.F. A política de proteção a refugiados da Organização das Nações Unidas – sua gênese no período pós-guerra (1946-1952). 2006. 327f. Tese (Doutorado em Relações Internacionais) – Instituto de Relações Internacionais, Universidade de Brasília, Brasília, 2006

ASPRONE, M. *Il diritto d'asilo e lo status di rifugiato*. Roma: Aracne, 2012

BAUMAN, Zygmunt; BORDONI, Carlo. *Estado de Crise*. Rio de Janeiro, Zahar  
BRANDSCHEIDT, J. *Menschenrechtsverletzungen im Rahmen europäischer Flüchtlingspolitik am Beispiel Frontex*. Norderstedt: Grin Verlag, 2011

CALLONI, M.; MARRAS, S.; SERUGHETTI, G. *Chiedo asilo: essere rifugiato in Italia*. Milão: Università Bocconi Editore, 2012

CARLIER, J.-Y. *Droit d'asile et des réfugiés : de la protection aux droits*. In: \_\_\_\_\_  
Recueil des cours. Haia: [s.n.], v. 332, 2007

EVANS, Richard J. *A chegada do Terceiro Reich*. 3ª ed, São Paulo: Planeta, 2016.

HATHAWAY, J. C. *The rights of refugees under international law*. Cambridge: Cambridge Press, 2005

HATHAWAY, J. C.; FOSTER, M. *The law of refugee status*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2014

LOBO, M. T. C. *Manual de direito comunitário: 50 anos de integração*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2007

LÖHR, T. *Schutz statt Abwehr: für ein Europa des Asyls*. Berlin: Verlag Klaus Wagenbach, 2010

MARRUS, M. R. *The unwanted: european refugees in the twentieth century*. New York: Oxford University Press, 1985

NOIRIEL, G. *Réfugiés et sans-papiers: la République face au droit d'asile, XIXe - XXe siècle*. Paris: Pluriel, 2012

REED, John. *10 dias que abalaram o mundo*. Porto Alegre: L&PM Pocket, 2009

UNHCR. *War's human cost: UNHCR Global Trends 2013*. Geneva: UNHCR, 2014.

UNHCR. *Global Trends : Forced displacement in 2015*. Geneva: UNHCR, 2016.

VIEIRA, L.R. *Refugiados ambientais: desafios à sua aceitação pelo direito internacional*. 2012. 203f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2012

# CONTRIBUIÇÃO PARA UMA TEORIA DISCURSIVA DO COSTUME INTERNACIONAL

*RODRIGO CERVEIRA CITTADINO*



Fonte: "Gentlemen Smoking and Playing Backgammon in an Interior." Dirck Hals, 1627.  
[the-athenaeum.org/](http://the-athenaeum.org/).

## CONTRIBUIÇÃO PARA UMA TEORIA DISCURSIVA DO COSTUME INTERNACIONAL

### CONTRIBUTION TO A DISCURSIVE THEORY OF INTERNATIONAL CUSTOMS

Rodrigo Cerveira Cittadino\*

**Resumo:** Este artigo propõe-se a desenvolver uma perspectiva teórica que compreenda o direito internacional costumeiro (DIC) como um construto discursivo, buscando inspiração em reflexões da Linguística. O marco teórico apresentado neste trabalho aspira a solucionar quatro problemas identificados na doutrina ortodoxa sobre o costume internacional: a) a multiplicidade de entendimentos acerca dos dois elementos constitutivos das normas consuetudinárias; b) o chamado paradoxo temporal, decorrente da visão majoritária de que o requisito psicológico do DIC consiste na crença de que determinada regularidade de conduta é juridicamente obrigatória; c) a dificuldade de se explicar como nascem novas regras consuetudinárias ou como se modificam as antigas; e d) o fato de que a prática internacional, contrariamente ao que postula a concepção tradicional, não é um aspecto objetivo e sim tão subjetivo quanto a *opinio juris sive necessitatis*. Defende-se, em síntese, que os representantes estatais, por meio de argumentação jurídica, constantemente reinterpretem o sentido e o alcance das normas internacionais, e, se essas interpretações não forem eficazmente contestadas e, ademais, forem replicadas, um novo costume internacional – que, na verdade, já estaria contido, de maneira latente, no direito preexistente – pode vir a consolidar-se.

**Palavras-Chave:** Costume internacional. Teoria do direito internacional. Teoria da linguagem. Argumentação jurídica.

**Abstract:** This article aims to develop a theoretical perspective that understands customary international law (CIL) as a discourse construct, seeking inspiration in Linguistics insights. The theory presented on this work aspires to solve four main problems identified on the orthodox doctrine about CIL: a) the plurality of understandings about the two constitutive elements of custom; b) the so-called chronological paradox, resulted from the majority view according to which the psychological requirement of CIL refers to a belief that a regularity of conduct is legally obligatory; c) the difficulty in explaining how new customary rules emerge or how the old ones change; and d) the fact that, contrary to what the traditional conception asserts, international practice is not an objective aspect, but in reality it is a subjective one, just like *opinio juris sive necessitatis*. In summary, it is argued that through legal reason-

---

\* Mestre em Direito Internacional pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Bacharel em Relações Internacionais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro e em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

ing state officers constantly reinterpret the meaning and the extent of customary rules, and if these interpretations are not successfully challenged and, besides, if they are endorsed and replicated by other states, a new custom – which actually would have already been contained in a latent manner in preexisting law – may come into being.

**Keywords:** Customary international law. International legal theory. Theory of language. Legal argumentation.

## 1 INTRODUÇÃO

Desde cerca de cinco décadas, os jusinternacionalistas têm dedicado um esforço considerável a explicar a formação e o funcionamento do direito internacional costumeiro (DIC)<sup>1</sup>, particularmente a partir da decisão da Corte Internacional de Justiça (CIJ) no caso *Plataforma continental do Mar do Norte*<sup>2</sup>, ocasião em que se enunciaram diversos critérios para orientar a investigação quanto à existência de um costume internacional. Não obstante, e embora o DIC seja considerado uma fonte formal do Direito Internacional Público (DIP) consoante o art. 38 do Estatuto da CIJ, o dissenso tem sido a regra no que concerne a seus elementos constitutivos, bem como ao significado de cada um deles, a seu conteúdo e, sobretudo, aos métodos aplicáveis a sua apreensão.

Andrew T. Guzman compila algumas das críticas dirigidas ao DIC, que variam desde as que o qualificam como incoerente até as que o consideram irrelevante ou uma ficção<sup>3</sup>. Por sua vez, ao defender que a atualidade contempla um momento de crepúsculo do costume internacional, Patrick Kelly conclui que as normas internacionais costumeiras são desprovidas: de autoridade, porque os meios adotados em sua apuração não são capazes de medir o grau de sua internalização pelos Estados<sup>4</sup>; de coerência, porque inexitem formas incontroversas para a identificação do DIC<sup>5</sup>; e de

<sup>1</sup> BLUTMAN, László. Conceptual Confusion and Methodological Deficiencies: Some Ways that Theories on Customary International Law Fail. *The European Journal of International Law*, v. 25, n. 2, p. 529, 2014.

<sup>2</sup> ICJ. *North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Netherlands)*, Judgment of 20 February 1969.

<sup>3</sup> GUZMAN, Andrew T. Saving Customary International Law. *Michigan Journal of International Law*, v. 27, p. 116-117, Fall 2005. V. também: GOLDSMITH, Jack L.; POSNER, Eric A. A Theory of Customary International Law. Chicago, *John M. Olin Law & Economics Working Paper*, n. 63 (2D Series), p. 1-98, November 1998.

<sup>4</sup> KELLY, Patrick. The Twilight of Customary International Law. *Virginia Journal of International Law*, v. 40, n. 2, p. 465, 2000.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 454.

determinação, de modo que, como resultado, o costume internacional é “a useless, incoherent source of law that is of little guidance in determining norms”<sup>6</sup>. Igualmente, denuncia-se a lógica circular que permeia a análise do direito internacional costumeiro e de seu impacto sobre o comportamento dos Estados: “[one] evaluates a state’s action by looking at CIL, but one determines CIL by looking at states’ actions”<sup>7</sup>.

Em meio a tantas incertezas, por um lado, pode causar certo espanto a um jurista desavisado que o DIC se mantenha como fonte formal do DIP, porque, afinal, se presume que a virtude de uma norma jurídica reside em sua assertividade e em sua previsibilidade – numa palavra, em sua objetividade –, e todas essas características parecem estar ausentes no costume internacional, quando são levadas em conta as discussões labirínticas travadas a seu respeito<sup>8</sup>; e, por outro lado, independentemente das muitas controvérsias que rodeiam o DIC, é inegável que, na ordem jurídica internacional contemporânea, as normas costumeiras continuam figurando como as mais importantes, juntamente com as previstas em tratados. Para que se chegue a essa última conclusão, basta lembrar que, a despeito dos esforços codificadores empreendidos pela Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas (CDINU), três áreas vastíssimas e de relevância ímpar no âmbito do DIP permanecem, formalmente, reguladas pelo costume internacional, quais sejam, os regimes de responsabilidade internacional<sup>9</sup>, de imunidade de jurisdição<sup>10</sup> e de sucessão de Estados – nesse terceiro

<sup>6</sup> Ibid., p. 500.

<sup>7</sup> GOLDSMITH, Jack L.; POSNER, Eric A. Op. cit. p. 97.

<sup>8</sup> MENDELSON, Maurice. *The Formation of Customary International Law*. **Recueil des cours**, vol. 272 (1998), p. 172.

<sup>9</sup> Em 2001, a CDINU adotou versão definitiva de um Projeto de Artigos sobre Responsabilidade Internacional dos Estados e submeteu-o à Assembleia Geral das Nações Unidas (AGNU), que dele tomou nota na Resolução 56/83, do mesmo ano. Na Resolução 62/61, de 2007, a AGNU deliberou que continuaria a ponderar a conveniência de uma eventual convenção sobre responsabilidade internacional dos Estados. Essa posição foi reiterada na Resolução 65/10, de 2010, na medida em que persistiam divergências quanto à necessidade de positivar-se o Projeto num tratado. Sem embargo de não ter sido vertido para uma convenção, é sabido que o texto do documento reflete o costume internacional no campo da responsabilidade internacional dos Estados, imbuindo-se, portanto, de juridicidade (CRAWFORD, James. *Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*. **United Nations Audiovisual Library of International Law**. 2012, p. 2. Disponível em: <[http://legal.un.org/avl/pdf/ha/rsiwa/rsiwa\\_e.pdf](http://legal.un.org/avl/pdf/ha/rsiwa/rsiwa_e.pdf)>. Acesso em: 13 out. 2016).

<sup>10</sup> No plano europeu, vigora a Convenção Europeia sobre a Imunidade de Jurisdição dos Estados (Convenção da Basileia, de 1972). Em contrapartida, nessa matéria, inexistem normas convencionais de alcance mais geral, não limitadas ao continente europeu, uma vez que a Convenção das Nações Unidas sobre a Imunidade de Jurisdição dos Estados e de suas Propriedades ainda não se encontra em vigência, por exigir um total de 30 ratificações e por contar, atualmente, com 21 (UN. *United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property*. **United Nations Treaty Collection**. Disponível em: <[https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg\\_no=III-13&chapter=3&clang=\\_en](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=III-13&chapter=3&clang=_en)>. Acesso em: 13 out. 2016).

caso, ao menos no que concerne a bens, a arquivos e a débitos públicos<sup>11</sup>. Em paralelo, aduz-se que, ao examinar sua jurisdição no caso *Atividades militares e paramilitares na e contra a Nicarágua*, em 1984, a CIJ estabeleceu que a superveniência de um tratado não faz desaparecer o DIC que o antecede: na verdade, o costume coexiste, com vida e com conteúdo próprios, com a respectiva convenção<sup>12</sup>.

A importância do DIC na contemporaneidade é um dos mínimos quase consensuais<sup>13</sup> compartilhados pelos jusinternacionalistas. Outro desses mínimos quase consensuais refere-se à teoria dos elementos constitutivos do costume internacional. Conforme o art. 38 do Estatuto da CIJ<sup>14</sup>, a jurisprudência internacional<sup>15</sup> e a doutrina majoritária<sup>16</sup>, o DIC consolida-se após o preenchimento dos seguintes requisitos: a constatação de que uma prática reiterada (*i.e.*, um comportamento regular) existe

---

<sup>11</sup> A sucessão de Estados foi objeto de dois tratados celebrados sob os auspícios da Organização das Nações Unidas (ONU): o primeiro, a Convenção de Viena sobre a Sucessão de Estados em Matéria de Tratados (1978), está em vigor desde 1996, mas o segundo, a Convenção de Viena sobre a Sucessão de Estados em Matéria de Bens, Arquivos e Dívida Pública (1983), ainda não começou a vigor (UN. Vienna Convention on succession of States in respect of treaties. **United Nations Treaty Collection**. Disponível em: <[https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=XXIII-2&chapter=23&clang=\\_en](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXIII-2&chapter=23&clang=_en)>. Acesso em: 13 out. 2016; UN. Vienna Convention on Succession of States in Respect of State Property, Archives and Debts. **United Nations Treaty Collection**. Disponível em: <[https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=III-12&chapter=3&clang=\\_en](https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=III-12&chapter=3&clang=_en)>. Acesso em: 13 out. 2016).

<sup>12</sup> “The fact that the above mentioned principles, recognized as such, have been codified or embodied in multi-lateral conventions does not mean that they cease to exist and to apply as principles of customary law, even as regards countries that are parties to such conventions. Principles such as those of the non-use of force, non-intervention, respect for the independence and territorial integrity of States, and the freedom of navigation, continue to be binding as part of customary international law, despite the operation of provisions of conventional law in which they have been incorporated. Therefore, since the claim before the Court in this case is not confined to violation of the multilateral conventional provisions invoked, it would not in any event be barred by the multilateral treaty reservation in the United States 1946 Declaration.” (ICJ. **Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)**, Judgment of 26 November 1984, § 73. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/70/6485.pdf>>. Acesso em: 13 out. 2016)

<sup>13</sup> Quase consensuais, frise-se, porque determinados autores negam que as normas costumeiras tenham qualquer impacto sobre o comportamento dos Estados. Nesse sentido, *v.*, por exemplo: GOLDSMITH, Jack L.; POSNER, Eric A. *Op. cit.*

<sup>14</sup> “1. A Corte, cuja função é decidir de acordo com o direito internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará:

“[...] b) o costume internacional, como prova de uma prática geral aceita como sendo o direito...” (MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Org.). **Coletânea de direito internacional, Constituição Federal**. 6. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008)

<sup>15</sup> “La jurisprudence internationale paraît bien, *a priori*, conforter cette théorie des deux éléments...” (DUPUY, Pierre-Marie. *L'unité de l'ordre juridique international: cours général de droit international public*. **Recueil des cours**, vol. 297 (2000), p. 164)

<sup>16</sup> Outrora disputada, hoje, essa teoria representa a posição ortodoxa na seara do DIC (KAMMERHOFER, Jörg. *Uncertainty in the Formal Sources of International Law: Customary International Law and Some of Its Problems*. **The European Journal of International Law**, v. 15, n. 3, p. 532, 2004).

entre os Estados<sup>17</sup>, e o fato de que essa conduta é tida como juridicamente obrigatória – vale dizer, o fato de que ela desfruta de *opinio juris sive necessitatis*. Essa concepção dual – que, neste trabalho, para fins de sinonímia, também será designada como teste ortodoxo –, fundada na combinação de um elemento (supostamente) objetivo (ou material) com outro elemento subjetivo (ou psicológico), foi aprofundada pela CIJ no caso *Plataforma continental do Mar do Norte*<sup>18</sup> (como já apontado), tem servido de orientação para a CDINU em seus trabalhos de codificação intitulados *Formação e evidência do direito internacional costumeiro*<sup>19</sup> e tem sido reproduzida pelos manuais de DIP como suficiente para explicar os processos de gênese e de transformação do DIC. Com efeito, consoante Daniel Harold Levine, o teste ortodoxo parece extremamente adequado até mesmo a um olhar guiado pelo senso comum, pois ele captura a essência do que, para a intuição de qualquer pessoa, caracteriza um costume<sup>20</sup>.

## 2 OS PROBLEMAS DO TESTE ORTODOXO

Sem embargo, embora o teste ortodoxo ofereça uma técnica claramente útil para a identificação do DIC por Estados, por árbitros e por juízes internacionais, ele não deve ser entendido como uma explicação satisfatória para o surgimento e para a mutação do costume internacional, do ponto de vista da Teoria do Direito Internacional. Quatro são os problemas que essa perspectiva do duplo elemento enseja.

Em primeiro lugar, apesar de verificar-se, entre os jusinternacionalistas, um alto grau de concordância quanto à validade do teste ortodoxo, isso não significa que ele está isento de divergências. Explique-se: conquanto praticamente todos os que estudam ou que invocam normas costumeiras apliquem a tese dual, é bem possível

---

<sup>17</sup> Não se pretende abordar, neste trabalho, o debate acerca das contribuições de outros sujeitos de DIP (ou, numa perspectiva mais ampla, de outros atores internacionais) para o desenvolvimento de uma prática reiterada no plano internacional. Para algumas considerações a respeito, v.: MENDELSON, Maurice. Op. cit. p. 198-203.

<sup>18</sup> ICJ. *North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Netherlands)*, Judgment of 20 February 1969.

<sup>19</sup> UN. Identification of customary international law: text of the draft conclusions provisionally adopted by the Drafting Committee. **International Law Commission**, 14 July 2015. Disponível em: <<http://legal.un.org/docs/?symbol=A/CN.4/Arrest%20Warrant%20of%2011%20April%202000L.869>>. Acesso em: 13 out. 2016.

<sup>20</sup> LEVINE, Daniel Harold. **The Chronological Paradox in Customary International Law (Or, the Virtue of Sloppy Timing in a Messy World)**. Dissertation submitted to the Faculty of the Graduate School of Arts and Sciences of Georgetown University in partial fulfillment of the requirements for the degree of Doctor of Philosophy in Philosophy. Washington D.C., March 4, 2005. p. 194.

que, ao fim e ao cabo, cada um a interprete e a utilize de maneiras bem diferentes, ressaltando-se que, provavelmente, cada um defenderá como correta a própria interpretação particular<sup>21</sup>.

Para ilustrar o nível de dissenso existente, cabe tecer um breve panorama das tensões que os dois elementos do DIC têm suscitado. László Blutman distingue entre os autores monistas – para quem o costume internacional é composto por um só elemento, objetivo ou subjetivo, ainda que essa visão não esteja em consonância com a literalidade do art. 38 do Estatuto da CIJ – e os dualistas – que propugnam uma concepção bipartida, com um elemento subjetivo aduzido a outro objetivo<sup>22</sup>.

Paralelamente, notam-se incontáveis contendas doutrinárias de natureza mais concreta. Por exemplo, há quem critique como artificial e arbitrária a divisão por vezes realizada entre atos constitutivos do costume, de um lado, e fatos declaratórios (ou seja, fatos que estritamente evidenciam esses atos constitutivos), de outro<sup>23</sup>. Em contrapartida, juristas como Jörg Kammerhofer sustentam que toda regularidade de conduta é, em si mesma, neutra: nenhuma delas indica necessariamente um comando que os Estados esperam que seja obedecido; esses padrões de comportamento só se tornam normas internacionais costumeiras com a adição da *opinio juris*; por conseguinte, enquanto essa última é a condição para que uma regularidade obtenha juridicidade, é justamente o padrão comportamental que sugere o conteúdo da conduta a ser exigida, permitida ou proibida<sup>24</sup>. Nesse ponto, o debate muda seu foco para a questão da generalidade, da duração e da consistência da prática; pergunta-se: para que se fale numa regularidade, quantos Estados devem observá-la, por quanto tempo e com que nível de uniformidade? Embora a CIJ, no caso *plataforma continental do*

<sup>21</sup> Ibid., p. 189.

<sup>22</sup> BLUTMAN, László. Op. cit. p. 530-531. O grande problema dessa última abordagem reside no delineamento das fronteiras entre ambos os elementos constitutivos do costume internacional. Afinal, há juristas que entendem que a prática internacional – que denota a materialidade do DIC e que, portanto, consigna seu elemento objetivo – pode também servir de evidência do elemento subjetivo – a saber, a *opinio juris*, a crença na obrigatoriedade de determinada conduta, ou outro fenômeno psíquico similar. Como solução para essa dificuldade, alguns doutrinadores propuseram que as declarações estatais, orais ou por escrito, consistiriam meramente em prova da *opinio juris* e que, em consequência, deveriam ser excluídas da prática dos Estados, que seria formada apenas por atos ou por omissões físicas. Essa é a posição do chamado dualismo exclusivista. Não obstante, a maioria dos dualistas não aceita semelhante diferenciação, apontando que a prática interestatal deve abranger tanto condutas propriamente ditas quanto atos de fala (ibid., p. 531-532). Essa celeuma foi o cerne de uma clássica discussão entre Anthony D’Amato, exclusivista, e Michael Akehurst, inclusivista (KAMMERHOFER, Jörg. Op. cit. p. 525-526).

<sup>23</sup> ZEMANEK, Karl, *apud* ibid., p. 526.

<sup>24</sup> Ibid., p. 528.

*Mar do Norte*, tenha estabelecido critérios acerca desses tópicos que agradaram a boa parte da doutrina<sup>25</sup>, obviamente inexistente unanimidade, como se depreende da tese de Bin Cheng, a respeito do costume instantâneo no direito espacial<sup>26</sup>.

O elemento subjetivo tampouco está isento de imbróglio. De um lado, há aqueles que o interpretam à luz de teorias voluntaristas do direito internacional, que vinculam a validade das normas internacionais ao consentimento, mesmo que implícito, dos Estados<sup>27</sup>. No que tange ao DIC, essa ótica é problemática não só porque dificilmente oferece uma explicação razoável para a obrigatoriedade do costume internacional com relação a países recém-surgidos – afinal, apenas com base numa ficção muito grotesca poder-se-ia dizer que eles consentiram na incidência dessas regras –, mas também porque, durante a formação de uma norma internacional costumeira, é raro que uma maioria de Estados se manifeste *explicitamente* a respeito; o mais comum é que um número significativo deles nem consinta, nem imponha objeções<sup>28</sup>. “[How] to connect this ‘inert mass’ of non-participating states to the creation of customary law?”<sup>29</sup> Ora, uma solução justa é compreender que o consentimento deve ser inferido tão somente daqueles Estados afetados pelo novo costume internacional e que estivessem cientes de sua consolidação, ou que devessem estar cientes<sup>30</sup>.

Não obstante essa posição que equipara o elemento subjetivo ao consentimento estatal, a perspectiva mais conhecida é a que o define como sendo a *opinio juris sive necessitatis*, noção pormenorizada pela CIJ novamente no caso *plataforma continental do Mar do Norte*<sup>31</sup> e cunhada por François Gény em sua obra *Méthode d'in-*

<sup>25</sup> “Although the passage of only a short period of time is not necessarily, or of itself, a bar to the formation of a new rule of customary international law on the basis of what was originally a purely conventional rule, an indispensable requirement would be that within the period in question, short though it might be, State practice, including that of States whose interests are especially affected, it should have been both extensive and virtually uniform in the sense of the provision invoked...” (ICJ. **North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Netherlands)**, Judgment of 20 February 1969, § 74. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/52/5561.pdf>>. Acesso em: 13 out. 2016)

<sup>26</sup> CHENG, Bin. United Nations Resolutions on Outer Space: “Instant” International Customary Law? In: CHENG, Bin. **Studies in International Space Law**. Oxford: Clarendon Press, 1997.

<sup>27</sup> DANILENKO, Gennady M. The Theory of International Customary Law. **German Yearbook of International Law**, v. 21, p. 9-47, 1988.

<sup>28</sup> KAMMERHOFER, Jörg. Op. cit. p. 533.

<sup>29</sup> Loc. cit.

<sup>30</sup> Loc. cit.

<sup>31</sup> “Not only must the acts concerned amount to a settled practice, but they must also be such, or be carried out in such a way, as to be evidence of a belief that this practice is rendered obligatory by the existence of a rule of law requiring it. The need for such a belief, i.e. the existence of a subjective element, is implicit in the very notion of the *opinio juris sive necessitatis*. The states concerned must therefore feel that they are conforming to what amounts to a legal obligation. The frequency or even habitual character of the acts is not in itself enough.” (ICJ.

*terprétation et sources en droit privé positif* (1899). Cuida-se da ideia de que os Estados aderem a determinada regularidade de comportamento não por cortesia, por um senso de moralidade, por medo de retribuição, por conveniência política ou por qualquer outra razão extralegal: a adesão há de ocorrer, isto sim, porque se crê que a prática seguida é requerida pelo DIP. Essa concepção origina, entretanto, o segundo problema do teste ortodoxo: um paradoxo temporal referente ao momento em que uma regularidade de comportamento passa a revestir-se do *status* de DIC. É que, se a *opinio juris* corresponde à crença na exigibilidade de uma conduta, ela não pode estar presente num costume internacional ainda em gestação, sob pena de confundir-se o que *já é* norma com o que *virá a ser* norma. Mais grave é a situação daqueles primeiros Estados cuja prática propiciou o nascimento de uma nova regra internacional costumeira: tecnicamente, a obrigação ainda não existe para eles, não é real e sim putativa – ou seja, eles não seguem determinada conduta porque ela é efetivamente obrigatória, mas sim porque acreditam erroneamente que ela é obrigatória<sup>32</sup>.

At the very least, this should be a theory of the last resort. In the first place, it requires us to accept the unpalatable conclusion that international law is based on a series of persistent errors. More damagingly, it requires us to accept the implausible conclusion that a consensus of states could make such mistakes about the law. [...] If we accept the orthodox understanding of *opinio*, and allow false belief to count, beliefs about CIL seem to be rather odd creatures. There would be, for instance, no clear distinction between having a true belief about [Customary International Law] and having a false one.<sup>33</sup>

Em contrapartida, se for rejeitado esse raciocínio de que crenças errôneas estão por detrás da gênese do DIC, um terceiro problema apresenta-se. É que, como remarca Daniel Harold Levine, uma crença – na correta aceção do termo – é um estado mental sempre realista e jamais idealista, porque se dirige a algo que já existe

---

**North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Netherlands)**, Judgment of 20 February 1969, § 77. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/52/5561.pdf>>. Acesso em: 13 out. 2016)

<sup>32</sup> “Gény concludes that at the source of the formation of custom, there must be an erroneous belief on the part of those who are the creators of custom that they are already legally bound by the very rule which they are in the process of creating: ‘an error seems at least at the beginning of a usage a *sine qua* condition for the conviction that such usage is binding...” (BENSON, *apud* KAMMERHOFER, Jörg. Op. cit. p. 534) Daniel Harold Levine explica que uma crença errônea – como a que decorre do paradoxo temporal gerado pela noção de *opinio juris* – não pode ser chamada de crença. É que a crença, ao contrário do desejo, enxerga o mundo (a realidade objetiva) exatamente como ele (ela) é. É a crença que deve adaptar-se ao mundo (à realidade objetiva), e não o mundo (a realidade objetiva) que deve adaptar-se à crença; afinal, se a crença passasse a exigir que o mundo (a realidade objetiva) se amoldasse a seu conteúdo, ela acabaria confundindo-se com a noção de desejo (LEVINE, Daniel Harold. Op. cit. p. 29).

<sup>33</sup> *Ibid.*, p. 28-30.

no mundo e não a algo que virá a existir<sup>34</sup>. Para que se possa dizer que uma crença quanto a determinado estado de coisas é verdadeira, esse estado de coisas deve ser uma realidade já consolidada. Nesse sentido, se, no momento da formação de uma norma costumeira, os Estados já percebem (acertada e não equivocadamente) a prática envolvida como juridicamente obrigatória, isso significa que, antes dessa percepção, ela já era juridicamente obrigatória. Como todo costume depende da crença de que o DIP exige a conduta por ele prescrita, todo costume, invariavelmente, já teria de fazer parte do DIP preexistente – e, em consequência, nenhum costume efetivamente novo poderia surgir. Em outras palavras, o teste ortodoxo tem dificuldade em explicar o nascimento de uma nova regra de DIC; por extensão, também não consegue esclarecer como o costume internacional se transforma ao longo do tempo. Como apontado acima, a tese do duplo elemento pode consistir numa boa técnica para orientar os operadores do direito na identificação de normas costumeiras já existentes, mas não é uma teoria apta a descrever satisfatoriamente os complexos processos de interação social por detrás da gestação e da mudança do DIC.

Por fim, o quarto problema da concepção dual é que ela se escora numa dicotomia falaciosa entre elemento objetivo e elemento subjetivo. É que a prática internacional, usualmente tida como um reflexo da materialidade do DIC, não consigna um aspecto tão objetivo quanto propalam.

The common view might consider it material or objective because it treats general practice as simply that which refers to a more or less definite set of state actions as objective facts or events. However, this approach is too simplistic. No general practice as such exists in the objective world, and it is not equal to a set of state actions. However, being the result of a complex mental process that includes abstraction, comparison, interpretation, selection, evaluation, weighing and generalization, general practice is a mental construct that refers to a relation and is basically characterized by the regularity or rule around which it is conceptually organized in specific cases.<sup>35</sup>

<sup>34</sup> Ibid., p. 87. László Blutman igualmente empreende um estudo aprofundado da *opinio juris* como crença. O autor diferencia a atitude cognitiva contida no verbo crer daquela presente em outras expressões que também designam estados mentais, como assumir, esperar, imaginar e estar convicto. Uma crença não exprime um ato de vontade e sim certo grau de confiança quanto à veracidade de determinada proposição – como, por exemplo, a ideia de que, devido à existência de um costume internacional nesse sentido, a norma X exige que os Estados adotem o comportamento Y. Crer em algo tampouco equivale a estar certo de algo (“[belief] and *opinio juris* have an air of epistemological uncertainty and come in degrees”). Outrossim, a noção de crença não tem o mesmo valor semântico que a de desejo (“[a] desire remains a desire, even in spite of its generality, but how and when will a general desire turn into a legal rule?”) ou que a de senso – *in casu*, senso de obrigatoriedade jurídica (“[*opinio juris*] as belief is not a ‘sense of legal obligation’ (or a feeling of legal obligation), because having a sense of something is not believing something”) (BLUTMAN, László. Op. cit. p. 538-543).

<sup>35</sup> BLUTMAN, László. Op. cit. p. 543.

Com efeito, ao fim e ao cabo, a prática internacional é nada mais do que um construto mental. Para que venha a lume – e para que seja dotada dos atributos de generalidade, de durabilidade e de consistência –, cabe ao observador: 1) estabelecer uma regularidade (*i.e.*, um padrão de conduta) que sirva como ponto de partida; 2) selecionar, em meio às condutas e às declarações estatais, aqueles aspectos que serão relevantes para a investigação e descrevê-los em termos gerais; 3) após esse exercício de abstração, comparar os aspectos identificados no passo anterior com os aspectos da regularidade divisada no primeiro passo; e 4) sopesar os atos ou os pronunciamentos estatais que se adequaram à regularidade com aqueles que não se adequaram, para constatar quão difundida é a prática sob exame<sup>36</sup>. A conclusão de Blutman não deve causar espanto, pois o que o jurista está dizendo é que, basicamente, toda observação da realidade (*in casu*, uma observação do plano internacional visando a detectar padrões de conduta entre os Estados) é, na verdade, uma *interpretação* da realidade e, portanto, é parcialmente subjetiva. Como resultado, a prática internacional, se antes era encarada como um elemento indiscutivelmente objetivo do costume internacional, acaba ganhando um verniz subjetivo: ela é um construto mental tanto para um Estado que deseja verificar se existe alguma norma internacional costumeira a ser seguida quanto para um observador externo (*e.g.*, um juiz de uma corte internacional) que precisa determinar a existência da referida norma.

Ora, uma vez que não só a *opinio juris*, mas também a prática internacional encerram elementos subjetivos, é possível defender que o DIC é um fenômeno intersubjetivo. Isso não implica propor que ele não faz parte do mundo material ou que não gera impactos concretos sobre as relações internacionais. Significa, isto sim, que, para surgir como um conjunto de normas sociais, o costume internacional depende de um esforço mental coletivo, ou seja, depende de entendimentos compartilhados (tanto pelos sujeitos do DIP quanto pelos estudiosos e pelos operadores desse ramo jurídico) acerca de seu conteúdo e dos critérios e dos raciocínios adotados em sua gênese<sup>37</sup>.

A pretensão deste trabalho é propor uma teoria que explique a gênese e a transformação do DIC como processos intersubjetivos. A abordagem a ser desenvol-

---

<sup>36</sup> *Ibid.*, p. 544.

<sup>37</sup> *Ibid.*, p. 551.

vida pautar-se-á em perspectivas da Linguística e adotará conceitos como ato de fala, discurso e argumentação. Compreende-se que esse marco teórico será capaz de solucionar os quatro problemas supramencionados: a) a multiplicidade de entendimentos acerca dos dois elementos do costume internacional; b) o paradoxo temporal; c) a incapacidade do teste ortodoxo de esclarecer como surgem novas normas costumeiras ou como se modificam as antigas; e d) o fato de que a prática internacional – um dos requisitos do DIC – não é um aspecto objetivo e sim tão subjetivo quanto a *opinio juris*. Ao mesmo tempo, a teoria proposta desfrutará da vantagem de não precisar abandonar a tese do duplo elemento – que, apesar dos pesares, detém ampla aceitação em meio à jurisprudência e à doutrina; o arcabouço teórico a ser apresentado apenas enxergará o teste ortodoxo sob novas luzes, mas não o desnaturará.

Para que sejam delineadas as premissas de um marco teórico discursivo do costume internacional, a exposição será organizada em três estágios: no primeiro, defender-se-á que todo o DIP – e não apenas o DIC – pode ser entendido como construído a partir de argumentos jurídicos; no segundo, preconizar-se-á que o processo costumeiro consiste numa sequência contínua de alegações e de respostas; e, por fim, no terceiro, propugnar-se-á que todo argumento sobre o DIC não somente descreve uma norma costumeira, mas também a constitui e contribui para sua reprodução ou para sua transformação. Em seguida, a teoria será aplicada a um caso concreto.

### 3 TEORIAS DISCURSIVAS

#### 3.1 Direito internacional e argumentação

Como assinala Manuel Atienza, filósofo que se destaca por suas pesquisas no campo da Teoria da Argumentação Jurídica, ninguém duvida de que a prática do Direito consista, fundamentalmente, em argumentar, e todos tendem a concordar que a qualidade que melhor define um “bom jurista” é sua capacidade de construir argumentos e de manejá-los com habilidade<sup>38</sup>. Não é diferente no âmbito do DIP. Com efeito, jusinternacionalistas como Ian Hurd, que analisam as interações entre Direito Internacional e argumentação, sustentam que a diplomacia é uma ação social que

<sup>38</sup> ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teoria da argumentação jurídica. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. p. 1.

traduz a política externa de um Estado para a linguagem jurídica<sup>39</sup>, de maneira que as normas internacionais não emergiriam de procedimentos formais e sim do embate entre posições argumentativas<sup>40</sup>.

Para esse acadêmico, o DIP é um conjunto de recursos com que os Estados constroem explicações para seu comportamento. As controvérsias acerca do cumprimento ou do descumprimento de normas são inerentes à ordem jurídica internacional, o que torna a diplomacia, por natureza, uma contenda entre argumentos normativos concorrentes. É a diplomacia que conecta a linguagem pública aos negócios estatais, provendo sentido, razões e explicações para os atos dos governos. Para tanto, ela baseia-se na existência de regras internacionais. Para Ian Hurd, as normas são tidas como “performaticamente suficientes” (na expressão de Nicholas Onuf), vale dizer, sua eficácia não depende da resposta da audiência<sup>41</sup>.

À medida que os Estados usam o DIP para racionalizar seu comportamento, eles contribuem para a reprodução e para a mudança das normas. A diplomacia tem um efeito constitutivo: ela produz recursos sociais e jurídicos que servirão de justificativa para futuros comportamentos estatais<sup>42</sup>. Os Estados relacionam-se dentro de um ambiente em que a observância do Direito Internacional é bem-vista. Em consequência, a diplomacia visa a apresentar os interesses estatais como consistentes com as normas internacionais. A diplomacia gera um fluxo constante de argumentos relativos ao cumprimento do DIP. As referências que as autoridades estatais fazem às normas internacionais não raro mascaram violações, constroem um novo direito ou, ainda, produzem esses dois resultados simultaneamente<sup>43</sup>. Nesse ponto, porém, reside uma das primeiras insuficiências da tese de Ian Hurd: é que, embora o autor enuncie uma série de *insights* provocativos que, efetivamente, suscitam reflexões, ele não se aprofunda em muitos dos problemas que menciona. Ao sugerir que a argumentação jurídica pode tanto justificar uma violação do DIP quanto avançar novas interpretações das normas internacionais em vigor, mas sem estabelecer critérios para distinguir quando, de um lado, os Estados condenam determinados argumentos e,

<sup>39</sup> HURD, Ian. Law and the Practice of Diplomacy. Northwestern University – Department of Political Science, **International Journal**, p. 589, August 28, 2011.

<sup>40</sup> Ibid., p. 590.

<sup>41</sup> Ibid., p. 582-584.

<sup>42</sup> Ibid., p. 587.

<sup>43</sup> Ibid., p. 589-590.

de outro, acatam argumentos diversos como admissíveis, a aplicabilidade da teoria de Ian Hurd fica comprometida. Esse será um dos aspectos que será elaborado de maneira satisfatória por outro arcabouço teórico, a ser exposto mais abaixo.

O acadêmico salienta que, quando um Estado argumenta em favor da legalidade de sua conduta, sua justificativa não precisa ser aceita pela audiência para ser política e juridicamente poderosa. Divergências sobre o que as normas exigem são endêmicas no DIP, e é raro quando uma controvérsia internacional é resolvida pela determinação do único e verdadeiro sentido do direito<sup>44</sup>. Daniel Harold Levine recorda que, dada a escassez (e a não obrigatoriedade da jurisdição) de instâncias formais de resolução de disputas na ordem jurídica internacional, no DIP, a adjudicação da maioria das reivindicações jurídicas é feita pelas mesmas entidades que as advogam, os Estados, mas isso não torna a controvérsia necessariamente desprovida de base legal, porque as autoridades estatais são perfeitamente capazes de articular argumentos jurídicos<sup>45</sup>.

Para Ian Hurd, a situação é só ligeiramente diferente quando existe uma instituição habilitada a decidir em definitivo questões acerca do cumprimento do DIP. Eis os casos da CIJ, quando atua em sua função decisória, e da Organização Mundial do Comércio. Após o julgamento, as partes podem continuar a não concordar com o resultado, mas a decisão produz um fato jurídico que estrutura futuras disputas. Um Estado recalcitrante geralmente organizará sua diplomacia de sorte a adaptar seus argumentos a esse fato jurídico, enquanto prossegue com a controvérsia de outras formas<sup>46</sup>.

A bem da verdade, não há nada de intrinsecamente errado com as possibilidades de que uma disputa, em tese, se prolongue indefinidamente, ou de que uma controvérsia aparentemente resolvida seja reaberta a qualquer tempo. É que a ordem jurídica internacional tem mais a ver com a estruturação de disputas do que com sua

---

<sup>44</sup> Ibid., p. 591. O fato de que a concordância da audiência é desnecessária sugere que o produto mais importante da diplomacia não é a persuasão, o consenso, a socialização, o aprendizado ou a aculturação. A literatura tradicional defende que o ponto final da interação diplomática é o consenso ou a formação de entendimentos compartilhados. O autor critica esse posicionamento: inerente ao conceito de diplomacia é a possibilidade de que a audiência discordará das explicações formuladas por um Estado. A diplomacia pública adiciona a linguagem do direito a uma disputa, mas tipicamente termina com tanta divergência quanto no início (ibid., p. 592).

<sup>45</sup> LEVINE, Daniel Harold. Op. cit. p. 111-112.

<sup>46</sup> HURD, Ian. Op. cit. p. 594.

solução completa e definitiva<sup>47</sup>. A complicação da abordagem de Ian Hurd não está na concepção de que, no DIP, existem conflitos jurídicos com propensão à permanência. O problema real situa-se na maleabilidade excessiva que o autor parece atribuir às normas internacionais, ao supor que, quando defendem seus interesses, os Estados podem cunhar uma enorme variedade de argumentos aceitáveis. Não é bem assim. Afinal, por mais criativas que as autoridades estatais sejam na formulação de teses justificadoras, não se pode negar que o direito preexistente e a própria linguagem jurídica impõem constrangimentos à argumentação, pelo que há, sim, razões para que se prefiram certos argumentos a outros. Em síntese: nem toda interpretação é admissível<sup>48</sup>.

### 3.2 Costume internacional e argumentação

Não surpreende que a literatura tenha atentado para as relações entre, de um lado, o Direito em geral e o DIP em particular e, de outro, a argumentação jurídica. Similarmente, o DIC não escapou a essas considerações. Tanto realistas jurídicos como Myres S. McDougal quanto jusfilósofos como Gerald J. Postema reconhecem que a produção e a mudança do costume internacional podem ser compreendidas como uma troca de argumentos. Já em 1955, McDougal e Schlei escreviam que o processo costumeiro representaria uma sequência contínua de alegações e de respostas<sup>49</sup>. Em seu curso da Haia, M. H. Mendelson complementa que, com frequência, essas alegações e essas respostas assumem a forma de atos ou de omissões: por meio de seu comportamento, acompanhado de pronunciamentos que servem de justificativa, os Estados: a) criam teses *de lege ferenda*, no intuito de promover a emergência de uma nova norma costumeira ou a modificação de outra já existente; b) aderem às propostas normativas de outros Estados, com o que impulsionam a transformação do DIC; ou c) repudiam aquelas tentativas revisionistas, com o que contribuem para reafirmar um costume internacional já em vigor<sup>50</sup>.

<sup>47</sup> LEVINE, Daniel Harold. Op. cit. p. 154.

<sup>48</sup> Ibid., p. 66 e 172.

<sup>49</sup> MCDUGAL, M. S.; SCHLEI, N. A. The Hydrogen Bomb Experiments and International Law. **Yale Law Journal**, v. 64, p. 648, 1955.

<sup>50</sup> MENDELSON, Maurice. Op. cit. p. 189-190.

Anthony D'Amato, outro jusinternacionalista de renome, conquanto seja um crítico ferrenho do realismo jurídico norte-americano<sup>51</sup> – escola de pensamento que encontra em McDougal um de seus representantes –, concorda com esse último jurista sobre a importância da argumentação para o DIC. Para D'Amato, o objetivo primário do requisito da *opinio juris* é permitir a diferenciação dos atos estatais em legalmente relevantes e legalmente irrelevantes; o propósito secundário é possibilitar a distinção, no que tange aos atos legalmente relevantes, entre a conduta meramente ilegal (violação) e a que propõe a criação de uma nova norma costumeira. Sozinha, sem *opinio*, a prática internacional é muda. Paralelamente, a existência de *opinio juris* sem uma prática correspondente não passa de uma série de palavras vazias, não sendo possível distinguir um costume em efetiva formação da simples aspiração acerca da formação desse costume<sup>52</sup>.

Ainda segundo D'Amato, a articulação de uma norma costumeira – seja uma regra totalmente nova, seja a modificação de uma regra já existente –, se acompanhada de um ato estatal comissivo ou omissivo, comunica ao Estado que sua conduta ou sua decisão terá implicações jurídicas. Conforme o autor, a *opinio juris* deixa de ser um elemento psicológico e passa a indicar apenas a publicidade de determinada prática, que decorre do fato de ela ter sido articulada por um representante estatal autorizado<sup>53</sup>. D'Amato ilustra sua teoria da articulação ao discutir como o DIP trata o turismo comparativamente com a exploração espacial: há muita prática pertinente ao turismo ao redor do mundo, porém, na forma atual, ela não vai gerar nenhum costume internacional favorável à livre entrada de turistas, porque nenhum Estado chegou a articular um princípio jurídico nesse sentido; em contraposição, tão logo os gover-

<sup>51</sup> Para o realismo jurídico, o direito nada mais é do que aquilo que seus aplicadores dizem que ele é. Seu exato conteúdo seria totalmente definido por decisões judiciais. Em consequência, ao decidirem, os juízes não teriam como basear-se em normas jurídicas (mas tão somente em outros fatores), porque o direito não preexiste à atuação do Judiciário e sim é produzido pela atuação do Judiciário (D'AMATO, Anthony. *Legal Realism Explains Nothing*. Northwestern University School of Law, **Faculty Working Papers**, Paper n. 84, p. 11, 2010). Transplantando essa teoria para o plano internacional, tem-se que: como os Estados são os principais aplicadores do DIP, as normas internacionais seriam exclusivamente aquilo que os Estados dizem que elas são. Estritamente falando, do ponto de vista do DIC, esse raciocínio, a princípio, não provoca espanto: uma vez que o costume internacional realmente deriva das interações entre os Estados, faz sentido que, nessa seara, os agentes estatais sejam legisladores para si mesmos, advogados em causa própria e, ademais, juízes uns dos outros. O problema é que, no limite, o realismo jurídico aplicado ao DIP conduz à conclusão de que nenhum direito precede os Estados: nenhuma norma jurídica poderia constrangê-los, porque todo comportamento dissonante – toda violação – seria, potencialmente, uma nova norma jurídica (ou a reinterpretação de uma norma antiga).

<sup>52</sup> D'AMATO, Anthony. *The Concept of Custom in International Law*. New York: Cornell University Press, 1971. p. 49.

<sup>53</sup> *Ibid.*, p. 75.

nos começaram a explorar o espaço sideral, o DIP já sinalizava preocupar-se com essa prática e acomodá-la no âmbito de regras específicas, devido à prévia articulação de princípios jurídicos a respeito, em resoluções da AGNU<sup>54</sup>.

Uma das principais dificuldades da abordagem de D'Amato relaciona-se à quantidade de prática necessária para que se consolide uma norma de DIC. O autor inicia sua abordagem dessa questão observando que os Estados, comumente, recorrem ao discurso jurídico para formular alegações e respostas quando surgem controvérsias internacionais. O problema é que, nesse ponto, o raciocínio do jurista desemboca numa solução de contagem de casos: numa disputa sobre a existência de um costume internacional, tem mais razão o lado que for favorecido por um maior número de precedentes corroborando sua tese<sup>55</sup>. Em consequência, se houver, por exemplo, 10 casos que militam contra a validade de certa conduta e apenas nove casos que a confirmam, prevalece a posição contrária à existência de uma norma válida de DIC a respeito. Esse modelo está sujeito a diversas complicações, desde a impossibilidade de individuação de precedentes omissivos – como contar, *e.g.*, a quantidade de casos de não uso da força no plano internacional? – até as conclusões absurdas oriundas do fato de que, na contagem, somente importam os atos estatais, não o discurso – daí que, *e.g.*, a proibição da tortura, muito embora seja enfaticamente endossada no discurso, mas bastante descumprida na prática, não teria gestaria um costume internacional<sup>56</sup>. “The bottom line is that whether or not a putative rule is law depends on whether it has more instances of compliance than a competing rule, and there is no deep distinction between illegal and norm-creative action...”<sup>57</sup>

Consoante explica Daniel Harold Levine, a teoria de D'Amato não permite a distinção entre uma conduta ilegal e a que advoga o surgimento de um novo direito porque a noção de linguagem adotada pelo autor é meramente descritivista. É que, embora uma articulação tenha feição discursiva, no modelo de D'Amato, ela é neutra e não apresenta nenhum peso normativo: sua função é tão só descrever atos estatais que são desprovidos de ambiguidade e identificá-los como juridicamente relevantes. Uma articulação somente ganha vida quando existe alguma prática internacional por

<sup>54</sup> Ibid., p. 77-78.

<sup>55</sup> Ibid., p. 91-93.

<sup>56</sup> LEVINE, Daniel Harold. Op. cit. p. 93-97.

<sup>57</sup> Ibid., p. 93.

detrás dela<sup>58</sup>. Embora essa abordagem possibilite a D'Amato explicar a transformação de um costume internacional, ela não lhe permite cogitar de uma transformação intencional – *i.e.*, guiada ou planejada por um Estado ou por um grupo de Estados. Na realidade, tudo que a teoria de D'Amato tem a oferecer é uma explicação para a degeneração de uma norma de DIC, não exatamente para sua mudança<sup>59</sup>. Afinal, se, em determinada área do DIP, já existir a articulação de um princípio jurídico, cumulada com um histórico de prática internacional a respeito, a única maneira de modificar essa norma é mediante sua eventual destruição, via resistência (ilegal).

But it seems implausible to think that we must completely break down the normativity of law in some area before it can be altered – that is, we need not move through a 'zeroed' state where there is no normative usage in order to change the law. More often, I suspect, norms more gradually morph into each other without the area ever becoming (even temporarily) unregulated.

Por seu turno, o jusfilósofo Postema reconhece que:

Legally relevant customs are forms of reciprocally oriented conduct that takes its meaning from a practice of offering claims and counterclaims, challenges and responses. The hallmark of such customs is not the addition of belief (*opinio juris*) to behavior (*usus*), but rather the integration of meaningful conduct into a web of reasons and arguments. A norm rooted in conduct is a norm of customary international law in virtue of its integration into the system of norms (the *corpus juris*) of international law, not in virtue of beliefs of actors or judges about the legal *status* or bindingness of the norm. The place that a norm holds in the system is established by normative argument, tracing its internal connections to other norms of the system and to conduct that complies with them. Argument, not attitude, determines legal *status* of a customary norm.<sup>60</sup>

Conforme esse autor, a *opinio juris*, um dos elementos tradicionais do DIC, não deve ser concebida como uma crença (na obrigatoriedade de uma conduta) e sim como uma característica que, mediante argumentação jurídica, se consegue imputar a determinada prática. Nesse sentido, terá *opinio juris* todo e qualquer comportamento que puder ser racionalizado de acordo com o DIP em vigor. Quando um Estado advoga em prol de um novo costume internacional, ele busca conectar a nova conduta às regras já reconhecidas, seja, *e.g.*, alegando uma interpretação extensiva do direito preexistente, seja formulando uma exceção não originalmente prevista, mas passível de ser defendida com os devidos argumentos jurídicos. Desse modo, um comportamento dissonante que, de início, parece violar uma norma de DIC pode, em última

<sup>58</sup> Ibid., p. 99-100.

<sup>59</sup> Ibid., p. 100-101.

<sup>60</sup> POSTEMA, Gerald J. Custom, Normative Practice and the Law. *Duke Law Journal*, v. 62, p. 738, 2012.

análise, ser justificado como uma proposição revisionista de regras antigas. Falta, todavia, esclarecer como uma argumentação dessa espécie pode ser feita. É esse o objetivo do próximo tópico.

### 3.3 Produção e mudança de um costume internacional via argumentação

Um arcabouço teórico acerca da produção e da mudança de um costume internacional via argumentação foi elaborado por Daniel Harold Levine. Inspirando-se em filósofos da Linguística, como Wittgenstein e outros, o autor parte do pressuposto de que a *opinio juris* deve ser entendida como um ato de fala performático (*performative speech act*). Isso significa que, ao emitirem discursos sobre o DIC, os Estados não estão apenas descrevendo o direito preexistente e sim produzindo um impacto constitutivo sobre esse mesmo direito. Na verdade, alguns tipos de pronunciamento não teriam qualquer função comunicativa – ou seja, não veiculariam nenhuma mensagem e nenhum juízo de valor – e sim consistiriam, eles mesmos, em ações concretas: são os chamados atos de fala com força ilocucionária; as promessas são o exemplo clássico desses usos da linguagem<sup>61</sup>.

Na concepção original, proposta por Austin, um ato de fala somente deteria força ilocucionária se fosse regulado por convenções sociais, entendidas como regularidades de comportamento. Cite-se novamente o exemplo da promessa: para ela ser considerada um ato de fala ilocucionário, seria necessário que, ao longo de uma miríade de casos passados, toda vez que um falante dissesse “Eu prometo”, essa fórmula bastaria para que ele fosse (moralmente) obrigado a cumprir o prometido. Sem embargo, nem sempre uma convenção é regularista, *i.e.*, nem sempre ela representa uma regularidade de comportamento: há também convenções normativas – no sentido de que podem ser invocadas para justificar determinado ato de fala. Assim, quando uma pessoa reprova outra por descumprir uma promessa, a primeira pode, como justificativa para seu comportamento reprobatório, exclamar “Mas você prometeu!”. Convenções normativas são as mais importantes para que se compreenda a *opinio juris* como ato de fala performático<sup>62</sup>.

<sup>61</sup> LEVINE, Daniel Harold. Op. cit. p. 115-116.

<sup>62</sup> *Ibid.*, p. 118-127.

Entre os diversos usos da linguagem dotados de força ilocucionária, destacam-se os que exemplificam a aplicação de uma norma jurídica (*rule-expressions*); *e.g.*, no DIP, a condenação que um Estado endereça a outro quando esse último intervém militarmente no território de um terceiro. Ato de fala desse tipo são justificados pela invocação da própria norma cuja aplicação eles ilustram; retomando-se o caso anterior, tem-se que, ao condenar a conduta do Estado interventor, o outro país pode valer-se, como justificativa, da regra que veda o uso da força contra a integridade territorial ou a independência política de qualquer Estado – é dizer, o ato de condenar é justificado pela existência de uma norma que proíbe a conduta condenada. O principal efeito da invocação de uma norma é a alteração do *status* normativo de outros atos: ou eles são justificados, ou são tidos como ilegais<sup>63</sup>.

Mais especificamente, esses atos de fala que exprimem a aplicação de uma norma jurídica (*rule-expressions*) geram dois resultados: um de alcance universal e outro de alcance particular. O primeiro é este: quando um Estado invoca uma norma, ele habilita todos os demais a invocarem-na também e, por extensão, permite-lhes fazer referência a seu uso dessa norma, como precedente; essa referência aos casos anteriores em que uma norma foi invocada robustece sua aptidão para justificar uma conduta. O segundo resultado de uma *rule-expression* tem alcance particular: quando uma norma é invocada, isso autoriza que ela seja empregada para contestar um ato contrário a ela; *e.g.*, se um Estado afirma que, em regra, é proibido o uso da força nas relações internacionais, outros Estados podem valer-se desse ato de fala para desafiar um ato de agressão específico<sup>64</sup>.

*Rule-expressions* tendem a ser utilizadas apenas quando uma controvérsia internacional eclode. Uma controvérsia ou uma disputa pode ser definida como uma série de atos de fala que se inicia com o ato contestado e que, em seguida, assume um padrão de contestação-resposta-contestação. A cada etapa dessa dinâmica, um litigante defronta-se com duas opções: ou ele reconhece como válida a justificativa proposta por seu interlocutor, ou opõe-lhe uma resposta – sendo que, nessa última hipótese, a disputa prossegue.

---

<sup>63</sup> Ibid., p. 129-130.

<sup>64</sup> Ibid., p. 145-146.

Quando, no curso desse processo, uma *rule-expression* passa a ser vista como justificada – seja porque não foi contestada (*i.e.*, houve aquiescência), seja porque a contestação não contou com bons argumentos –, torna-se possível reinvocá-la em outras circunstâncias e fazer referências a ela<sup>65</sup>.

The easiest way to claim justification for the use of the law-expression here and now is to appeal to some previous use of it that your interlocutor is unable or unwilling to challenge. Sometimes, of course, the particular law-expression you are trying to use has never been used before (or has not been used in a way that your interlocutor is unwilling or unable to challenge), in which case you may infer it from other speech acts... Every speech act is granted some connections to other speech acts by the linguistic practice.<sup>66</sup>

Não obstante, como já se ressaltou acima, no DIP, são raras as controvérsias que atingem uma solução definitiva. Trata-se do fenômeno da desordem (*messiness*, na terminologia adotada por Daniel Harold Levine). Ora, uma vez que inúmeras disputas findam inconclusivas, é comum que o *status* normativo de muitos atos permaneça indeterminado, sem que se saiba ao certo se eles são justificados ou não. Além disso, é possível que não fiquem claros os efeitos de determinada *rule-expression* (*e.g.*: quais atos podem ser conectados a ela, por referência ou por inferência lógica? Contra quais atos ela pode ser invocada como resposta?)<sup>67</sup>. É que, lembre-se, um dos produtos das *rule-expressions* tem alcance universal: elas autorizam outros Estados a invocá-las em casos futuros, pelo que não é fácil prever todas as implicações de sua aceitação. Devido a sua generalidade, uma mesma *rule-expression* pode ser usada em diferentes situações; complementarmente, devido à desordem (*messiness*) do DIP, os Estados não necessariamente convergirão para uma única maneira de usá-la<sup>68</sup>. O único constrangimento que a reinvocação de uma *rule-expression* deve observar é a necessidade de que haja alguma similaridade entre os casos antigos em que ela foi empregada, de um lado, e os novos casos em que se tenciona adotá-la, de outro<sup>69</sup>.

De qualquer modo, ao longo desse processo em que uma *rule-expression* é aplicada a situações não previstas no passado, pode ser que uma nova *rule-*

---

<sup>65</sup> *Ibid.*, p. 156-160.

<sup>66</sup> *Ibid.*, p. 173.

<sup>67</sup> *Ibid.*, p. 162-163.

<sup>68</sup> *Ibid.*, p. 169-170.

<sup>69</sup> *Ibid.*, p. 174.

*expression* acabe sendo extraída daquela primeira, via inferência lógica<sup>70</sup>. São essas conexões normativas que explicam como se pode conceber a mudança de um costume internacional, sem que seja preciso destruir, mediante repetidas violações, uma norma costumeira antiga, a fim de que uma nova regra de DIC apareça para regular o vácuo normativo precedente. Com base em argumentos jurídicos – *e.g.*, uma interpretação extensiva de normas já em vigor, ou a proposição de uma exceção que pode ser acomodada, com plausibilidade, dentro da ordem jurídica vigente –, os Estados veem-se capazes de defender que um novo costume internacional já estaria contido, de maneira latente, no direito preexistente e que, por isso, ele seria justificado.

A teoria proposta por Daniel Harold Levine consegue superar o paradoxo temporal gerado pelo teste ortodoxo do DIC. Ora, esse paradoxo só ocorre porque, conforme a concepção tradicional, a *opinio juris* é entendida como uma crença. Em contrapartida, a abordagem ora estudada enxerga esse requisito de forma diversa: a *opinio juris* somente assinala a necessidade de que um costume internacional seja justificado por atos de fala que tenham efeitos normativos (*rule-expressions*); a *opinio juris* volta-se para o passado e busca estabelecer conexões entre uma nova norma costumeira e o direito preexistente: “understood as a body of language used strategically, we have seen how old citations can be used in new ways”<sup>71</sup>. Por sua vez, o requisito da prática internacional indica como uma *rule-expression* tem sido invocada para resolver disputas particulares entre Estados – *i.e.*, ele esclarece como determinada norma jurídica tem sido aplicada; entretanto, como uma mesma *rule-expression* pode ser empregada em múltiplos casos, ela apresentará, dependendo da argumentação adotada, um alcance mais amplo ou mais restrito, correspondendo a uma prática internacional maior ou menor; nesse sentido, “state practice seems subject to an indefinite number of interpretations”, revelando-se, destarte, um elemento tão subjetivo quanto a *opinio juris*<sup>72</sup>.

Daniel Harold Levine aplicou a perspectiva teórica por ele desenvolvida aos argumentos aventados pela Bélgica ao defender-se das acusações da Sérvia (à época, Sérvia e Montenegro) no caso *Legalidade do uso da força*, analisado pela CIJ em

<sup>70</sup> “So newish law-expressions may come to be treated as justified because they can be inferred from already-established law-expressions in ways that the original issuers of those established law-expressions would not have anticipated (and may not have endorsed).” (Ibid., p. 182-183)

<sup>71</sup> Ibid., p. 192 e 195.

<sup>72</sup> Loc. cit.

1999<sup>73</sup>. O Estado sérvio alegava que o Estado belga, ao participar da operação militar liderada pela Organização do Tratado do Atlântico Norte durante a crise humanitária no Kosovo naquele mesmo ano, teria violado, *inter alia*, a proibição do uso da força no plano internacional e o princípio da não intervenção em assuntos internos. A Bélgica respondeu com a afirmação de que existiria um costume internacional permitindo uma intervenção para fins humanitários. Embora a empreitada belga tenha malogrado, o arcabouço teórico de Daniel Harold Levine possibilitou a identificação das estratégias argumentativas utilizadas para que se advogasse a mudança da norma costumeira relativa à vedação ao uso da força nas relações internacionais, devido ao surgimento da exceção humanitária<sup>74</sup>.

No tópico subsequente, tentar-se-á aplicar a teoria de Daniel Harold Levine a outro caso concreto, qual seja, o uso da força pelos EUA contra o Estado Islâmico na Síria.

#### **4 ESTUDO DE CASO: O USO DA FORÇA PELOS EUA CONTRA O ESTADO ISLÂMICO NA SÍRIA**

Desde 2014, os EUA, juntamente com outros países, vêm realizando ataques aéreos contra o autodenominado Estado Islâmico (EI) no Oriente Médio. Essas operações, mesmo antes de deflagradas, contavam com a autorização do Iraque para que acontecessem em seu território, mas nunca contaram com o consentimento da Síria. Paralelamente, no início, China, Reino Unido e Rússia não apoiaram essas intervenções. Particularmente, o Estado russo chegou a vetar um projeto de resolução do Conselho de Segurança das Nações Unidas (CSNU) acerca do uso da força contra o EI. Essa situação modificou-se em outubro de 2015, após o EI atacar um avião russo que sobrevoava a região do Sinai. Em resposta, foi aprovada a Resolução 2249, que considerava o EI uma ameaça à paz e à segurança internacionais e que determinava o emprego de todos os meios necessários para erradicá-lo da Síria<sup>75</sup>.

Sem embargo, enquanto a resolução não veio a lume, os ataques aéreos dos EUA persistiram. Nesse ínterim, os consultores jurídicos estadunidenses valeram-se

<sup>73</sup> ICJ. **Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Belgium)**, Application instituting proceedings, 29 April 1999. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/105/7155.pdf>>. Acesso em: 13 out. 2016.

<sup>74</sup> LEVINE, Daniel Harold. Op. cit. 193-273.

<sup>75</sup> SCHARF, Michael P. How the War Against ISIS Changed International Law. **Case Western Reserve Journal of International Law**, v. 48, p. 2-4, 9 e 10, 2016.

de diversos argumentos para justificar o uso da força contra o EI em território sírio<sup>76</sup>. Entre outras, invocou-se a tese de que a Síria não queria ou não conseguia (*unwilling or unable*) prevenir a atuação do EI dentro de suas fronteiras, o que autorizaria os EUA a reagirem em legítima defesa contra esse grupo terrorista – que, ressalte-se, é um ator não estatal – e em favor, por exemplo, do Iraque<sup>77</sup>. Trata-se de exceção não prevista originalmente na norma costumeira que proíbe o uso da força no plano internacional. Para os EUA e para alguns autores, essa interpretação extensiva do direito de legítima defesa consagraria um costume internacional em formação desde o 11 de Setembro<sup>78</sup>.

Para a CIJ, no entanto, em casos como *Atividades militares e paramilitares na e contra a Nicarágua* (1986) e outros, o direito de legítima defesa somente pode ser invocado contra atores não estatais se se provar que eles são controlados pelo Estado onde a operação militar será realizada – vale dizer, havendo controle, o ator não estatal é considerado ficticiamente um órgão desse último Estado, de modo que a legítima defesa pode ser exercida inclusive contra a entidade estatal. No caso *Nicarágua*, a CIJ não encontrou evidência bastante para entender que os *Contras* – os paramilitares atuantes em território nicaraguense – eram controlados pelos EUA<sup>79</sup>. Similarmente, salienta-se que, quando Washington atacou o Afeganistão no pós-11 de Setembro, não podia alegar que procedia dessa maneira porque o regime do Talibã, dominante no Estado afegão, controlava a Al-Qaeda, o ator não estatal responsável pelos atentados terroristas. É que, na verdade, conforme as evidências à disposição à época, a Al-Qaeda teria planejado e executado os ataques com autonomia. Eis por que os EUA precisaram desenvolver a tese *unwilling or unable*, para intervir sem o consentimento do Afeganistão<sup>80</sup>.

Para que essa nova interpretação do direito de legítima defesa detenha *opinio juris*, conforme a teoria de Daniel Harold Levine, exige-se conectá-la com normas jurídicas preexistentes, mediante inferências lógicas. Três são os fundamentos propalados por Washington: a) um convencional; b) um jurisprudencial; e c) um consisten-

<sup>76</sup> Ibid., p. 41-50.

<sup>77</sup> Ibid., p. 21.

<sup>78</sup> Ibid., p. 2 e 21.

<sup>79</sup> Ibid., p. 23-24. ICJ. **Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)**, Judgment of 27 June 1986, § 162-165. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/70/6503.pdf>>. Acesso em: 13 out. 2016.

<sup>80</sup> Ibid., p. 28-29.

te em ato de organização internacional – mas todos consubstanciando exemplos de uma mesma regra. O primeiro diz respeito à V Convenção da Haia de 1907, que prevê os critérios da neutralidade numa guerra: nesse tratado, frisa-se que um Estado neutro não pode permitir a utilização de seu território por tropas combatentes; se ele não quiser ou não puder – *i.e.*, se estiver *unwilling or unable* de – impedir esse uso, os beligerantes ficam habilitados a atacá-lo. O segundo fundamento refere-se ao caso *Canal de Corfu* (1949), oportunidade em que a CIJ decidiu que um Estado podia ser responsabilizado se se mostrasse omissos ou negligentes com relação à presença, dentro de suas fronteiras, de artefatos potencialmente perigosos para outros Estados; ora, conquanto o caso original lidasse com minas submarinas, o raciocínio por detrás da decisão poderia ser estendido a grupos terroristas atuantes no território de um Estado sem serem repreendidos. Por fim, o terceiro fundamento é a Resolução 1373 do CSNU, que, ao reconhecer que o direito de legítima defesa podia ser exercido contra os terroristas do 11 de Setembro, teria proibido aos Estados que oferecessem seu território como refúgio para esses atores não estatais; uma interpretação extensiva desse instrumento sugere que, se esses grupos terroristas desfrutarem de atuação desimpedida no território de um Estado, resta autorizado o uso da força em legítima defesa contra eles<sup>81</sup>. Os três pontos abordados consignam exemplos de uma mesma *rule-expression*, pelo que se pode argumentar que a nova norma costumeira – *in casu*, a nova hipótese de uso da força em legítima defesa –, na realidade, já estaria contida, latentemente, do direito preexistente.

Ademais, é sabido que, ao intervirem no Afeganistão em 2001, necessitando, para tanto, da justificativa oferecida pela tese *unwilling or unable*, os EUA defrontaram-se com algumas críticas da comunidade internacional; no entanto não é menos verdade que uma longa lista de Estados apoiou a operação contra a Al-Qaeda<sup>82</sup>. Eis que se pode considerar que, se houve uma disputa acerca da legalidade dos atos estadunidenses à época, ela não teria chegado a uma conclusão definitiva – e, sobretudo, como não se constatou oposição de monta à *rule-expression unwilling or unable*, ela passou a ser encarada como justificada. Com efeito, essa desordem (*messiness*) teria permitido que, sob Obama, no combate ao EI na Síria, essa *rule-expression* fosse

---

<sup>81</sup> *Ibid.*, p. 30-31.

<sup>82</sup> *Ibid.*, p. 28.

reinocada, fazendo-se referência à operação no Afeganistão como precedente. Michael P. Scharf comenta que, de 2001 a 2016, outros Estados têm citado a resposta dos EUA à Al-Qaeda para justificar os próprios atos contra grupos terroristas atuantes em territórios vizinhos<sup>83</sup>.

Sublinhe-se que, embora o presente estudo de caso se tenha prestado a demonstrar a utilidade prática da teoria de Daniel Harold Levine acerca da transformação de um costume internacional, descabe negar que a análise foi excessivamente breve e superficial. Aduza-se que, apesar de certos autores, como Michael P. Scharf, entreverem o surgimento de uma nova regra de DIC *in casu*, a posição contrária também é perfeitamente plausível, ainda mais quando se recorda que, para a CIJ, o direito de legítima defesa não pode ser exercido direta e exclusivamente contra atores não estatais. Como sói acontecer no DIP, a controvérsia permanece em aberto, mas, a cada invocação da tese *unwilling or unable*, alarga-se a prática internacional que serve de substrato à *rule-expression* articulada pelos EUA. Por ora, todavia, talvez seja válido reconhecer as virtudes do dissenso e de desfechos inconclusivos: são esses os traços que asseguram às normas internacionais a flexibilidade necessária para que se adaptem aos desafios contemporâneos.

## REFERÊNCIAS

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teoria da argumentação jurídica. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

BLUTMAN, László. Conceptual Confusion and Methodological Deficiencies: Some Ways that Theories on Customary International Law Fail. **The European Journal of International Law**, v. 25, n. 2, p. 529-552, 2014.

CHARNEY, Jonathan I. Is International Law Threatened by Multiple International Tribunals? **Recueil des cours**, v. 271, 1998, p. 129.

CHENG, Bin. United Nations Resolutions on Outer Space: “Instant” International Customary Law? In: CHENG, Bin. **Studies in International Space Law**. Oxford: Clarendon Press, 1997.

CRAWFORD, James. Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts. **United Nations Audiovisual Library of International Law**. 2012.

---

<sup>83</sup> Ibid., p. 36-37.

Disponível em: <[http://legal.un.org/avl/pdf/ha/rsiwa/rsiwa\\_e.pdf](http://legal.un.org/avl/pdf/ha/rsiwa/rsiwa_e.pdf)>. Acesso em: 13 out. 2016.

D'AMATO, Anthony. Legal Realism Explains Nothing. Northwestern University School of Law, **Faculty Working Papers**, Paper n. 84, p. 1-15, 2010.

180

D'AMATO, Anthony. **The Concept of Custom in International Law**. New York: Cornell University Press, 1971.

DANILENKO, Gennady M. The Theory of International Customary Law. **German Yearbook of International Law**, v. 21, p. 9-47, 1988.

DUPUY, Pierre-Marie. L'unité de l'ordre juridique international: cours général de droit international public. **Recueil des cours**, vol. 297 (2000).

GOLDSMITH, Jack L.; POSNER, Eric A. A Theory of Customary International Law. Chicago, **John M. Olin Law & Economics Working Paper**, n. 63 (2D Series), p. 1-98, November 1998.

GUZMAN, Andrew T. Saving Customary International Law. **Michigan Journal of International Law**, v. 27, p. 115-176, Fall 2005.

HURD, Ian. Law and the Practice of Diplomacy. Northwestern University – Department of Political Science, **International Journal**, p. 581-596, August 28, 2011.

ICJ. **Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Belgium)**, Application instituting proceedings, 29 April 1999. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/105/7155.pdf>>. Acesso em: 13 out. 2016.

ICJ. **Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)**, Judgment of 26 November 1984. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/70/6485.pdf>>. Acesso em: 13 out. 2016.

ICJ. **Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)**, Judgment of 27 June 1986. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/70/6503.pdf>>. Acesso em: 13 out. 2016.

ICJ. **North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Netherlands)**, Judgment of 20 February 1969. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/52/5561.pdf>>. Acesso em: 13 out. 2016.

KAMMERHOFER, Jörg. Uncertainty in the Formal Sources of International Law: Customary International Law and Some of Its Problems. **The European Journal of International Law**, v. 15, n. 3, p. 523-553, 2004.

KELLY, Patrick. The Twilight of Customary International Law. **Virginia Journal of International Law**, v. 40, n. 2, p. 465, 2000.

LEVINE, Daniel Harold. **The Chronological Paradox in Customary International Law (Or, the Virtue of Sloppy Timing in a Messy World)**. Dissertation submitted to the Faculty of the Graduate School of Arts and Sciences of Georgetown University in partial fulfillment of the requirements for the degree of Doctor of Philosophy in Philosophy. Washington D.C., March 4, 2005.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Org.). **Coletânea de direito internacional, Constituição Federal**. 6. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MCDUGAL, M. S.; SCHLEI, N. A. The Hydrogen Bomb Experiments and International Law. **Yale Law Journal**, v. 64, p. 629-648, 1955.

MENDELSON, Maurice. The Formation of Customary International Law. **Recueil des cours**, vol. 272 (1998).

POSTEMA, Gerald J. Custom, Normative Practice and the Law. **Duke Law Journal**, v. 62, p. 707-738, 2012.

SCHARF, Michael P. How the War Against ISIS Changed International Law. **Case Western Reserve Journal of International Law**, v. 48, p. 1-54, 2016.

UN. Identification of customary international law: text of the draft conclusions provisionally adopted by the Drafting Committee. **International Law Commission**, 14 July 2015. Disponível em:

<<http://legal.un.org/docs/?symbol=A/CN.4/Arrest%20Warrant%20of%2011%20April%202000L.869>>. Acesso em: 13 out. 2016.

UN. United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property. **United Nations Treaty Collection**. Disponível em:

<[https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg\\_no=III-13&chapter=3&clang=\\_en](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=III-13&chapter=3&clang=_en)>. Acesso em: 13 out. 2016.

UN. Vienna Convention on Succession of States in Respect of State Property, Archives and Debts. **United Nations Treaty Collection**. Disponível em:

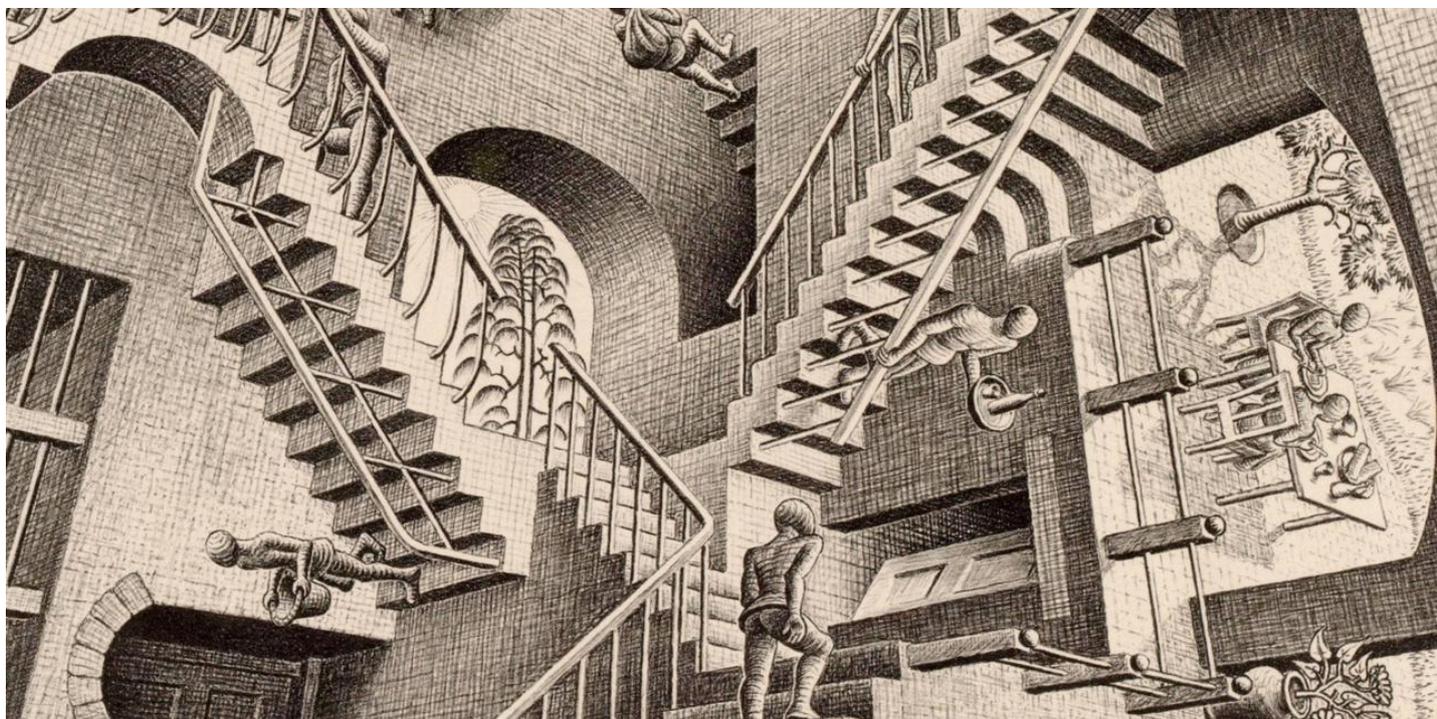
<[https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=III-12&chapter=3&clang=\\_en](https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=III-12&chapter=3&clang=_en)>. Acesso em: 13 out. 2016.

UN. Vienna Convention on succession of States in respect of treaties. **United Nations Treaty Collection**. Disponível em:

<[https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=XXIII-2&chapter=23&clang=\\_en](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXIII-2&chapter=23&clang=_en)>. Acesso em: 13 out. 2016.

# O DIÁLOGO INTER-JUDICIAL E A UNIDADE DO SISTEMA

*LUIZA SZCZERBACKI CASTELLO BRANCO, GIOVANA  
DESOUZA CARNEIRO VENTURA, TAMARA GRILLO  
BALASSIANO*



Fonte: "Relativity". M.C. Escher. 1953. [mcescher.com](http://mcescher.com).

**DIREITO INTERNACIONAL:  
O DIÁLOGO INTER-JUDICIAL E A UNIDADE DO SISTEMA****INTERNATIONAL LAW: INTER-JUDICIAL DIALOGUE AND THE UNIT  
OF THE SYSTEM**

Luiza Szczerbacki Castello Branco\*,  
Giovana de Souza Carneiro Ventura\*\*  
Tamara Grillo Balassiano\*\*\*

**Resumo:** O presente texto analisa o diálogo inter-judicial existente entre as Cortes de Direito Internacional, em especial entre o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) e a Corte Internacional de Justiça (CIJ), mas também entre a CIJ e a Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH). De início, conceitua-se as noções de fragmentação e de unidade para que se possa, com foco no aspecto judicial, examinar até que ponto o TJUE está disposto a se envolver com fontes externas. À luz da problemática da fragmentação do direito internacional, a razão de ser deste trabalho é compreender se o TJUE enfraquece ou reforça a unidade do sistema. Seguindo, o texto coloca em foco a forma como os tribunais da UE são frequentemente retratados na doutrina: ao recusar-se a fazer seus próprios pronunciamentos negativos sobre o direito internacional, os tribunais da UE se mostram realmente propícios à unidade do sistema jurídico internacional. Sob outro ponto de vista, contudo, essa atitude pode prejudicar seu dinamismo, dado que a estagnação denota ausência de diálogo. Nos pontos seguintes, demonstra-se que, em casos envolvendo questões de direitos humanos, percebe-se uma certa “ameaça” a unidade do sistema, mas não por parte do Tribunal da UE – que continua a mostrar um alto grau de deferência à autoridade da CIJ –, e sim da CEDH. Por fim, traz-se ao texto a evolução do *jus cogens* e a abertura da CIJ em citar jurisprudência de cortes regionais, de modo que se caminha novamente a unidade do sistema. À guisa de conclusão, destaca-se a importância de incluir a perspectiva da comunicação inter-judicial no debate fragmentação/unidade, para mantê-lo relevante e atualizado.

**Palavras-chave:** Diálogo inter-judicial; Direitos Humanos; Fragmentação; Jurisprudência; Unidade; CEDH; CIJ; TJUE

\* Advogada e Mestre pela Fundação Getúlio Vargas (FGV-Rio)

\*\* Graduada em Direito na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ)

\*\*\* Graduada em Direito na Fundação Getúlio Vargas (FGV-Rio)

**Abstract:** This text analyzes the inter-judicial dialogue between the Courts of International Law, in particular between the Court of Justice of the European Union (CJEU) and the International Court of Justice (ICJ), but also between the ICJ and the European Court of Human Rights (ECHR). At the outset, the concepts of fragmentation and convergence are conceptualized so that, with a judicial focus, one can examine to what extent the CJEU is willing to engage with external sources. In light of the fragmentation of international law, the reason for this work is to understand whether the CJEU weakens or strengthens the convergence of the system. The text then focuses on how EU courts are often portrayed in doctrine: by refusing to make its own negative pronouncements on international law, EU courts are indeed conducive to the convergence of the international legal system. From another point of view, however, this attitude may undermine its dynamism, since stagnation denotes an absence of dialogue. In the following paragraphs, it is shown that in cases involving human rights issues, there is a certain "threat" to the convergence of the system, but not by the EU Court - which continues to show a high degree of deference to the authority of the ICJ, but of the ECHR. Finally, the text of the evolution of *jus cogens* and the opening of the ICJ are cited in the jurisprudence of regional courts, so that the convergence of the system is once again under way. As a conclusion, it's important to include the perspective of inter-judicial communication in the fragmentation / convergence debate, in order to keep it relevant and up-to-date.

**Keywords:** Convergence; Fragmentation; Human Rights; Inter-judicial dialogue; Jurisprudence; CJEU; ECHR; ICJ

## 1 INTRODUÇÃO

Em “*Like Ships in the Night? The CJEU and the ICJ at the Interface*”, Eva Kassoti e Lisa Louwerse afirmam que “o movimento do monopólio judicial de meio século da CIJ frente a coexistência com o TJUE suscita uma série de questionamentos que independem da existência ou não da fragmentação e, ainda, caso ela exista, independem do fato de a fragmentação ser melhor compreendida como um problema ou como o desenvolvimento natural de uma ordem jurídica em constante evolução”<sup>1</sup>. O presente trabalho pretende elucidar a conturbada questão relativa a contribuição da ação dos tribunais da UE no sistema de direito internacional. Explorando o lugar da jurisprudência da CIJ nos litígios legais da UE, busca-se compreender se, afinal, os tribunais da UE promovem ou enfraquecem a unidade no direito internacional.

---

<sup>1</sup>KASSOTI, Eva e LOUWERSE, Lisa. *LIKE SHIPS IN THE NIGHT? THE CJEU AND THE ICJ AT THE INTERFACE*, Geneva Jean Monnet Working Paper ISSN 2297-637X / 2016. p.7.

O texto segue conceituando fragmentação e unidade e trazendo algumas observações preliminares sobre a relação entre a UE e o direito internacional. A fragmentação substancial – mais a frente definida como o risco aumentado de interpretações divergentes das normas do direito internacional devido à crescente proliferação de tribunais e tribunais internacionais – é mais pertinente ao debate e, por isso, está no centro da discussão. Ao abordar a noção de unidade, alega-se que, no contexto de uma fragmentação substantiva, ela equivale a uma consistência da razão judicial, ou seja, equivale a determinar se o raciocínio do TJUE é compatível com o da CIJ em casos similares - independentemente de o direito internacional ter prioridade em um determinado caso ou não.

Compreende-se, portanto, que, longe de constituir um chamado regime autônomo, a UE mostra um alto grau de deferência pelo direito internacional. A este respeito, argumenta-se que autonomia não é incompatível com a estrutura aberta do sistema jurídico internacional, que, por sua natureza horizontal e descentralizada, permite o desenvolvimento de subsistemas altamente especializados. Afirma-se ainda que um importante variável de unidade adjudicativa é a medida em que o TJUE é ciente e se encaixa com a jurisprudência da CIJ - uma vez que este último permanece o único órgão judicial com jurisdição universal sobre todas as questões de direito internacional. A repercussão gerada após o julgamento do caso Kadi<sup>2</sup> é explicitada no trabalho para ilustrar o posicionamento do TJUE, até então, com relação à jurisprudência da CIJ.

O texto, ainda, defende que a fragmentação não configura ameaça, por parte do TJUE, à unidade do sistema internacional. Ao mesmo tempo, percebe-se também que a relutância ocasional do TJUE em se aprofundar em questões complexas de direito internacional impede um diálogo inter-judicial de qualidade, por possivelmente acabar replicando posições retrógradas, no sentido de que não mais são compatíveis com a intertemporalidade do direito internacional. Neste contexto, introduz-se o diálogo entre a CIJ e a CEDH, onde poderia se dizer que, no passado,

---

<sup>2</sup>CJE, 18 de julho de 2013, European Commission v Yassin Abdullah Kadi, casos C-584/10 P, C-593/10 P, C-595/10P.

havia uma possível ameaça à unidade do sistema internacional, tendo em vista que a CIJ é relutante ao *jus cogens* - no sentido que não adere sempre ao princípio.

Por fim, conclui-se que a fragmentação não apenas não configura ameaça como também a unidade atingida através de mera replicação da jurisprudência da CIJ não é benéfica. O diálogo entre Cortes é fundamental, tendo em vista que o direito é, ou deveria ser, dinâmico. Assim, a qualidade da unidade do sistema internacional se configura a partir do momento em que a própria CIJ passa a citar jurisprudência das Cortes Regionais de Direitos Humanos. Entende-se que o monopólio judicial da CIJ funciona como uma barreira à evolução do direito internacional, enquanto a fragmentação deve justamente ser compreendida como o desenvolvimento natural de uma ordem jurídica em constante evolução.

## **2 O DIREITO INTERNACIONAL CONTEMPORÂNEO: DA FRAGMENTAÇÃO À UNIDADE**

Em linhas gerais, o termo “fragmentação” é usado na linguagem jurídica internacional para descrever dois problemas intimamente associados à recente expansão e diversificação do direito internacional. Em seu aspecto normativo, a fragmentação pode ser vista como o desdobramento da erosão do direito internacional geral através da divisão da lei em caixas altamente especializadas que reivindicam a autonomia relativa uns dos outros e da lei geral<sup>3</sup>. Essa erosão implica no risco do surgimento de normas contraditórias para a solução da mesma questão jurídica.

Ainda, a recente expansão e diversificação do direito internacional também promoveu o surgimento de novos tribunais internacionais e triplos. Esse colapso, combinado com a falta de qualquer cooperação estrutural - e de hierarquia - entre os diferentes fóruns judiciais, traz o risco de interpretações divergentes (e autoritárias) do direito internacional. É exatamente essa fragmentação substantiva que representa um grande risco para a unidade do direito internacional.

---

<sup>3</sup>**FRAGMENTATION OF INTERNATIONAL LAW: DIFFICULTIES ARISING FROM THE DIVERSIFICATION AND EXPANSION OF INTERNATIONAL LAW.** Report of the Study Group of the International Law Commission. Finalized by Martti Koskenniemi. p.13.

## 2.1 Aspectos normativos

Nesta hipótese, manter a unidade do sistema jurídico internacional pode ser entendido como uma maneira de garantir ou melhorar a consistência das regras do direito internacional, contribuindo, assim, para que não haja conflito entre as normas relevantes.

O surgimento de regimes de tratados especiais, como, por exemplo, o dos direitos humanos, procura responder ao surgimento de novas necessidades funcionais, como a necessidade de proteger os interesses dos indivíduos. Tais regimes de tratados podem deliberadamente criar novas regras destinadas a deslocar regras de outros regimes especializados para que eles sejam efetivos. É importante notar que esses desvios não são, necessariamente, erros técnicos.<sup>4</sup>

Nesse sentido, como apontam Kassoti e Louwese, “a fragmentação normativa é, em certa medida, inevitável: esse tipo de fragmentação representa a expansão do direito internacional em novas áreas para satisfazer novas necessidades, considerando certas particularidades de cada região do globo que não podem ser simplesmente reduzidas à uma concepção mundial e uniforme.”<sup>5</sup>

Ao mesmo tempo, o problema resultante da colisão de normas não é insolúvel. A lei internacional oferece dispositivos de prevenção de conflitos para alcançar uma solução viável, incluindo regras de prioridade, como as regras de hierarquia (*jus cogens*). A utilização dessas regras acaba gerando, por sua vez, uma uniformidade no sistema.

## 2.2 Aspectos institucionais

No contexto da fragmentação substancial, existe uma relação entre a unidade e a consistência no raciocínio jurídico. Os adeptos desta teoria defendem que a unidade adjudicativa exige que cenários factuais semelhantes e questões jurídicas similares sejam tratados de forma consistente e que qualquer desigualdade de tratamento seja explicada e justificada. O resultado desejado é a harmonia e a compatibilidade, que

---

<sup>4</sup>Ibid., p.12.

<sup>5</sup>KASSOTI e LOUWERSE, 2016, p.14.

permitem a coexistência de variações menores e de adaptação de soluções para casos específicos.

Outrossim, elucida Raphael Vasconcelos:

Também a questão da hermenêutica do direito internacional, ameaçada pela existência de diversos órgãos de solução de controvérsias e, portanto, hábeis à prolação de entendimentos acerca da interpretação das regras do direito das gentes, acaba denotando, exatamente na institucionalização, surpreendente faceta unitarista na pluralidade<sup>6</sup>.

A proposição de que a unidade, neste contexto, é sinônimo de uma abordagem integrada ao raciocínio jurídico também encontra sustentação na filosofia legal. De acordo com Dworkin, um dos escritores mais influentes sobre a unidade da lei, as considerações de justiça exigem que os casos semelhantes sejam tratados de forma semelhante e, como tal, a unidade adjudicativa é um princípio de justiça formal, bem como de boa adjudicação<sup>7</sup>.

Existem várias razões subjacentes à necessidade de integração judicial. Um dos principais objetivos do direito internacional é promover a estabilidade e a previsibilidade nas relações internacionais. Esse objetivo, contudo, não pode ser alcançado, a menos que os tribunais internacionais permaneçam dentro de padrões conhecidos e se desviem deles apenas com uma sólida justificativa.

Portanto, a receptividade e o envolvimento visível com a jurisprudência de outros tribunais são um importante parâmetro de unidade adjudicativa, principalmente quando o diálogo ocorre entre um órgão judicial chamado a aplicar um determinado conjunto de regras internacionais e o mecanismo de resolução de litígios especificamente concebido para interpretar estas regras. Segundo Andenas em *“Reassertion And Transformation: From Fragmentation To Convergence In International Law”*, “Apesar da falta de hierarquia formal entre as cortes e os tribunais internacionais, os pronunciamentos da CIJ, o único tribunal permanente de

<sup>6</sup>CARVALHO DE VASCONCELOS, Raphael. **QUE UNIDADE, FRAGMENTAÇÃO E O DIREITO INTERNACIONAL**, Revista da Faculdade de Direito da UERJ- RFD, v.1, n.20, 2011, ISSN 22363475. p.16.

<sup>7</sup>KASSOTI e LOUWERSE, 2016, p.11 apud DWORKIN Ronald. *LAW’S EMPIRE*. London, Fontana Press, 1986. pp. 165-167.

jurisdição geral, têm peso especial”<sup>8</sup>. Isto é, por mais que o TJUE não esteja formalmente vinculado pela jurisprudência externa, é sensato que siga, ou pelo menos inspire-se, naquilo que a CIJ profere.

Ainda, uma vez que há tribunais como a CEDH que foi criada especificamente para proteger a Convenção Europeia de Direitos Humanos, isto é, as regras internacionais de que a UE se comprometeu a aplicar, é importante para a unidade adjudicativa que a CIJ também cite jurisprudência da CEDH.

Embora o trabalho da *International Law Commission* (ILC) sobre fragmentação tenha abordado técnicas de solução de conflito – como o *jus cogens* –, não há garantia de que a sua aplicação possa igualmente evitar interpretações contraditórias do direito internacional. De fato, a falta de um último tribunal de apelação a nível internacional significa que diferentes órgãos adjudicadores são, em grande parte, livres para dar a sua própria interpretação do direito internacional e, portanto, chegar a interpretações inconsistentes.

### 3 CIJ e TJUE: UM DIÁLOGO HIERÁRQUICO

Existe uma complexidade inerente na interação entre o direito internacional e o direito europeu - especialmente por serem, respectivamente, uma ordem jurídica horizontal descentralizada com fracos mecanismos de execução e uma abordagem altamente integrada característica de uma ordem jurídica de múltiplas camadas e desenvolvidas com fortes mecanismos de aplicação. Basicamente, o Tribunal de Justiça Europeu se preocupa com os tratados e acordos que estabelecem e remodelam as Comunidades Europeias. Mas, como admite Rosalyn Higgins em “*The ICJ and The ECJ: Two Courts In Europe*”, “no fim do dia, acordos internacionais geralmente são acordos regidos pelo Direito Internacional”.<sup>9</sup>

Como regra geral, os advogados internacionais tendem a considerar a legislação da UE apenas como um sub-sistema de direito internacional, enquanto os advogados da UE tendem a enfatizar a natureza autônoma e *sui generis* da legislação

<sup>8</sup>ANDENAS, Mads. **REASSERTION AND TRANSFORMATION: FROM FRAGMENTATION TO CONVERGENCE IN INTERNATIONAL LAW**. *Georgetown Journal of International Law*. 3, 685, 2014. ISSN: 0023-9208. p.690.

<sup>9</sup>HIGGINS, Rosalyn. **THE ICJ AND THE ECJ: TWO COURTS IN EUROPE**. 2002. p.6.

da UE e a ignorar seus vínculos com o direito internacional geral. A doutrina, então, se divide em “internacionalista” e em “europeanista”. No entanto, não é difícil perceber que a legislação da UE representa apenas uma pequena ameaça sistêmica ao direito internacional. Na verdade, a UE não existe em um vácuo sistêmico, pois tanto os Tratados da UE como a prática do TJUE revelam um grau de convergência<sup>10</sup>.

No passado, o TJUE afirmou que a Comunidade Europeia deve respeitar o Direito Internacional no exercício dos seus poderes e estabeleceu que o Direito Internacional Público faz parte da ordem pública legal da Comunidade Européia. Para Higgins, esses dois princípios parecem constituir o ponto de partida necessário em qualquer caso em que o Direito Internacional Público esteja envolvido. E continua: “é fascinante para um advogado internacional ver, através do prisma da jurisprudência do Tribunal Europeu, o lugar do Direito Internacional Público nos litígios legais da Comunidade”<sup>11</sup>.

Desse modo, por mais difusa e descentralizada que possa ser, qualquer discussão que envolva questões de fragmentação do direito internacional pressupõe a existência de um sistema jurídico internacional, cuja unidade pode (ou não) ser ameaçada pela existência de regras especializadas ou pela prática de diferentes atores e tribunais dentro desse sistema. Além disso, parte-se do ponto que a legislação da UE e o direito internacional geral estão realmente inseridos no mesmo sistema legal. Pensamento diverso, em que se considera a legislação da UE um regime autônomo, esvaziaria qualquer debate sobre a possibilidade de fragmentação da ordem jurídica internacional por seu comportamento.

Ademais, a proposição de que a autenticação de um sub-sistema particular não coloca quaisquer ameaças sistêmicas para todo o projeto de lei internacional também encontra apoio nos escritos dos constitucionalistas do direito internacional. Assim, segundo Peters, as reivindicações constitucionalistas levantadas por diferentes subsistemas, como a legislação da UE, não são uma anomalia, uma vez que “os vários

---

<sup>10</sup>Convergência, aqui, se refere à *Völkerrechtsfreundlichkeit*, em consonância com “a legislação supranacional deve aceitar a supremacia da lei internacional e adotar uma doutrina monista de *Völkerrechtsfreundlichkeit*”. Em tradução livre de KASSOTI e LOUWERSE, 2016, p.30.

<sup>11</sup>HIGGINS, 2002, p.6.

processos de institucionalização em diferentes níveis não se excluem”<sup>12</sup>. Nesse sentido, não há nada intrinsecamente incompatível com a visão da ordem jurídica da UE tanto como uma ordem autônoma, constitucional e como uma incorporada no sistema jurídico internacional.

Dado o exposto e a consequente constatação de que o TJUE se coloca, de fato, submetido à autoridade da CIJ no âmbito do direito internacional, é interessante trazer para a análise a repercussão que se sucedeu ao julgamento do famoso caso Kadi<sup>13</sup>, marco significativo de interrupção do monopólio judicial de meio século da CIJ. O julgamento provocou reações variadas da comunidade internacional. Por um lado, os defensores dos direitos humanos aclamaram o julgamento por sua forte defesa dos direitos fundamentais. Por outro lado, vários estudiosos enfatizaram o caráter dualista do raciocínio do TJUE e expressaram sua preocupação com o impacto da decisão sobre o relacionamento da UE com o direito internacional.<sup>14</sup>

A análise aqui presente não considera o fato uma ameaça à unidade do direito internacional, mas um avanço, tendo em vista que o TJUE não se calou e julgou em desacordo com o Direito das Nações, mas em total acórdância com os Direitos Humanos.

#### 4 CIJ e CEDH: UM DIÁLOGO RELUTANTE

Enquanto o TJUE considera as disposições do direito internacional costumeiro como parte da ordem jurídica das Comunidades Europeias, uma vez que cita jurisprudência da CIJ, a Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH) faz uso de uma técnica diferente. Segundo Higgins, o ponto de partida da CEDH está na inclusão da Convenção sobre os Direitos Humanos no Direito Internacional, de modo que “A Convenção deve, na medida do possível, ser interpretada em harmonia com

<sup>12</sup>KASSOTI e LOUWERSE, 2016, p.12.

<sup>13</sup>Para mais informações, ver: BERTHOLD, Lennart. **O TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA E A ORDEM JURÍDICA INTERNACIONAL APÓS O CASO KADI**. Revista do Programa de Direito da União Europeia: revista semestral do módulo europeu do Programa Jean Monnet da FGV Direito Rio. – N.1 (2011) – Rio de Janeiro: Edição FGV Direito Rio, 2011- v. Semestral. Editora: Paula Wojcikiewicz Almeida.

<sup>14</sup>**CONSTITUTIONAL COURTS AND INTERNATIONAL LAW: REVISITING THE TRANSATLANTIC DIVIDE**. *Harvard Law Review*. 5, 1362, 2016. ISSN: 0017-811X. p.373.

outras normas de direito internacional de que faz parte” (CEDH 1999-I Al-Adsani par 55)<sup>15</sup>. Assim, nem sempre a CEDH julga em consonância com a CIJ.

O caso Alemanha vs. Itália<sup>16</sup> perante a CIJ ilustra bem este cenário, em que “a Corte evitou enfrentar frontalmente o espinhoso conflito que envolvia a imunidade estatal e a violação de normas de *jus cogens*”<sup>17</sup>. Em seu voto dissidente, o Juiz Cançado afirma que, nos tempos modernos, é claramente reconhecido que não há regras imutáveis no direito internacional, como foi erroneamente assumido anteriormente e que o argumento de que o *jus cogens* não existia na época do litígio não justifica. É justamente por este caminho de intertemporalidade que a CEDH recorre a regras codificadas em um tratado que foi concluído após a entrada em vigor da própria Convenção Europeia, apesar de não o ter feito em 2002.

A CEDH declarou a demanda dos familiares requerentes do caso Kalogeropoulou e Outros inadmissível, por mais que dissesse respeito a crimes contra a humanidade cometidos no território do Estado do foro (isto é, a Grécia).<sup>18</sup> “A conclusão alcançada pela Câmara da Corte foi que algumas restrições a respeito do acesso a um tribunal deveriam ser consideradas como inerentes a um julgamento justo, e referiu-se à imunidade do Estado; mas acrescentou que isso “não impede um desenvolvimento do direito internacional costumeiro no futuro” (p. 9). [...] Mesmo se essa “porta aberta” pela Câmara da Corte EDH para futuros desenvolvimentos possa não aparecer suficiente, pelo menos reconheceu, há uma década (2002), que o direito sobre o assunto em questão estava passando por um processo de transição”.<sup>19</sup>

<sup>15</sup>HIGGINS, 2002, p.9.

<sup>16</sup>C.I.J., 03 de fevereiro de 2012, Imunidades jurisdicionais do Estado (Alemanha vs. Itália; intervenção da Grécia)

<sup>17</sup>ALMEIDA, Paula. **IMUNIDADES JURISDICIONAIS DO ESTADO PERANTE A CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA: UMA ANÁLISE A PARTIR DO CASO ALEMANHA VS. ITÁLIA**, Revista Direito GV, v. 12 n. 2, 2016 ISSN 2317-6172. p.518.

<sup>18</sup>BARTSCH, Kerstin e ELBERLING, Björn. **JUS COGENS VS. STATE IMMUNITY, ROUND TWO: THE DECISION OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS IN THE KALOGERO-POULOU ET AL. V. GREECE AND GERMANY DECISION.**

<sup>19</sup>**OPINIÃO DISSIDENTE DO JUIZ CANÇADO TRINDADE JUNTO AO ACÓRDÃO DA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, DE 3 DE FEVEREIRO DE 2012, NO CASO DAS IMUNIDADES JURISDICIONAIS DO ESTADO (ALEMANHA C. ITÁLIA; GRÉCIA (INTERVENIENTE))**: TRADUÇÃO DO ORIGINAL EM LÍNGUA INGLESA PARA LÍNGUA PORTUGUESA. Por Rafael Do Prado e Catherine Maia. p.145.

A tensão entre os Direitos Humanos consagrados na Convenção Europeia e o direito internacional costumeiro da Imunidade Estatal é complexa, de modo que o que se pretende demonstrar nesta parte é que o diálogo entre a CIJ e a CEDH é diferente do acima citado entre a CIJ e o TJUE e que, se é que se pode considerar como tal, é a CEDH que representa ameaça à unidade do sistema internacional. Isto, porque não considera a CIJ como autoridade para a proposição de que partes da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados - e, nomeadamente, as regras relativas ao objeto e finalidade de um tratado como guia de interpretação - fazem parte do direito internacional consuetudinário.

O caso Diallo<sup>20</sup> ocupa um lugar importante no desenvolvimento deste trabalho e mostra que, longe de ameaça, a CEDH contribui para a evolução do direito internacional. No julgamento de 2010 sobre o mérito, a CIJ baseou-se explicitamente na jurisprudência da CEDH (*Maroufidou vs. Suécia*). Embora não houvesse nada que forçasse a CIJ a modelar a sua própria interpretação do Pacto de acordo com a do comitê da CEDH, disse que acreditava que “isso devia atribuir grande peso à interpretação adotada por este órgão independente que foi estabelecido especificamente para supervisionar a aplicação deste tratado”<sup>21</sup>.

## 5 CONCLUSÃO

Dado o exposto, ainda que a tensão entre a comunidade e o constitucionalismo internacional pareçam conflitantes, o pensamento constitucional internacional pressupõe que certos valores e princípios universais existem e são compartilhados por todos os subsistemas do direito internacional – incluindo a legislação da UE. A lei internacional é um sistema legal que, embora tenha natureza jurídica horizontal e descentralizada, permite que seus assuntos se estendam a partir de regras de aplicação geral e criem subsistemas funcionais de direito. Assim, a reivindicação da UE à autonomia não configura um problema para a unidade do sistema.

---

<sup>20</sup>C.I.J., 30 de novembro de 2010, Ahmadou Sadio Diallo (Guinea vs. República Democrática do Congo).

<sup>21</sup>ANDENAS, 2014, p.690.

Demonstrou-se ao longo do texto que a pluralização das relações internacionais modernas não representa ameaça, isto é, que não há nada de grave na fragmentação da ordem jurídica internacional. Assim, verificou-se que, no que tange a fragmentação substancial, o risco de declarações conflitantes em caso de tribunais internacionais interpretarem o mesmo direito de forma diferente é pequeno. Isto, porque o que se percebe é que há uma coerência no diálogo, de modo que os casos em que o TJUE não segue a jurisprudência da CIJ são pontuais e, longe de ameaçar a unidade adjudicativa, contribuem para a evolução do direito internacional. O emblemático caso Kadi representa uma ruptura no monopólio judicial da CIJ, quando o TJUE opta por julgar pelos Direitos Humanos e passar por cima do Direito das Nações.

Quanto à CEDH, embora ela não mostre um alto grau de deferência à autoridade da CIJ como mostra o TJUE, também não se pode dizer que configura ameaça à unidade do sistema. Na verdade, a coexistência entre as duas cortes é fundamental para que o direito não permaneça estático no tempo. Como a própria CIJ admitiu no famoso caso Diallo, se existe um órgão independente que foi criado com a finalidade específica de supervisionar os Direitos Humanos, é de suma importância que sua jurisprudência seja citada. Cabe ainda salientar que este diálogo não se limita a Estrasburgo, mas abrange outras Cortes Regionais de Direitos Humanos como a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Portanto, verificou-se que o diálogo judicial, no sentido de um envolvimento ativo com a jurisprudência de outros tribunais (como é o caso da CIJ citando a CEDH), é um fator importante para combater a tão temida fragmentação substantiva. Contudo, um diálogo morto onde apenas se replica a jurisprudência sem maiores envolvimento, como era o caso entre o TJUE e a CIJ, em nada acrescenta para qualidade da unidade do sistema, pois ao invés de avançar na sua própria interpretação do direito internacional, apenas segue a orientação da CIJ, fazendo uma série de referências diretas para decisões que nem sempre estão corretas. É de suma importância que, através do diálogo, as Cortes Internacionais se mantenham atualizadas.

**REFERÊNCIAS**

ALMEIDA, Paula. **Imunidades jurisdicionais do Estado perante a Corte Internacional de Justiça: uma análise a partir do caso Alemanha vs. Itália**, Revista Direito GV, v. 12 n. 2, 2016 ISSN 2317-6172.

ANDENAS, Mads. **Reassertion And Transformation: From Fragmentation To Convergence In International Law**. *Georgetown Journal of International Law*. 3, 685, 2014. ISSN 0023-9208.

BARTSCH, Kerstin e ELBERLING, Björn. **Jus Cogens vs. State Immunity, Round Two: The Decision of the European Court of Human Rights in the Kalogeropoulos et al. v. Greece and Germany Decision**.

BERTHOLD, Lennart. **O Tribunal De Justiça Da União Europeia E A Ordem Jurídica Internacional Após O Caso Kadi**. Revista do Programa de Direito da União Europeia: revista semestral do módulo europeu do Programa Jean Monnet da FGV Direito Rio. – N.1 (2011). Editora: Paula Wojcikiewicz Almeida.

**Constitutional Courts And international Law: Revisiting The Transatlantic Divide**. *Harvard Law Review*. 5, 1362, 2016. ISSN 0017-811X.

C.I.J., 03 de fevereiro de 2012, Imunidades jurisdicionais do Estado (Alemanha vs. Itália; intervenção da Grécia).

C.I.J., 30 de novembro de 2010, Ahmadou Sadio Diallo (Guiné vs. República Democrática do Congo).

CJE, 18 de julho de 2013, European Commission v Yassin Abdullah Kadi, casos C-584/10 P, C-593/10 P, C-595/10P.

DWORKIN Ronald. **Law's Empire**. London, Fontana Press, 1986.

**Fragmentation Of International Law: Difficulties Arising From The Diversification And Expansion Of International Law**. *Report of the Study Group of the International Law Commission*. Finalized by Martti Koskenniemi.

HIGGINS, Rosalyn. **The ICJ And The ECJ: Two Courts in Europe**. 2002.

KASSOTI, Eva e LOUWERSE, Lisa. Like Ships In The Night? The CJEU And The ICJ At The Interface, *Geneva Jean Monnet Working Paper*. ISSN 2297-637X / 2016.

PRADO, Rafael e MAIA, Catherine. **OPINIÃO DISSIDENTE DO JUIZ CANÇADO TRINDADE JUNTO AO ACÓRDÃO DA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, DE 3 DE FEVEREIRO DE 2012, NO CASO DAS IMUNIDADES JURISDICIONAIS DO ESTADO (ALEMANHA C. ITÁLIA;**

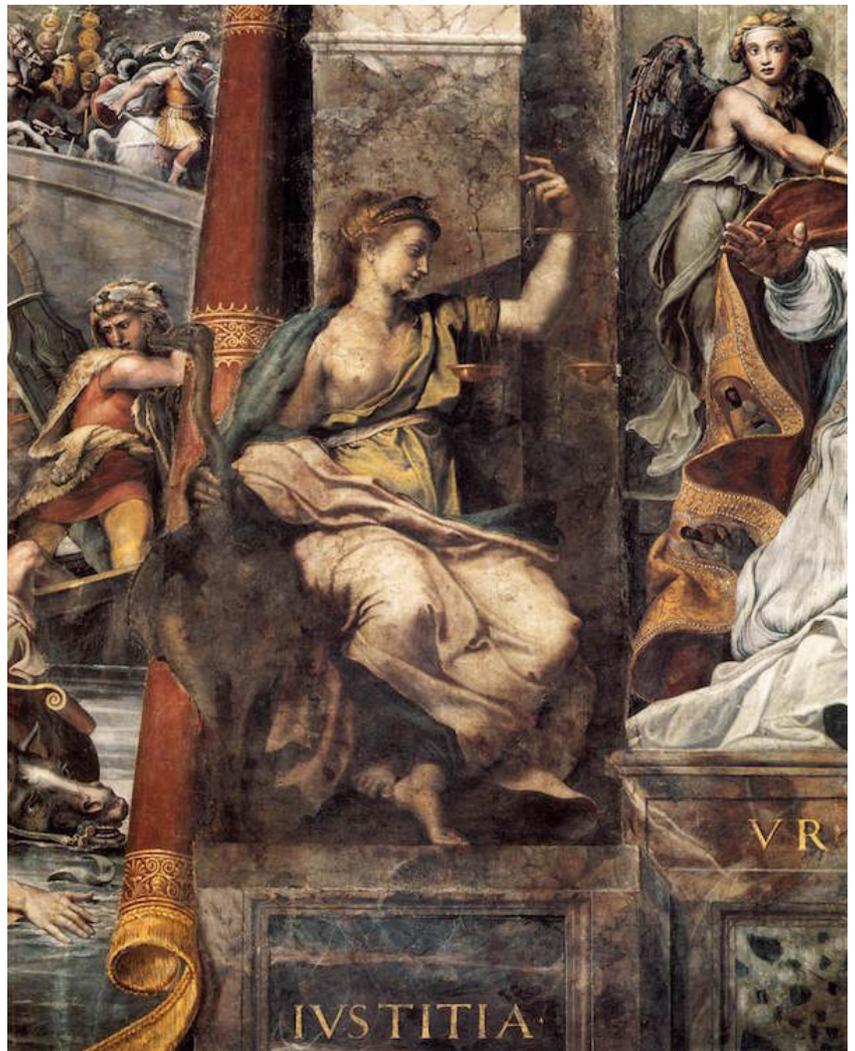
**Revista de Direito Cosmopolita**. v.4, n.1, pp. 201-214, 2017

GRÉCIA (INTERVENIENTE)): TRADUÇÃO DO ORIGINAL EM LÍNGUA INGLESA PARA LÍNGUA PORTUGUESA.

VASCONCELOS, Raphael. Que Unidade, Fragmentação e o Direito Internacional. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ- RFD**, v.1, n.20, 2011.

# ESTADO, DERECHO Y JUSTICIA EN LAS ENSEÑANZAS DE RADBRUCH

*ANA CLÁUDIA MOREIRA MIGUEL PHILIPPINI E  
RENATO AUGUSTO DE ALCÂNTARA  
PHILIPPINI*



Fonte: "Alegoria da justiça" de Rafael Sanzio. 1508(24). Sala de Constantino. Palácio do Vaticano. Photo: Wikimedia Commons

## ESTADO, DERECHO Y JUSTICIA EN LAS ENSEÑANZAS DE RADBRUCH

## STATE, LAW AND JUSTICE IN THE TEACHINGS OF RADBRUCH

Ana Cláudia Moreira Miguel Philippini\*  
Renato Augusto de Alcântara Philippini\*\*

**Resumen:** A lo largo de la historia de la humanidad, las nociones de Estado, derecho y justicia pasaron por grandes transformaciones. Este artículo pretende analizar, de modo sintético, los aspectos fundamentales relacionados con los conceptos de Estado y de Estado de derecho, así como las nociones de derecho y de justicia, trazando un paralelo con las enseñanzas de Gustav Radbruch. Como conclusión de este estudio comparado, se constata que, independientemente de la fase histórica, siempre hubo la definición conceptual de Estado, de justicia y de derecho, teniendo, sin embargo, la teoría adoptada para fundamentar cada una de estas nociones, reflejando los desafíos históricos e intelectuales de cada época específica. De este modo, de acuerdo con la fundamentación dada a tales conceptos, resultaron diferentes modos de constatación, de modo que no existe una aproximación precisa entre justicia y derecho.

**Palabras clave:** Radbruck. Estado. Estado de derecho. Justicia. Derecho.

**Abstract:** This paper intends to analyze, in a synthetic way, the fundamental aspects related to the concepts of State and the rule of law, as well as the notions of law and justice, drawing a parallel with the teachings of Gustav Radbruch.

**Key words:** Radbruck. State. Rule of law. Justice. Law.

### 1 INTRODUCCIÓN

Los hombres en sus orígenes vivían en lo que se conoce como estado de naturaleza, una vez que no pertenecían a ningún territorio delimitado ni estaba sometido a las leyes positivas. No obstante, en el principio, los pueblos tenían

---

\*Advogada e professora. Mestre em Ciências Aeroespaciais (Ciência Política e Relações Internacionais) pela Universidade da Força Aérea, especialista em Direito Militar pela Universidade Castelo Branco, especialista em Direito Processual Civil pelo Centro Universitário Salesiano de Lorena. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Salesiano de Lorena. E-mail: anaphi@uol.com.br

\*\*Advogado e professor. Mestre em Ciências Aeroespaciais (Ciência Política e Relações Internacionais) pela Universidade da Força Aérea, especialista em Direito Militar pela Universidade Castelo Branco, especialista em Direito Processual Civil pelo Centro Universitário Salesiano de Lorena. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Salesiano de Lorena. E-mail: rphi@uol.com.br

diferentes grados de civilización, de modo que cada continente o región formaba un mundo separado con reglas distintas. Sin embargo, a la medida que los hombres delimitaban sus territorios con nombres y límites, las nociones de Estado, derecho y justicia cambiaran.

Es preciso reconocer que esos conceptos remontan a la antigüedad pero adquirirán contornos más nítidos en la sociedad moderna, siendo que el intento de establecer las bases de una sociedad bien ordenada, con estructura política, social y económica puede ser encontrados en la filosofía política desde la antigua Grecia, formando una extensa y profunda reflexión sobre esas concepciones.

Lo que se hará en este trabajo es intentar mostrar los aspectos fundamentales acerca de los conceptos de Estado y Estado de derecho para después adentrar en las nociones de derecho y justicia, que remonta Platón y se desarrolla hasta la mitad del siglo XX, y del renacimiento moderno de la filosofía política normativa haciendo en estos dos puntos un paralelo con las enseñanzas de Gustav Radbruch. Por razones de espacio, esta exposición presentará de modo sintético las trayectorias seguidas por esas teorías, centrándose en torno de las ideas fundamentales, en especial, en el concepto de Estado de no-Derecho y en la fórmula de Radbruch.

Por consiguiente, existen dos interrogantes que necesitan ser respondidas: Una de ellas es básicamente cómo fue establecida la concepción Estado de derecho y de no derecho. Partiendo del principio que esta sirvió de base para los estudios filosóficos, la otra interrogante es si es posible desenvolver una aproximación precisa entre justicia y derecho por medio de los estudios desarrollados durante esos años y cuál es la posición de Radbruch a respecto del tema.

## **2 ESTADO Y ESTADO DE DERECHO**

La noción de Estado es una creación humana y se desarrolla de una concepción jurídico-política. En realidad, todavía, la existencia de diferentes conceptos filosóficos del Estado, como las teorías organicistas, defendidas por Platón (2000) y Aristóteles (1999), Tomas de Aquino (1990) y Hegel (1968), entre otros, que, en suma, proporcionan prioridad al Estado frente a los individuos, y las teorías atomistas, en que los individuos son anteriores al Estado, bien como este se construye a partir de aquellos y mediante contrato. Esa teoría se divide en contractualismo clásico,

defendida por Hobbes (1979), Locke (2004) y Rousseau (2004), y neocontractualismo, inspirada en la tesis de Kant (2003).

No obstante y sin pretender volver la investigación sobre su concepto o contextualización, pero solamente entendiéndolo de forma general, es posible concebir el Estado como un agrupamiento humano que se establece permanentemente en un territorio determinado y con gobierno independiente (ACCIOLY; SILVA; CASELLA, 2009).

Así, se considera Estado lo que reúne los siguientes requisitos: población permanente, territorio determinado y gobierno<sup>1</sup>. Sin embargo, para el derecho internacional se añade otro elemento: la capacidad de entrar en relaciones con los demás Estados, según el artículo primero de la Convención sobre derechos y deberes de los Estados (OAS, 1933).

Como origen del Estado moderno se apunta el Renacimiento, en especial la organización de las ciudades-repúblicas en la Italia, influenciadas por la expresión “stato” introducida por Maquiavelo (1997)<sup>2</sup>. El pensamiento maquiavélico, que se opone al pensamiento medieval y, particularmente, al de Aristóteles (1999), a quien el Estado visa asegurar la felicidad y virtud, concede a la política contornos de una ciencia autónoma separada de la moral. En su obra “El Príncipe” escrita en 1513, aborda como un soberano debe comportarse para mantener su reino.

De esta manera, a partir del Renacimiento las poliarquías europeas se convierten en unidades de poder continuas y rigurosamente organizadas de tal modo que el derecho de los sujetos es expropiado en beneficio del príncipe absoluto y, consecuentemente, del Estado.

En este Estado moderno se supone un ordenamiento político organizado, una hacienda pública para recaudación de impuestos, una burocracia que administra los recursos y poder proveniente de la policía y del ejército para garantizar el ordenamiento. Si hay leyes que regulan y controlan ese poder y actividad este Estado es llamado Estado de Derecho.

---

<sup>1</sup> Según Rezek (1998), población son las personas instaladas en carácter permanente sobre su territorio, pudiendo ser los nacionales o los extranjeros residentes. Territorio es donde el Estado ejerce su jurisdicción, lo que significa decir, la parte terrestre adicionando los espacios hídricos y aéreos correspondientes. Gobierno, por su vez, es el conjunto de funciones imprescindibles a la conservación de la orden jurídica y administración pública.

<sup>2</sup> Maquiavelo (1997) no utiliza la palabra “stato” solamente con un significado y su amplitud puede dar espacio a una imprecisión conceptual. Por esta razón, es preciso organizar los diferentes usos en conformidad con las características comunes para entender los distintos significados.

Según Brand (2006, p. 01):

La expresión Estado de derecho es reciente, pero el tema al que se refiere es antiguo y en definitiva constituye el rasgo determinante del derecho occidental. El concepto, que se remonta a las reflexiones de Kant, se fue preparando a fines del siglo XVIII con la teoría del Estado de derecho y alcanzó su significación específica — vigente en su mayor parte hasta nuestros días— en la Alemania del siglo XIX. Mediante una estricta sujeción a la ley se buscaba limitar la pretensión de poder del Estado y definir los derechos de sus ciudadanos. En la segunda mitad del siglo XIX, esta idea se amplió a la protección judicial de los derechos de los ciudadanos ante el Estado en general y la jurisdicción administrativa en particular.

218

Aunque el Estado de Derecho tiene varias dimensiones, la primera y más importante es que él está subordinado al derecho, o sea, que el Estado depende de una norma jurídico-política, que él actúa por el derecho y que hay una idea de justicia.

Para la formación de un Estado Democrático de Derecho es necesaria la existencia de una ley fundamental que organice el poder y, al mismo tiempo, su límite. Esa orden jurídica debe estar vinculada a una norma suprema capaz de conferir el fundamento de validez a las demás leyes y actos administrativos (KELSEN, 1999). Es, por lo tanto, la Constitución de un Estado que organiza la relación entre hombre y Estado según las estructuras básicas de justicia (CANOTILHO, 1993).

Ferrajoli (2003) enseña que en el modelo clásico de Estado de Derecho había la primacía de la ley y la democracia en la supremacía de la mayoría y, consiguientemente, del parlamento, siendo el papel de juez la función técnica de aplicación de la ley, independientemente de su contenido. Sin embargo, este diseño cambia profundamente después de la Segunda Guerra Mundial con las constituciones rígidas que completan el modelo del Estado sometido también al legislador a la ley constitucional. Luego, se redescubre que a los poderes públicos también se imponen las reglas constitucionales. Así, el Estado de Derecho consiste en la sujeción a la ley por parte de los poderes públicos, el espacio de la jurisdicción equivale al sistema de límites y vínculos legales impuestos a los poderes públicos y crece con el desarrollo de este sistema.

Canotilho (1999) trae otra distinción de extrema importancia, la diferenciación Estado de Derecho y Estado de no-Derecho. Para él, Estado de Derecho es una forma

de organización política cuya actividad es determinada y limitada por el derecho. Por otra parte, Estado de no-Derecho es aquel en que el poder político está desvinculado de los límites jurídicos y no reconoce a los individuos una esfera de libertad ante el poder protegido por el derecho, así definido:

Estado de não direito é aquele em que existem leis arbitrárias, cruéis e desumanas que fazem da força ou do exercício abusivo do poder o direito, deixando sem qualquer defesa jurídica eficaz o indivíduo, os cidadãos, os povos e as minorias. Lei arbitrária, cruel e desumana é, por exemplo, aquela que permite experiências científicas impostas exclusivamente a indivíduos de outras raças, de outras nacionalidades, de outras línguas e de outras religiões<sup>3</sup>. (CANOTILHO, 1999, p. 4)

De hecho que, nadie caracterizó el Estado de no-Derecho de manera tan simple como Gustav Radbruch como hizo en la circular intitulada “*Fünf minuten rechtsphilosophie*”<sup>4</sup> publicada en 1945, conforme será detallado posteriormente.

### 3 DERECHO Y JUSTICIA

La noción de justicia como presupuesto filosófico donde el derecho es regido y moldeado es antigua. La primera formulación clásica de filosofía surge con Platón (427 – 347 a. C.) desarrollando la teoría de las ideas, la problemática del conocimiento y los fundamentos morales. Sus obras son en forma de diálogos, en los cuales defiende posiciones en que estaba comprometido en cada fase de su vida (PLATÓN, 2000). Sus diálogos se dividen en tres categorías y revelan la maduración del pensamiento filosófico del autor conforme los años, siendo que la construcción del modelo político realizado en la República tiene como objetivo principal buscar una definición de justicia<sup>5</sup>.

Salgado (1995) afirma que el pensamiento de Platón a respecto de la justicia da inicio a una reflexión sobre la idea de justicia como igualdad. Presenta, todavía, dos

---

<sup>3</sup> En español: “Estado de no-Derecho es aquel en que existan leyes arbitrarias, crueles e inhumanas que hacen de la fuerza o del ejercicio abusivo del poder el derecho, dejando sin ninguna defensa jurídica efectiva los individuos, los ciudadanos, los pueblos y las minorías. Ley arbitraria, cruel e inhumano es, por ejemplo, aquella que permite experimentos científicos impuestos exclusivamente a personas de otras razas, de otras nacionalidades, otras lenguas y otras religiones” (Traducción de la autora).

<sup>4</sup> En español: Cinco minutos de filosofía del derecho.

<sup>5</sup> La maduración del pensamiento filosófico del Platón puede ser observada si comparado La República con en el Gorgias, una vez que en este sustentaba el concepto de justicia en cuanto igualdad. Hacía, todavía, mención que eso era lo que pensaba la mayoría de la gente y que concordaba con la naturaleza misma. (PLATÓN, 1992)

perspectivas de la concepción platónica: la justicia como idea y la justicia como virtud o práctica individual.

Es claro que para Platón (2000) todas las virtudes se basan en la justicia, siendo que la justicia se basa en la idea del bien, el cual es la armonía del mundo. Para él, el poderío de la justicia deviene básicamente en la prevalencia de la felicidad. Sin embargo, Platón concebía el término justo como sinónimo de lo que le interesa al Estado perfecto, en otras palabras, detener todo cambio con una rígida división de clases y con un gobierno de clases. Consecuentemente, la justicia social reside en la realización de las funciones propias de cada grupo, consistiendo cada grupo social con la virtud que le es propia.

Aristóteles (384 – 322 a. C.), discípulo de Platón, también tenía una idea positiva a la palabra justicia, pero para él era necesario existir un punto medio: la igualdad proporcional o la equidad. Son diversos los sentidos para justicia de acuerdo con Aristóteles. En su obra “Ética a Nicómaco” (1991) examina en qué sentido se habla de justicia, de lo justo y del hombre, y destaca dos clases de justicia: la general y la justicia particular, que, a su vez, puede ser pública o distributiva. También hace mención la idea de justicia política cuando se refiere a la comunidad a la organización de la vida en la comunidad.

Cabe señalar que para la filosofía aristotélica, tal como está perfilada en la Política, tiene la necesidad de reglas institucionalizadas y estables que guíen su práctica. Las leyes surgen como fundamento de justicia democrática o en otras palabras, la justicia como último objetivo del derecho y del mecanismo judicial que lo administra para asegurar su orden y su estabilidad (ARISTÓTELES, 1999).

Aunque en la filosofía griega, el estoicismo se inspira en las enseñanzas de Aristóteles, buscando la armonía por la razón. Según Valery (2011), esta corriente filosófica se extiende a Roma y adquiere importancia, teniendo como exponentes a Cícero (106 - 467a. C.), Séneca (4 a. C – 65 d. C) y Marco Aurelio (121 – 180 d.C). Para el estoicismo, la justicia toma como modelo la orden cósmica<sup>6</sup>, considerando esa orden como la estructura ordenada del universo. Por consiguiente, como la naturaleza es armoniosa entonces ella sirve de modelo para la conducta humana. Toda acción justa tiene el mismo principio de moral y de política, porque la justicia es fundamentalmente la “justeza” (FERRY, 2006).

<sup>6</sup> Pero substituí la idea de cosmos por la idea de un Dios.

No obstante, según Reale (1996), tanto en Grecia como en Roma se aplican las mismas distinciones entre el justo por naturaleza y el justo por ley o convención. Para los romanos y griegos la concepción de derecho por naturaleza reflejan las obligaciones de hombre como hombres (*jus gentium*). Sin embargo, esta distinción no se confunde con separación hecha por Grocio en el siglo XVII, como se verá más adelante.

Por consiguiente, con la ruptura de la unidad del mediterráneo decurrente del fin del imperio romano de occidente y, principalmente, con el advenimiento del Islam, lo que provocó la separación definitiva entre occidente y oriente, empezó un nuevo período llamado la Edad Media, que tiene como marca la idea de unidad, de acuerdo con Pirenne (1972). La Iglesia Católica es reconocida como el núcleo gravitacional de la civilización medieval (PERRY, 2002). Así, la religión volvió a influenciar en la filosofía y la razón fue substituida por la fe.

San Agustín (1961) fue el marco de todo pensamiento medieval, aunque haya vivido en el siglo IV. Él trajo el concepto de justicia divina y denunció la vanidad de los filósofos en no aceptar Cristo. Para Agustín, debía dar a cada uno lo que es suyo, una vez que la justicia es la adecuación de la acción humana con la voluntad divina, asimilando así la concepción estoica de la existencia de una ley natural universal.

Su premisa fue perfeccionada por Santo Tomás de Aquino (1980) que, por su vez, también se inspiró en Aristóteles y en la teoría estoica. La filosofía tomista es la base del *jusnaturalismo* católico, de modo de comprender la ley de la naturaleza como orden de Dios y que se encuentra presente en la razón humana. Cabe señalar que el tomismo no fue una simple aproximación de la filosofía con la teología. Su teoría reside en el equilibrio entre supremacía de la teología y la autonomía de la filosofía.

Ese pensamiento ejerció influencia en la escena política de la Edad Media y sirvió, por varias veces, para justificar tanto la conducta de la Iglesia como la de los cristianos. No obstante, después de un largo proceso de rupturas, marcado por guerras religiosas y decaimiento del sistema feudal, se desarrolló la idea de unidades soberanas. Los grandes descubrimientos, el avance del comercio marítimo y la reforma religiosa llevaron a la formación de un nuevo periodo denominado Renacimiento. Este periodo procuró explicar el derecho y la justicia únicamente por

las exigencias humanas, teniendo a Grocio (1625) como el punto de partida de todo ese nuevo pensamiento.

Grocio retomó el estoicismo y presentó el primer tratado de derecho natural, el “*De jure belli ac pacis*”. Su obra divide el derecho en natural y voluntario. Para Grocio (1625, p. 5):

Natural right is the dictate of right reason, shewing the moral turpitude, or moral necessity, of any act from its agreement or disagreement with a rational nature, and consequently that such an act is either forbidden or commanded by God, the author of nature. The actions, upon which such a dictate is given, are either binding or unlawful in themselves, and therefore necessarily understood to be commanded or forbidden by God. This mark distinguishes natural right, not only from human law, but from the law, which God himself has been pleased to reveal, called, by some, the voluntary divine right, which does not command or forbid things in themselves either binding or unlawful, but makes them unlawful by its prohibition, and binding by its command<sup>7</sup>.

Surge entonces un *jusnaturalismo* distinto de la visión clásica del derecho natural aristotélico-tomista, ya que ahora, según Reale (1996), es la autoconciencia del individuo que resultará la ley y no lo contrario. Las teorías que surgen a partir de esta son denominadas contractualistas. Entre los teóricos destacan se Hobbes, Locke y Rousseau.

Como teórico contractualista, Hobbes (1979) explanó sobre la naturaleza humana y las necesidades de los gobiernos y de la sociedad. Para él, el sistema anárquico lleva al hombre al estado de naturaleza, de modo que lo conduce para la guerra. Así, para evitar la guerra de todos contra todos es necesario que las sociedades firmen un contrato social, designando un soberano sobre los otros para garantizar la paz interna y la defensa de la nación. Ese soberano debería ser una autoridad incuestionable, para que los hombres vivan en paz. Esa concepción se basa en otro filósofo, Nicolau Maquiavelo (1997), que aborda la manera como el soberano debe comportarse para mantener su reino. Tanto Hobbes como Maquiavelo justificaban que la presencia de una autoridad con poderes absolutos era

---

<sup>7</sup> En español: “*Derecho natural es el dictado de la reta razón, la demostración de la torpeza moral o necesidad moral de cualquier ato a partir de acuerdo o desacuerdo con una naturaleza racional e, consecuentemente, se tal ato é prohibido o ordenado por Dios, el autor da naturaleza. Las acciones, sobre las cuales el dictado incide, o son obligatorias o están prohibidas en sí mismas y, por lo tanto, pueden entenderse como siendo ordenadas o prohibidas por Dios. Esta marca distingue derecho natural, no solo de la ley humana, pero de la ley que Dios mismo se contentó en revelar, llamado, por algunos, de derecho divino voluntario, lo que no comanda o prohíbe las cosas en sí mismas ni obliga o contraria la ley, pero torna ilegal por su prohibición, y obligatoria por su mando*” (Traducción de la autora).

indispensable para mantener la paz y el orden, debido a la propia naturaleza humana<sup>8</sup>.

Locke (2004), por su vez, incorpora planteamientos del propio Grocio y vislumbra a la justicia como algo natural en los hombres. Indudablemente, como no es posible asegurar que todos los hombres son racionales, hay la necesidad de un pacto como garantía jurídica de protección de las propiedades y la posesión del capital para que ellos vivan relativamente bien en el estado de naturaleza. Por eso el estado reconoce que los hombres son iguales, libres independientes. Así, en el pacto, ellos abren mano de sus libertades naturales para preservación de la sociedad.

Ya Rousseau (2004) desarrolla el concepto de voluntad general para compatibilizar un máximo de libertad personal con un máximo de seguridad jurídica. En su concepción del contrato social, la justicia no se funda solamente en términos de igualdad formal, una vez que el ejercicio de la libertad demanda determinadas condiciones de igualdad material. Consecuentemente, cada individuo debe entregar a la autoridad de la comunidad la decisión.

Inspirado en Rousseau, Kant (2007) propone un contractualismo con base lógico transcendental, en el cual distingue en una misma concepción moral, la ética, el derecho y la justicia. Para él, el derecho y la moral son distintos debido a la exterioridad del derecho y la interioridad de la moral. Se trata de una distinción formal, una vez que enseña que la norma jurídica debe ser cumplida simplemente por la necesidad de hacer lo que ella dice si considerar si los hombres la tienen como justa o no. Ya la norma moral es cumplida por ser considerada como cierta.

Al respecto del derecho, Kant (2007) diferencia el derecho natural, que se basa en principios, del derecho positivo, que resulta de la voluntad del legislador, presentando en su teoría una posición intermedia entre *jusnaturalismo* y positivismo. Según Kant, un Estado es justo en la medida que satisfaga tres principios racionales: la libertad, la igualdad y la independencia.

Cuanto la justicia, su concepción es demasiado estrecha pero en suma, considera *“justa toda acción que por sí o por su máxima, no es un obstáculo a la conformidad de la libertad del arbitrio de todos con la libertad de cada uno según leyes universales”* (ALVÍDREZ, 2014, p. 217).

---

<sup>8</sup> Para Hobbes o que justifica a presença dessa autoridade soberana é o estado de natureza.

Kelsen (1943) critica la concepción de derecho y moral con base en la exterioridad e interioridad por considerarla insuficiente una vez que el derecho puede regular conductas internas y externas. De acuerdo con Kelsen, las normas jurídicas son estudiadas por la ciencia del derecho y las normas morales hacen parte de la ética como ciencia. No obstante, sus estudios parten del dualismo: derecho positivo y derecho natural, enseñando que por encima del derecho creado por los hombres hay un derecho perfecto y justo. Sin embargo, para él, la justicia tiene un valor inconstante, relativo, disoluble y mutable. Instruye también que todo conocimiento conduce y que las normas deben disponer jerárquicamente, siendo el escalón más alto ocupado por la llamada norma básica<sup>9</sup> (Grundnorm).

Así como Kelsen, Hart (2009) también hace una aproximación entre el derecho positivo y el derecho natural, afirmando que todo el primero debe haber un contenido mínimo del segundo. Para Hart hay una separación entre justicia y derecho, puesto que una norma jurídica puede ser perfectamente mala. Consecuentemente, una norma no es buena por ser justa, visto que puede ser injusta, de manera que sostiene que el sistema jurídico no es completo y consistente y, debido a eso, los jueces no pueden limitarse a la tarea puramente deductiva que la teoría positivista requiere.

Del positivismo<sup>10</sup> surgió la teoría utilitarista con la premisa de aplicar una norma que traiga la mayor felicidad para el mayor número de personas. Defendiendo un hedonismo social, el autor más importante fue Bentham (1979), que inspirado en las ideas aristotélicas sobre la justicia y bien común, defiende que un acto o procedimiento moralmente correcto es aquel que produce la mayor felicidad para los individuos de una sociedad. De esta forma, lo justo es lo que beneficia al mayor número de personas a la vez<sup>11</sup>.

El utilitarismo, en síntesis, objetiva el bienestar de la sociedad por la satisfacción de deseos de muchos individuos que la conforman. Son los deseos de diferentes miembros que se realizan en la mayor medida, el sistema general de deseos, formando una sociedad fundada en la concepción colectiva del bienestar del

---

<sup>9</sup>Barbarosch (2010) explica que en cuanto para Kelsen existe una norma básica que es el inicio de todas las disposiciones del sistema para Raz los sistemas jurídicos son complejos de manera que no pueden ser explicados sobre una base única de origen común.

<sup>10</sup> En especial, el positivismo de Augusto Comte.

<sup>11</sup>Crítico al hedonismo social, Nozick (1974) afirma que esa concepción no es correcta a medida que las cosas que valen la pena y que tienen en la vida no se pueden reducir a un estado de ánimo como la felicidad.

grupo. No obstante, la teoría requiere una capacidad para jerarquizar diferencias entre diversos niveles de satisfacción y demanda que las instituciones estén proyectadas para maximizar las expectativas de las personas realmente representativas. Por consiguiente, la correcta distribución es la que produce la máxima satisfacción.

Así como la concepción utilitarista, otra teoría que influenció la metaética contemporánea fue el intuicionismo. Sin embargo, esta prescribió el abandono de la idea utilitarista que los hechos morales nada más son hechos naturales, que considera como bueno lo placentero y deseable. El intuicionismo defiende que las propiedades morales, a pesar de no estar abiertas a la investigación empírica, son accesibles por la intuición moral, una vez que podremos reconocer ciertas proposiciones morales como evidentes. Uno de esos autores fue Moore (2000), que llegó a la conclusión de que es imposible dar una definición del buen predicado porque eso sería una cualidad simple, irresoluble y no analizable. Para él, todos los que intentaron definir el buen predicado incurrieran en la “falacia naturalista”. Señala, todavía, que según la Ley de Hume, no hay relación analítica entre enunciados normativos y no normativos así como no hay equivalencias analíticas entre las expresiones.

Con el propósito de elaborar una teoría que representase una opción al utilitarismo y el intuicionismo reinante, Rawls (2000) publicó, en 1971, la obra “Teoría de la justicia”<sup>12</sup> trayendo una crítica al debate que dominaba por largo tiempo la filosofía política a respecto del que debía ser entendido como justo. Su intento de desarrollar una teoría de la justicia alternativa y viable resultó en la teoría de la justicia como equidad.

Para Esteban (2005), Rawls establece los principios de la justicia de modo racional y la analiza más por una perspectiva filosofía política y social que por el plano de la filosofía del derecho. Trayendo las enseñanzas contenidas en la teoría del contrato social, pone los principios de la justicia como objetos de un acuerdo, elegido en un acto conjunto, de forma que se firme tanto los derechos y deberes básicos como la división de los beneficios sociales.

---

<sup>12</sup>Diez años más tarde, Rawls empezó a revisar algunos conceptos de su libro. A lo largo de los años 80 y principios de los 90, produjo varias obras que cambiaron significativamente su filosofía.

Su teoría busca mejorar las concepciones de Locke, Rousseau y Kant utilizando la idea de hombres racionales, moralmente libres e iguales capaces de determinar la concepción de bien y de justicia que regirán sus instituciones (RAWLS, 2000).

Fundamenta su pensamiento, todavía, en dos principios: el principio de la libertad y el principio de la diferencia. El primero, cada persona debe tener un derecho igual al más abrazado sistema de libertad básico igual y compatible con un esquema similar de libertades para otros. El segundo, las desigualdades sociales y económicas deben resolverse de modo tal que sean al mismo tiempo (a) consideradas como aventajada para todos dentro de los límites del razonable, y (b) vinculadas a los cargos y puestos accesibles para todos (RAWLS, 2000). Su intento es reducir las diferencias existentes entre las personas por acciones efectivas que hacían con que los menos favorecidos dejen la posición de desigualdad para una posición mejor y, así, crear una sociedad más justa.

Aunque las teorías expuestas sean consideradas las más famosas otras se revelan igualmente importantes, como la fórmula propuesta por Gustav Radbruch como resultado de la evolución de sus posiciones teóricas después de 1945, como consecuencia de la caída del régimen nazista y de la necesidad de juzgar a ellos por sus crímenes.

#### **4 ESTADO, DERECHO Y JUSTICIA SEGÚN RADBRUCH**

Las enseñanzas de Kant<sup>13</sup> influyeron el pensamiento filosófico de Radbruch, de manera a establecer un dualismo metodológico. La base de su pensamiento se asienta en la distinción entre realidad y valor, o sea, en el ser (realidad) y el deber ser (valor).

Así como Kant, Radbruch (1944) reconocen la dificultad de deducir lo que es del deber ser, de manera que los juicios de valor no pueden basarse inductivamente sobre las posiciones de ser, sino lógicamente sobre los criterios de tipos semejante. Además, la esencia de ese dualismo metódico implica en la consideración del valor y del ser, que se presentan de forma independiente y cerrada.

Sin embargo, Radbruch (1944) propone un trialismo metódico al añadir otro elemento: la justicia. Él parte de la referencia o relación a los valores, que a su vez,

---

<sup>13</sup> En especial en *Crítica de la Razón Teórica y Crítica de la Razón Práctica*

permite entender el derecho como una realidad referida a estos, de modo de superar la rígida oposición entre ser y deber ser. No obstante, adopta el relativismo de modo de refutar las tesis de la existencia de un concepto claro, reconocible y comprobable del derecho como justo.

De acuerdo con Paniagua (1963) ese sistema filosófico de Radbruch aparece en 1914 en la primera edición de “Fundamentos de la Filosofía del Derecho”, con el nombre relativismo. Ya en la edición de 1932 se adiciona otra denominación: problematicismo. En 1934 en la obra “*Le relativisme dans la philosophie de droit*”<sup>14</sup> el término relativismo es reafirmado e incluso con tono agresivo, que se conserva hasta Introducción de la filosofía del derecho en 1947. Pero, en los manuscritos incorporados por Erik Wolf en la edición póstuma de “Filosofía del Derecho”, se insinúa la denominación perspectismo.

Al adherir el subjetivismo kantiano de justificación del conocimiento científico y de superación del positivismo empirista, Radbruch separa no solamente la realidad y el valor como también derecho natural del derecho positivo

Fue en una circular dirigida a los estudiantes de la Universidad de Heidelberg y publicada en 1945 que Radbruch inició su ataque al positivismo jurídico como resultado de la experiencia del nazismo y de lo que llama desastre moral y jurídico. Con la denominada “Cinco minutos de filosofía del derecho” Radbruch retoma el *jusnaturalismo* y pasa a caracterizar, según Canotilho (1999), la forma más impresionante de Estado de no-Derecho.

Radbruch inicia el primer minuto de filosofía trayendo el sentido de lo que le parece ser positivismo jurídico, de forma que cuestiona si es necesario obedecer las leyes aún cuando sean notoriamente injustas. De acuerdo con Radbruch (1997, p. 415):

Ordens são ordens, é a lei do soldado. A lei é a lei, diz o jurista. No entanto, ao passo que para o soldado a obrigação e o dever de obediência cessam quando ele souber que a ordem recebida visa a prática dum crime, o jurista, desde que há cerca de cem anos desapareceram os últimos jusnaturalistas, não conhece exceções deste gênero à validade das leis nem ao preceito de obediência que os cidadãos lhes devem. A lei vale por ser lei, e é lei sempre que, como na generalidade dos casos, tiver do seu lado a força para se fazer impor<sup>15</sup>.

<sup>14</sup> En español: El relativismo en la filosofía del derecho (Traducción de la autora).

<sup>15</sup> En español: “Órdenes son órdenes, es la ley del soldado. La ley es la ley, dice el jurista. Mientras que para el soldado la obligación y el deber de obediencia cesan cuando él sabe que la orden recibida persigue la práctica

Lo que a primera vista justificaría las actitudes de los alemanes en la Segunda Guerra Mundial, en verdad, concluye culpando el positivismo por el tiempo que Alemania vivió, una vez que la concepción de la ley y su validez dejó tanto a los juristas como a los pueblos indefensos.

En el segundo minuto de filosofía, Radbruch cuestiona el principio de la utilidad del derecho, o sea, de qué derecho es aquello que es útil al pueblo. Para él, ese principio lleva los detentores del poder del Estado a que consideren como derecho todo que es conveniente. Así:

Destá maneira, a identificação do direito com um suposto ou invocado bem da comunidade, transforma um “Estado-de-Direito” num “Estado-contra-o-Direito”. Não, não deve dizer-se: tudo o que for útil ao povo é direito; mas, ao invés: só o que for direito será útil e proveitoso para o povo<sup>16</sup>(RADBRUCH, 1997, p. 416).

Ya en el tercero minuto, Radbruch retoma la relación derecho y justicia, pero ahora sin el relativismo expresado en sus posiciones anteriores<sup>17</sup>, una vez que añade un criterio que materializa aquella relación: juzgar sin consideración de la persona. Enseña todavía que el pueblo y los juristas deben ser los primeros a recusar el carácter jurídico:

Quanto às leis conscientemente desmentem essa vontade e desejo de justiça, como quando arbitrariamente concedem ou negam a certos homens os direitos naturais da pessoa humana, então carecerão tais leis de qualquer validade, o povo não lhes deverá obediência, e os juristas deverão ser os primeiros a recusar-lhes o caráter de jurídicas<sup>18</sup> (RADBRUCH, 1997, p. 416).

Radbruch en el cuarto minuto de filosofía enfrenta el problema de la antinomia entre los tres valores que asocia a la idea de derecho, o sea, justicia,

---

*de un crimen, el jurista, desde que hace unos cien años se extinguieron los últimos jusnaturalistas, ninguna excepción respecto de la validez de la ley ni al precepto de obediencia que los ciudadanos les deben. La ley vale por ser ley, y es ley siempre que, como en la mayoría de los casos, tiene a su lado la fuerza para imponerse*” (Traducción de la autora).

<sup>16</sup> En español: “De esta manera, la identificación del derecho con un supuesto o invocado bien de la comunidad, transforma un “Estado de derecho” en un “Estado de no-Derecho”. No, no debe decirse: todo lo que es útil al pueblo es derecho; pero, en lugar de eso: solo lo que es derecho será útil y provechoso para el pueblo” (Traducción de la autora).

<sup>17</sup> Por esa razón le han atribuido otras calificaciones para la filosofía de Radbruch, tales como relativismo parcial, filosofía del derecho antinómica, dialéctica o existencialista.

<sup>18</sup> En español: “Cuando las leyes conscientemente desmienten esa voluntad y deseo de justicia, como cuando arbitrariamente conceden o niegan a ciertos hombres los derechos naturales de la persona humana, entonces carecerán tales leyes de cualquier validez, el pueblo no les deberá obediencia, y juristas deberán ser los primeros a negarles el carácter de jurídicas” (Traducción de la autora).

seguridad jurídica y bien común, admitiendo que, por veces, es necesario ponderar se una ley mala, nociva o injusta deberá o no ser reconocida como válida en razón de la seguridad jurídica o refutada. No obstante afirma: “*pode haver leis tais, com um tal grau de injustiça e de nocividade para o bem comum, que toda a validade até o caráter de jurídicas não poderão jamais deixar de lhes ser negados*”<sup>19</sup> (RADBRUCH, 1997, p. 417).

Finalmente, en el quinto minuto reconoce la existencia de principios que nortean el derecho y que trascienden el derecho positivo retomando un *jusnaturalismo* que denominó *jusracionalismo*, de modo a invocar un derecho supralegal.

Esa idea de derecho supralegal también puede ser encontrada en su obra “Introducción a la filosofía del derecho”<sup>20</sup> escrita en 1947. En ella, Radbruch (2003) retoma la teoría del derecho natural desde la Edad Antigua retratando el antagonismo entre la naturaleza y las convenciones de Aristóteles; pasando por la antítesis de Santo Tomas de Aquino al respecto del derecho de Dios y del derecho de los hombres de la Edad Media, y, por fin, en la contradicción entre la razón y la orden coactiva de Grocio a Rousseau en la Edad Moderna.

En efecto, Radbruch (2003) rompe con su positivismo inicial y exalta el derecho natural por reconocer a este como el único camino para la solución de los problemas del derecho, por creer que las normas positivas pueden abarcar injusticias, utilizando, por eso, la experiencia nazista. De ese contenido se ha diseñado su más famosa aportación del derecho, la denominada “Fórmula de Radbruch” que inspiró las decisiones de los tribunales después de la Segunda Guerra Mundial a considerar inválidas las leyes vigentes durante el régimen nazista por ser contrarias al derecho natural.

Buscando establecer la relación entre el derecho y la moral, Radbruch presentó su fórmula en el artículo “Arbitrariedad legal y derecho supralegal” publicado en 1946, en el cual discute la punición penal de las personas que habían apoyado el nazismo y que alegaban que sus actos no eran ilegales una vez que practicados en conformidad con el derecho vigente.

<sup>19</sup> En español: “*puede haber leyes tales, con un grado de injusticia y nocividad para el bien común, que toda la validez hasta el carácter de jurídica no podrán jamás negárselos*” (Traducción de la autora).

<sup>20</sup> La versión utilizada es *Introdução à Filosofia do Direito* traducida por Jacy de Souza Mendonça.

En ese contexto, Radbruch (1962) intenta resolver los conflictos entre la seguridad jurídica (decurrente de la aplicación del derecho positivo) y la justicia (que estaría en un plano supralegal). Según él:

El conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica debería, pues, ser resuelto de tal manera que el derecho positivo asegurado por la ley y el poder tiene preeminencia aún en su contenido, sea injusto o inconveniente, a no ser que la contradicción entre la ley positiva y la justicia alcance tal medida, que la ley como “derecho arbitrario” deba ceder ante la justicia. (RADBRUCH, 1962, p. 37)

Y complementa:

Es imposible trazar una aguda línea de separación entre los casos de arbitrariedad legal y las leyes que a pesar de tener un contenido injusto, no obstante, conservan su validez. Otra línea de separación es posible trazar agudamente: en los casos donde ni siquiera es perseguida la justicia y donde es negada conscientemente la igualdad que constituye el núcleo esencial de la justicia en el establecimiento del derecho positivo. En ese caso la ley no es solamente “derecho injusto”, sino que más bien carece de naturaleza jurídica. (RADBRUCH, 1962, p. 37-38)

En la realidad, Radbruch (1962) tiene como base la justicia, la utilidad y la seguridad. Cuestionando las leyes y normas incompatibles con el sensu de justicia y igualdad, él diseña, en suma, dos criterios: que el derecho positivo debe tener aplicación preferencial mismo que su contenido sea injusto y no benéfico, una vez que es basado en la legislación y en el poder del Estado; pero si su contenido se revela insoportablemente injusto a tal punto que la norma revele provenir de un derecho injusto, debe prevalecer la justicia sobre la ley.

Consecuentemente cuando el ordenamiento es establecido en leyes y normas en desacuerdo con la justicia se vuelve intolerable su aceptación, el juez, como representante de la justicia y no de la ley, debe recusarse a concretizar esa ley injusta. Así, Radbruch trae una imperativa ponderación al positivismo jurídico, donde se respeta las leyes, pero se respeta más la justicia y el derecho.

## 5 CONSIDERACIONES

Sobre la base de lo que se discutió en esta investigación, se puede ver el desarrollo de la filosofía política desde los griegos hasta el siglo XX, finalizando con el análisis de Radbruch al respecto del Estado, derecho y justicia.

Es importante tener en cuenta que el contexto histórico de toda la reflexión sirvió de telón de fondo para el florecimiento de diferentes significados para la palabra justicia y las ideas desarrolladas filosóficamente a lo largo de los siglos, que ni siempre estaban dirigidas a retratar a los mismos problemas. Radbruch, por ejemplo, se basó en la experiencia del nazismo y de lo que llamó desastre moral y jurídico

En la realización de este estudio comparado con versiones presentadas por varios autores, que se extiende desde Platón, considerado el primer filósofo a tratar de los conceptos, hasta Radbruch, se verifica que cada versión que se presenta es una respuesta a los desafíos históricos e intelectuales de cada época específica. Sin embargo, aunque todos hablasen del tema, cada uno se refirió a diferentes conceptos y variables dentro del propio contexto histórico. Por consiguiente la concepción política de la justicia en cada época histórica varió conforme era definido el concepto del justo en cada cultura, intereses, civilización, entre otros.

A pesar de todo el desenvolvimiento teórico desarrollado, ninguna de las líneas de pensamiento fuera no susceptible de críticas. Independientemente de la teoría adoptada, siempre existió una definición de Estado, justicia y derecho, a pesar de su fundamentación. Así, de acuerdo con la explicación dada, resultaron diferentes modos de constatación de tal manera que no exista una aproximación precisa entre justicia y derecho.

## BIBLIOGRAFÍA

AGOSTINHO, Aurélio, *Cidade de Deus*. São Paulo: Editora das Américas, 1961.

ALVÍDREZ, Felipe de Jesús Fierro, *Introducción al estudio Del derecho*. Bloomington: Palibrio, 2014.

AQUINO, Tomás. *Suma teológica*. Porto Alegre: Sulina, 1980.

ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*. 4. ed., v. 2. São Paulo: Nova Cultural, 1991.

\_\_\_\_\_. *Política*. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

BARBAROSCH, Eduardo, *El concepto de sistema jurídico en Joseph Raz*, 2010, 20. Disponible

en: <[https://www.academia.edu/5789603/El\\_concepto\\_de\\_sistema\\_jur%C3%ADdico\\_en\\_Joseph\\_Raz](https://www.academia.edu/5789603/El_concepto_de_sistema_jur%C3%ADdico_en_Joseph_Raz)>. Acceso en: 15 mar. 2015).

\_\_\_\_\_. *Teoria de La justicia y la metaética contemporánea*. Buenos Aires: La Ley, 2007.

BENTHAM, Jeremias. *Uma introdução aos princípios da moral e da legislação*. São Paulo: Abril, 1979.

Brand, Jürgen. *La evolución del concepto europeo de Estado de derecho*, 2006. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2006.1/pr/pr4.pdf> <>. Acceso en: 30 ago. 2015.

ESTEBAN, Maria Enriqueta Ponce. “Los conceptos de justicia y derecho en Kant, Kelsen, Hart, Rawls, Habermas, Dworkin y Alexy”, *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, n. 35, 211-234, 2005.

FERRY, Luc, *Aprendendo a viver: filosofia para os novos tempos*. Rio de Janeiro: Prisa Edições, 2006.

GROCIO, Hugo, *On the law of war and peace*, 1625. Disponible en: <http://constitution.org/gro/djbp.txt>>. Acceso en: 05 jan. 2011.

HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

HEGEL, Guillermo Frederico. *Filosofia Del derecho*. Buenos Aires: Editorial Claridad, 1968.

HOBBS, Thomas. *Os pensadores*. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*, Lisboa: Edições 70, 2007.

\_\_\_\_\_. *La paz perpetua*, 2003. Disponible en: <http://www.biblioteca.org.ar/libros/89929.pdf>>. Acceso en: 30 ago. 2015.

KELSEN, Hans. *Derecho y paz en las relaciones internacionales*, Pánuco: Fondo de Cultura Económica, 1943.

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil*, 4. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2004.

MAQUIAVEL, Nicolau. *O príncipe*, 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MOORE, George Edward. *Principia ethica*, Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

NOZICK, Robert. *Anarchy, State, and Utopia*. New York: Basic Books, 1974.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, *Convención sobre derechos y deberes de los Estados*, 1933. Disponible

en:<<http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-40.html>>. Acesso en: 30 ago. 2015.

PANIAGUA, José Maria Rodríguez. El relativismo jurídico de Radbruch y su consecuencia política, 1963. Disponible en: <[dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2048021.pdf](http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2048021.pdf)>. Acesso en: 07 sep. 2015.

233

PERRY, Marvin, *Civilização ocidental: uma história concisa*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

PIRENNE, Henry. *Maomé e Carlos Magno*. Lisboa: Asa, 1972.

PLATÃO, *A República*, 3. ed. Belém: EDUFPA, 2000.

\_\_\_\_\_, *Diálogos II*. Madrid: Editorial Gredos, 1992

RADBRUCH, Gustav, *Arbitrariedad legal y derecho suprallegal*, Abelardo-Perrot, Buenos Aires, 1962.

\_\_\_\_\_, *Filosofia do direito*, 1997. Disponible en: <<https://drive.google.com/file/d/oB4Baqr7OttziMEhaVEVodUdkSoZ5OXFTVDBxQzk4SEVyZlJ/edit>>. Acesso en 07 sep. 2015.

\_\_\_\_\_, *Filosofia del derecho*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1944.

\_\_\_\_\_, *Introdução à filosofia do direito*. 2003. Disponible em <<http://www.valorjustica.com.br/introducao.pdf>>. Acesso en: 23 ago. 2015.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

REALE, Miguel, *Filosofia do direito*, 17. Ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

ROUSSEAU, Jean-Jacques, *O contrato social e outros escritos*. São Paulo: Cultrix, 2004.

SALGADO, Joaquim Carlos. *A Idéia de Justiça em Kant*. Seu fundamento na liberdade e na igualdade. Belo Horizonte: UFMG, 1995.

VALERY, Françoise Dominique. Influência do estoicismo sobre Marco, Túlio, Cícero e o pensamento jurídico romano. *Revista de Filosofia do Direito, do Estado e da Sociedade*, v. 2, n. 2, 4. Ed, p. 73-92, 2011.

# DOSSIÊ TEMÁTICO

## I RIBAMAR - Encontro Maranhense de Direito Internacional

““Em cismar sozinho à noite  
mais prazer encontro eu lá”,  
pela Praça João Lisboa,  
recitando o “Marabá”...  
Ao longo da Praia Grande...  
No botequim da Sinhá,  
tirando o gosto da pinga  
com frescos de cajá...  
Ouvindo, ao luar de prata,  
acordes de serenata,  
com trovador e com flauta  
com violão e ganzá.”.

"Não permita Deus que eu morra  
sem que eu volte para lá...  
“Sem que carregue, contrito,  
o andor de São Benedito,  
na bênção que ao povo aflito,  
em procissão, ele dá...  
Sem que inda prove pequi,  
cupuaçu, bacuri,  
cambica de murici  
e um bom arroz de cuchá!...”.

““Quero morrer, na verdade,  
na minha velha cidade,  
namorando a antiguidade,  
numa rede de algodão...  
Dando um adeus ao passado,  
um viva a Pedro II  
na melhor terra do mundo:  
— São Luís do Maranhão!”.

Fonte: Versos 10, 11 e 12 do poema "São Luís do Maranhão" de Martins D'Alvarez.  
[peregrinacultural.wordpress.com](http://peregrinacultural.wordpress.com)

# A SAÍDA DO REINO UNIDO DA UNIÃO EUROPEIA E A TEORIA DA INTEGRAÇÃO REGIONAL<sup>1</sup>

## *BREXIT AND REGIONAL INTEGRATION THEORY*

**Palavras-chave:** União Europeia. Brexit. Integração regional.

**Keywords:** European Union. Brexit. Regional Integration.

### 1 INTRODUÇÃO

Uma das características mais notáveis do processo de integração europeia nos últimos anos é a busca por um maior adensamento político-institucional através da adoção de mecanismos constitucionais ou análogos. O entendimento predominante é que a adoção de uma constituição europeia é simples corolário da maturidade do processo de integração e que não representa ruptura com os marcos legais já existentes. No entanto, os debates que têm se sucedido desde a adoção do Tratado Constitucional de Roma em 2004, cuja rejeição em referendos nacionais impediu que entrasse em vigor, até as reformas introduzidas pelo Tratado de Lisboa em 2009, demonstram que a etapa de constitucionalização do bloco não é encarada com a naturalidade prevista. A resistência mais notável até o momento é o referendo

---

<sup>1</sup> Mariana Carneiro Corrêa Nascimento é bacharel em Ciências Econômicas pela Universidade Federal do Maranhão e estudante de Direito na Universidade Estadual do Maranhão e Rodrigo Otávio Bastos Silva Raposo é Doutorando em Direito pela UERJ, Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (2002), Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Maranhão (1999) e Professor Assistente do Departamento de Direito, Economia e Contabilidade da Universidade Estadual do Maranhão. Jéssica de Pinho Silva é Graduanda em Direito na Universidade Estadual do Maranhão.

britânico de 2016, no qual a maioria dos eleitores do Reino Unido optou pela retirada da União Europeia.

A retirada do Reino Unido, apelidado de *Brexit*, é um evento insólito, afinal, que nação, em sua consciência, optaria por deixar a União Europeia, o mais desenvolvido e bem-sucedido modelo de integração regional do planeta? A literatura produzida sobre o assunto revela perplexidade e atribui a ocorrência a um erro de estratégia do governo britânico, qual seja, chamar a opinar sobre matéria de tão grande relevância um eleitorado que não compreende adequadamente as consequências da decisão. Aqui, optou-se por uma abordagem distinta, nas páginas que seguem, vai-se tentar compreender a decisão dos cidadãos britânicos sob uma perspectiva empática, isto é, não como o erro de uma maioria ignorante, mas como a decisão razoável de uma comunidade política.

Desse modo, a ênfase volta-se menos para o entendimento sobre o movimento de integração e seu desenvolvimento ao longo dos anos, por meio de acordos de cooperação e complementação econômica, da regulação da movimentação de pessoas, mercadorias, serviços e capital, da busca por união econômica e monetária e da harmonização e unificação de normas jurídicas em diversas áreas. Ao invés, a atenção volta-se para capturar a situação peculiar do bloco europeu, bem-sucedido, mas em uma encruzilhada, pois não se sabe como o desenvolvimento e a expansão da União Europeia, a partir da adesão de novos países, acontecerão à longo prazo, tendo em vista o acontecimento de fenômenos recorrentes como o automatismo de aprofundamento do bloco e o distanciamento das decisões políticas no plano supranacional das decisões e opções no plano dos governos nacionais.

Optou-se por compreender as diferentes perspectivas que fundamentam ou tentam justificar o processo de integração europeu considerando as narrativas teóricas oferecidas pelo neofuncionalismo, pelo *liberal intergovernmentalism* e pelo institucionalismo. O neofuncionalismo retoma uma abordagem evolucionista do processo de integração, pelo qual cada etapa implementada abre lugar para novas etapas e reforça o aprofundamento do processo, assim como cada evolução parcial em algum segmento do processo catalisa avanços em outros setores; o *liberal*

*intergovernmentalism*, por sua vez, estuda a cooperação internacional a partir de fatores econômicos, de assimetrias de poderes interestatais e da compreensão da força que tem os compromissos adotados no processo de tomada de decisão dos Estados; já o institucionalismo atribui maior peso à atuação das instituições comunitárias dentro do processo de integração, colocando em relevo a premissa de que toda organização tende a replicar sua lógica interna, tendendo a expandir sua área de atuação, a ampliar sua estrutura normativa e seu aparato burocrático, e a adquirir crescente autonomia em relação aos atores e circunstâncias que levaram à sua criação.

Nesse diapasão, questiona-se quais as causas que levaram ao *Brexit*, pois há um paradoxo entre o evidente sucesso do processo de integração europeu e a retirada de um dos seus mais importantes membros. Acredita-se que o fator de fundo é a percepção do déficit democrático, isto é, o discernimento do distanciamento entre os centros de decisão europeus e os interesses nacionais, que tem sido uma crítica constante ao modelo de integração europeia, marcado por uma abordagem burocrática e tecnicista. Esse fator de fundo, ligado às pressões demográficas, econômicas e de segurança, que se tornaram mais prementes a partir desta década, levaram os cidadãos britânicos a optar pela saída. Em um contexto mais geral, essa mesma explicação elucidada a atual onda de resistência ao aprofundamento do processo de integração.

Investigou-se o assunto por meio de pesquisa documental e bibliográfica que levou a estruturação do artigo em três itens.

No primeiro momento faz-se referência ao processo de integração regional e apresenta-se uma abordagem mais clara que ajuda a entender esse processo a partir do contexto histórico de criação da União Europeia e da produção dos tratados que constituíram o bloco europeu. Assim foi possível apresentar o conceito do *spill-over* e relacioná-lo com a lógica do processo de integração.

Na segunda parte discute-se o conceito de integração regional para o *liberal intergovernmentalism*, a partir de uma variável singular, neste caso, as

negociações existentes entre os Estados membros do bloco e seu reflexo no processo de integração europeu. Ainda nessa etapa, acrescentou-se à discussão a atuação das instituições comunitárias como preponderante no desenvolvimento da integração regional europeia, visão defendida pelos institucionalistas.

O terceiro item traz para debate a análise do Tratado Constitucional de Roma, de 2004. Colocou-se essa questão no intuito de mostrar simultaneamente os avanços da integração regional europeia, suas limitações, e a existência de políticas voltadas para suprir as expectativas da tecnocracia; esta, frustrada pelos resultados dos referendos que foram utilizados com o objetivo de legitimar o texto constitucional do bloco europeu.

Portanto, a investigação conduz a concluir que o *Brexit* se deu por fatores contextuais relativos à perda de credibilidade da tecnocracia europeia que se refletiram na posição dos eleitores britânicos no referendo do *Brexit*. Assim, da ideia neofuncionalista de *spill-over*, passando pelas abordagens intergovernamental e institucionalista, a hipótese que se apresenta é a de que o *Brexit* é uma resposta ao automatismo que se tornou a tônica do atual estágio de desenvolvimento da União Europeia e a razão impulsionadora de seu aprofundamento. Dado que o processo deixa de ser visto como uma opção política e passa a ser tratado como uma complexa questão técnica, os cidadãos britânicos demonstraram a sua visão de que, independentemente das vantagens inerentes ao processo, ele passa necessariamente por uma decisão política soberana.

## 2 INTEGRAÇÃO REGIONAL E SPILL-OVER

Depois da criação das Comunidades Europeias na década de 1950, os momentos mais importantes na história do desenvolvimento institucional do processo de integração foram o Tratado de Fusão (adoção, doravante a., 1965, vigência, doravante v., 1967), o Ato Único Europeu (a.1986, v.1987) o Tratado de

Maastricht (a.1992, v.1993) e o Tratado de Lisboa (a.2007, v.2009). Deseja-se chamar atenção aqui para o caráter progressivo da integração europeia, que se tornou uma causa independente e autônoma em relação aos interesses nacionais conforme percebidos pelas forças políticas tradicionais, ao mesmo tempo em que se tornou um patrimônio político das instituições europeias supranacionais.

A existência dessa autonomia política foi considerada nas últimas décadas uma das razões do sucesso da integração europeia, que por conta da existência de instituições supranacionais conseguiu avançar a agenda da integração de maneira mais eficaz e menos sujeita às inflexões das políticas dos Estados nacionais. A hipótese que se lança aqui é que, justamente essa ferramenta de sucesso criou um abismo crescente entre os ideais integracionistas e as percepções políticas das populações do continente, o que acabou favorecendo o crescimento de movimentos contrários à integração.

As vantagens decorrentes de um processo de integração capaz de aprofundar-se segundo uma lógica própria (HAAS, 1958, p.16) e relativamente independente dos interesses dos Estados estava no cerne do conceito clássico de integração, formulado ainda na década de 1950 como sendo o processo por meio do qual atores políticos de várias configurações nacionais são persuadidos para mudar suas expectativas e atividades políticas em direção a um novo centro, cujas instituições possuem ou demandam jurisdição no lugar das pré-existentes, assim, o resultado do processo de integração política é uma nova comunidade política sobreposta às anteriores.

A história das comunidades europeias começa com a criação da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (Tratado de Paris, a.1951, v.1952) por Alemanha, Bélgica, França, Itália, Luxemburgo e Países Baixos. Essa comunidade pioneira na integração econômica do continente europeu em bases supranacionais contava com órgão executivo, chamado *High Authority*, Assembleia Parlamentar, Conselho de Ministros, Tribunal de Justiça e Comitê Consultivo. Desde o início, os Estados fundadores tinham o claro intento de constituir um projeto que se direcionava à criação de uma Federação Europeia, sendo o mercado comum de

carvão e aço um laboratório cujas experiências deveriam gradualmente estender-se a outras esferas da economia do continente. Nesse espírito, foram criadas posteriormente a Comunidade Econômica Europeia e a Comunidade Europeia da Energia Atômica (Tratados de Roma, a.1957, v.1958). Segundo a Convenção sobre Certas Instituições Comuns às Comunidades Europeias (EUROPEAN PARLIAMENT, 2016), assinada e ratificada junto com os Tratados de Roma, a Assembleia Parlamentar e o Tribunal de Justiça seriam comuns às três comunidades, dessa forma, apenas os órgãos executivos permaneceram separados até a celebração do Tratado de Fusão (a.1965, v.1967), que completou o processo de unificação das instituições comunitárias.

O Tratado de Fusão foi um dos eventos mais importantes para impulsionar e moldar o processo de integração europeu. No entanto, os entusiastas do processo de integração tinham de lidar, nos países membros, com as críticas ao processo de delegação de competências, que por vezes era percebido como uma indevida transferência de atribuições estatais a um corpo deliberativo externo e alheio às necessidades e prioridades de cada Estado. Note-se que a questão política da delegação de competências e o processo de obtenção de um processo de integração mais ágil desde o início competiu com as percepções mais nacionalistas acerca do fenômeno.

A oposição ao modo como vinha se desenvolvendo o processo de integração ganhou forma contundente com o posicionamento francês a partir de junho de 1965, no episódio que ficou conhecido como “crise da cadeira vazia”. Na ocasião, o então Presidente *Charles de Gaulle* afirmou que decisões tomadas por maioria, mesmo qualificada, não podiam ter lugar diante da oposição de um país membro em razão de interesses nacionais relevantes. A partir de então, a teoria da integração teve que acomodar também o estudo da lógica da diversidade e dos aspectos intergovernamentais da Comunidade. A prática da unanimidade (LAURSEN, 2008), adotada após o compromisso de Luxemburgo, em 1966, que solucionou o impasse, era criticada por retardar ou mesmo paralisar o processo de integração em certos pontos.

Por outro lado, pode-se afirmar que o compromisso de Luxemburgo representou o acerto político necessário para que o processo de fusão das instituições executivas comunitárias pudesse ocorrer. O que se nota é que, no plano supranacional, criou-se um impulso autônomo ao fortalecimento e aprofundamento da integração, de modo que se pode afirmar que as instituições supranacionais operam com uma lógica distinta da dos Estados, ou seja, os corpos governativos do processo de integração possuem uma agenda própria que por vezes é distinta dos interesses dos Estados. Assim, os posicionamentos estatais refratários ao aprofundamento de aspectos da integração, ou que pretendem resguardar a margem de manobra política dos Estados são encarados, do ponto de vista integracionista, como obstáculos a serem superados ou contornados, e não como deliberações soberanas que precisam ser incorporadas ao processo. Isso gera o déficit de legitimidade que é uma explicação possível para a decisão da maioria do eleitorado do Reino Unido pela retirada da União Europeia.

Exemplo dessa lógica de superação de obstáculos foi a adoção do *Single European Act* (a.1986, v.1987) que inseriu o *qualified majority voting*, como um expediente para completar o mercado interno. A votação por maioria qualificada substituiu a regra da unanimidade em quatro das competências então atribuídas à Comunidade: ajuste da tarifa externa comum; regras relativas à liberdade na prestação de serviços; normas relativas à livre movimentação de capital; ajustes na política comum de transporte aéreo e marítimo. O novo processo de votação era aplicável também a uma série de novas atribuições, incluindo políticas sociais, pesquisa e desenvolvimento tecnológico e política ambiental.

O principal objetivo do Ato Único era dar impulso ao processo de construção europeu, assim como completar o mercado interno. Tais metas eram difíceis de alcançar, devido aos tratados já existentes e ao processo de julgamento no Conselho da Europa, que impunha a unanimidade para a harmonização da legislação. Por conta disso, o Ato Único previu o aumento do número de casos em que o Conselho poderia decidir pelo *qualified majority voting* (EUROPEAN UNION, 1987) em vez do sistema de unanimidade. Isto facilitou o estabelecimento do mercado

interno, o processo de julgamento e evitou os frequentes atrasos inerentes à procura de um acordo unânime entre os doze Estados membros. Portanto, para consolidar o Mercado Único, não se fez mais necessário o voto de unanimidade, exceto para as medidas concernentes à taxaço, à livre circulação de pessoas e aos direitos e interesses dos trabalhadores.

Os procedimentos mais ágeis adotados no fim da década de 1990 viabilizaram o aprofundamento do processo de integração, cujo desenvolvimento conduziu naturalmente à próxima etapa: a criação de um ente político supranacional, diferenciado das Comunidades até então existentes e que consolidava as conquistas políticas e jurídicas até então alcançadas. Deve-se ressaltar que, na lógica integracionista, cada degrau escalado replica as conquistas já alcançadas e simultaneamente cria as condições e necessidades para que outros sejam superados.

Assim, o Tratado de Maastricht (EUROPEAN PARLIAMENT, 2016, a.1992, v.1993) criou a União Europeia com base em três pilares: as Comunidades Europeias; a Política Externa e de Segurança Comuns; a cooperação nos campos da justiça e assuntos domésticos. O primeiro pilar era mais fortemente influenciado por fatores supranacionais, ao passo que o segundo e o terceiro eram predominantemente intergovernamentais.

Quando as Comunidades Europeias se organizaram sobre os três pilares, o fizeram para acomodar a perspectiva transnacional e a perspectiva intergovernamental, de modo a permitir certo grau de controle dos Estados em relação a matérias sensíveis como política de segurança, diplomacia, assuntos domésticos e justiça.

O primeiro pilar (EUROPEAN UNION, 1993) consiste na Comunidade Europeia do Carvão e do Aço, na Comunidade Econômica Europeia e na Comunidade Europeia da Energia Atômica e diz respeito aos domínios em que os Estados Membros partilham a sua soberania através das instituições comunitárias. Neste contexto, aplica-se o processo conhecido como Método Comunitário, ou seja, uma

proposta da Comissão Europeia, a sua adoção pelo Conselho e o Parlamento Europeu e o controle do respeito comunitário pelo Tribunal de Justiça.

Já o segundo pilar (EUROPEAN UNION, 1993) estabelece a política externa e de segurança comum consagrado no título V do Tratado da União Europeia. Este artigo substitui as disposições do Ato Único Europeu e permite aos Estados Membros tomarem medidas conjuntas no domínio da política externa. Este pilar envolve um processo intergovernamental de tomada de decisões que depende em grande medida da unanimidade. A comissão e o Parlamento desempenham um papel modesto e o Tribunal de Justiça não tem voz neste domínio.

O terceiro pilar (EUROPEAN UNION, 1993) diz respeito à cooperação no domínio da justiça e dos assuntos internos, prevista no Título VI do Tratado da União Europeia. Espera-se que a União empreenda uma ação conjunta para oferecer aos cidadãos europeus um elevado nível de proteção no domínio da liberdade, da segurança e da justiça. O processo de tomada de decisão também é intergovernamental.

Em síntese, acentuando uma característica do Ato Único (EUROPEAN UNION, 1993) em seu tempo, o Tratado da União Europeia ampliou as hipóteses de votação por maioria qualificada no Conselho para cobrir a maioria das decisões no âmbito do processo de co-decisão e todas as decisões no âmbito do procedimento de cooperação.

Pelo exposto, confirma-se a lógica inerente ao processo de integração que Haas (1958) descreveu no final da década de 1950, segundo a qual a tendência da integração setorial é expandir-se para outros setores, num processo conhecido como *spill-over*. Nesse processo, é inútil tentar diferenciar a integração de setores da economia da integração econômica como um todo. Já naquela época, o processo era exemplificado pela Comunidade Europeia do Carvão e do Aço que, ao contribuir para um melhor arranjo dos agentes econômicos por ela beneficiados, simultaneamente propiciou a oportunidade de perceber e resolver questões relativas à criação de uma economia europeia integrada.

A experiência da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço foi importante para o desenho institucional do Tratado da Comunidade Econômica Europeia, anos depois. E o mesmo ocorreu com o Ato Único Europeu ao final da década de 1980, que propiciou a etapa seguinte, de criação da União Europeia em 1992 e que deu azo às providências políticas no sentido da adoção de uma constituição europeia. A integração de setores da economia foi um primeiro passo rumo à completa integração econômica e um laboratório para determinar as medidas necessárias à obtenção desse desiderato

Portanto, é possível afirmar que o conceito de *spill-over* é o pressuposto fundamental para a crença dos neofuncionalistas de que a integração europeia é autossustentável, baseada na ideia de que passos iniciais em direção à integração desencadeiam dinâmicas econômicas e políticas endógenas que conduzem a uma maior cooperação. O *spill-over* (MORAVCSIK, 1993, p. 473-524) é uma forma de determinismo econômico baseado no advento de um mundo em que o tecnocrata tem se tornado a eminência parda de todo governo, tanto nacional como regional, ante a inevitabilidade do planejamento econômico levar em consideração o contexto regional em que atuam as economias modernas.

Assim, constata-se que o conceito de *spill-over* na teoria da integração regional é a explicação do processo por meio do qual os avanços em setores específicos impulsionam o avanço em setores correlatos e assim sucessivamente, de modo que cada etapa no processo é impulsionada por etapas anteriores e auxilia no desenvolvimento das etapas que se seguem. Como visto, essa perspectiva supõe o funcionamento e o aprofundamento automático do processo de integração, fenômeno que a história dos últimos setenta anos parece confirmar, mas que não apaga de todo o antagonismo por ele mesmo gerado ao ignorar as vozes dissonantes.

### **3 PERSPECTIVA INTERGOVERNAMENTAL**

A teoria intergovernamental (LAURSEN, 2008, p. 6-7) (*liberal intergovernmentalism*) explica a cooperação internacional por meio da consideração de três fatores: o fator econômico como determinante na definição dos interesses nacionais e não os interesses geopolíticos ou ideológicos; a assimetria na interdependência como fator determinante dos resultados nas barganhas interestatais, em vez da atuação proativa dos órgãos supranacionais; e a obtenção de compromissos mais consistentes como determinante na decisão de delegar a tomada de decisões ou de tomar decisões em conjunto, e não a convicção em uma ideologia federalista ou na eficácia de uma tecnocracia gerencial centralizada.

Essa visão constitui uma explicação tripartite sobre a integração europeia e é sintetizada por *Moravcsik* (MORAVCSIK, 2008, p. 168) que apresenta a perspectiva de que as decisões dos Estados membros têm força efetiva no processo de integração e/ou cooperação a partir do uso de mecanismos de negociação e se concentram na figura do representante do executivo dos próprios Estados em detrimento de escolhas que se baseiam em fatores ideológicos e/ou institucionais. As instituições, nesse caso, existem, segundo o intergovernamentalismo liberal, para garantir as decisões realizadas no âmbito dos acordos de cooperação internacional.

As causas profundas da integração europeia podem ser explicadas a partir de três campos de investigação: economia política, teoria de *Nash* e teoria de regimes. Justas, esses campos de investigação compõem uma abordagem da tomada de decisões pelo Estado a partir de uma visão intergovernamental liberal. Essa abordagem repousa na assunção de que os governos nacionais são atores que definem e buscam objetivos e que se envolvem em coordenação política com o objetivo de atingi-los e, simultaneamente, enfrentar desafios operacionais comuns. Dentro dessa abordagem, assume-se que os Estados se envolvem na cooperação internacional em três estágios(MORAVCSIK, 2008, p. 158-159): 1) formulação de preferências em resposta à interdependência política; 2) negociações interestatais para atingir soluções que permitam obter um equilíbrio ótimo dos interesses envolvidos e superar conflitos distributivos; 3) delegação ou agregação de soberania, por meio de instituições internacionais, para estender, implementar ou executar essas

negociações. Cada estágio da cooperação é explicado separadamente, por aportes distintos, o primeiro com teorias relativas a fatores específicos decorrentes da interdependência, o segundo com o emprego da teoria de negociação não-coercitiva de *Nash* (*Nash-bargaining theory*) e a terceira com teoria sobre regimes internacionais.

O resultado, em síntese, do processo de integração, em especial, do processo de integração da União Europeia é a institucionalização das relações internacionais como expõe *Moravcsik* (MORAVCSIK, 2008, p. 167) ao discutir sobre o processo de formulação da constituição europeia e a relação do texto constitucional com a criação de um Estado Europeu unificado, este integrado pela atuação direta do Parlamento Europeu e indiretamente pela atuação do Conselho. Fracassou a tentativa de aprovar uma constituição europeia, no entanto, ela foi obtida por meio de reformas.

Além do fortalecimento das estruturas do Parlamento e do Conselho, portanto, observa-se, recentemente, um movimento adicional, demorado, que se mantém por meio de reformas no interior de acordos internacionais vigentes como, por exemplo, as alterações feitas com o Tratado de Lisboa, que entrou em vigor em 2009. Percebe-se, com isso, a produção de um direito constitucional europeu mesmo que este conteúdo constitucional seja inserido na sociedade europeia por meio de reformas. Esse movimento de reformas operacionalizado pelo Tratado de Lisboa (a. 2007, v. 2009) é decorrente do estágio atual do processo de integração europeu.

A visão do *liberal intergovernmentalism* (MORAVCSIK, 2008, p. 167), a partir de uma perspectiva mais crítica, analisa o processo de integração e a tendência ao seu aprofundamento no decorrer do tempo com base em mudanças já promovidas no passado. A crítica faz-se contra a convicção que é defendida pelo neofuncionalismo de que a expansão da União Europeia está ligada às preferências nacionais que, por sua vez, podem ser influenciadas por decisões pretéritas, já em vigor.

Também, de acordo com o intergovernamentalismo liberal, são postas em discussão outras críticas. Essas críticas evidenciam a crise da democracia no bloco europeu que retarda o processo de integração, pois há um limite no âmbito das decisões da União Europeia em virtude da adoção de diferentes políticas nacionais. Ademais, é analisado o poder de regulação das instituições europeias e o consequente enfraquecimento da participação popular.

A população europeia demonstra um anseio por resultados políticos mais concretos. Essa realidade põe em questão o que se conhece por déficit democrático. *Shimmitter* (*SHIMITTER*, 2000 apud *MORAVCSIK*, 2008, p. 179), por exemplo, acredita que a democracia europeia pode se fortalecer na medida em que as novas políticas do bloco abarquem áreas de maior interesse da população. Para *Moravcsikm* (2008, p. 178) as questões prioritárias para os cidadãos europeus são saúde, educação, seguridade social, tributação e ordem.

Ao cabo, na visão intergovernamental liberal, a adoção de cursos de ação no plano institucional é mais uma consequência de fatores econômicos, de assimetrias de poder e de busca por previsibilidade do que uma decorrência da atuação das instituições em si. Essa visão é questionada pelos institucionalistas.

A teoria institucionalista compartilha a perspectiva intergovernamental em relação às escolhas racionais, mas atribui maior peso à atuação das instituições comunitárias como vetores do processo de integração, principalmente porque estas recebem poderes delegados pelos Estados membros ou são o palco da tomada coletiva de decisões. Em ambos os casos, o papel institucional não pode ser menosprezado. No entanto, *Laursen* (*LAURSEN*, 2008, p. 7) afirma que no processo de tomada das grandes decisões, o papel das instituições comunitárias é limitado e o protagonismo cabe efetivamente aos Estados membros. Por outro lado, a importância das instituições comunitárias é bem maior no momento de implementar as decisões e compromissos alcançados.

O ideal de um Estado federado europeu, tendo em vista a lógica institucional, mostra o fenômeno do *spill-over* e suas implicações quanto ao

automatismo decorrente da aceitação do processo de integração que repercute, inclusive, na seara jurídica. Essa repercussão é vista, por exemplo, no reconhecimento do Estado de direito europeu representado pela Corte de Justiça Europeia. *Moravcsik* (2008, p. 170) retrata bem isso ao citar a atuação da Corte de Justiça Europeia na busca por jurisdição independente em relação às cortes nacionais. O poder da tecnocracia centralizada nas instituições que estruturam a União Europeia demanda não apenas o conhecimento de peculiaridades locais como também o entendimento das forças externas construídas pelas instituições supranacionais que se desenvolvem no continente europeu.

Nesse sentido, a partir do uso de tratados internacionais, que proporcionam certa autonomia a essas instituições, cresce a força resultante dessas entidades supranacionais na Europa que concentram seus poderes em uma elite tecnocrata (de especialistas). Por outro lado, há um movimento de construção de um direito europeu marcado pela barganha entre os Estados membros, uma vez que, estes negociam entre si sem abrir mão de suas soberanias. Segundo *Posner* (2017, p. 11) essa realidade impacta na proposta de uniformidade e na força do direito europeu.

Quando *Posner* (2017, p. 11) expõe sobre a crise que denuncia o modelo de sociedade europeia, integrada por meio de um bloco regional, o autor faz referência ao nível de globalização que centraliza o poder político em proporções elevadas, concentrado em uma cidade ou mesmo em um grupo de nações. Essa ideia pode ser utilizada para entender a tentativa de aprovação do texto constitucional europeu, pois este uniria ainda mais a Europa, ao menos formalmente, e conseqüentemente seriam aplicadas políticas que abarcariam todo o bloco. Existem, entretanto, momentos de centralização de poder e momentos de descentralização de poder que refletem em um enfraquecimento dos centros onde esse poder está concentrado. Esse processo caracterizado pelas diversas manifestações de cooperação internacional também é resultante de sua ampla divulgação realizada e acreditada pela tecnocracia, servos inconscientes de poder. Esse inconsciente de poder nos remete à ideia de automatismo, quanto às decisões políticas estabelecidas no plano supranacional.

A sistemática de atuação das instituições europeias supranacionais reverberou, portanto, na construção do Acordo Constitucional Europeu. Quando este não conseguiu o apoio local suficiente para sua aprovação, veio a decisão de contornar a falta de apoio dos eleitores por meio do Tratado de Lisboa (a. 2007, v. 2009), que foi o instrumento utilizado para reformar os Tratados já vigentes e com isso dar continuidade ao processo de integração. No entanto, os críticos apontaram a manobra como ilegítima e reveladora dos perigos inerentes à existência de um processo de integração impulsionado por uma lógica autônoma e impermeável ao posicionamento dos cidadãos europeus, ou, pior que isso, uma lógica incompatível com a própria existência de cidadãos europeus.

#### **4 O TRATADO CONSTITUCIONAL DE ROMA**

As discussões envolvendo a aprovação do Tratado Constitucional da Europa foram um teste para as abordagens teóricas acerca da integração. O tratado não foi aprovado em vários países importantes e nunca foi ratificado. No entanto, as instâncias supranacionais da União Europeia encontraram alternativas para aprovar mudanças em seus tratados constitutivos e colocar em vigor substancialmente as normas contidas na proposta rejeitada.

A proposta original consistia em um tratado para estabelecer uma Constituição, que deveria substituir os tratados que deram origem à União Europeia. A Constituição (EUROPEAN UNION, 2009) foi assinada em Roma em 29 de outubro de 2004, mas não chegou a entrar em vigor, pois era necessário que a mesma fosse ratificada por todos os países da União. Diversos países (Reino Unido, Dinamarca, França, Irlanda, Luxemburgo, Países Baixos, Espanha e Portugal) propuseram-se a submeter a decisão ao referendo de seus cidadãos.

A Espanha optou pelo sim em fevereiro de 2005, com 76% de votos a favor (BBC NEWS, 2007). No final de maio de 2005, a França rejeitou a Constituição, com

55% de votos contrários à ratificação. No início de junho foi a vez dos Países Baixos dizerem não em 61% dos votos. Com isso, os demais países adiaram indefinidamente ou cancelaram seus referendos.

A razão da rejeição provavelmente foi o peso simbólico do termo constituição, apesar de o tratado trazer poucas novidades e muito mais afirmar práticas já consolidadas no correr do processo de integração. A falta de entendimento entre os países membros e a falta da maioria de votos necessária para a aprovação do tratado, como visto na França e nos Países Baixos são reflexos da relação existente entre o modelo de democracia direta e o modelo de integração europeu. As justificativas mais comuns da população desses países, França e Países Baixos, para o voto contra o texto constitucional apoiaram-se nas altas taxas de desemprego (que aumentam o sentimento nacionalista) e na falta de maior conhecimento sobre o Tratado Constitucional, respectivamente. Vale acrescentar que o texto constitucional não buscou alcançar áreas como política de segurança e de defesa tidas como áreas de *high politics* (LAURSEN, 2008, p. 12-16).

Em seguida à rejeição ao Tratado Constitucional, de 2004, os políticos favoráveis à proposta buscaram uma forma de contornar os resultados dos referendos ou mesmo sua não realização, surgindo então a opção de emendar os tratados que criaram a União Europeia (MASSTRICHT, a.1992, v.1993) e o tratado que criou a Comunidade Econômica Europeia (ROMA, a.1957, v.1958) e de tornar a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia vinculante. Essas práticas foram reforçadas por meio da maior atuação do Parlamento após o “fracasso” do referendo e por meio do uso de votação por maioria qualificada nas deliberações da União Europeia, o que aumenta a hipótese de distanciamento entre a esfera institucional e a participação da população dos países membros.

Com a opção das reformas, em dezembro de 2007, foi assinado o Tratado de Lisboa que entrou em vigor em 1º de dezembro de 2009 e emendou o Tratado da União Europeia e o Tratado da Comunidade Econômica Europeia. As mudanças introduzidas (EUROPEAN UNION, 2009) corresponderam à necessidade de reformar a estrutura da União Europeia, em vista de seu crescente número de Estados, bem

como redefiniu e fortificou as ações no nível europeu, ou seja, no plano das instituições supranacionais.

A utilização dos referendos no processo de constitucionalização da União Europeia e as frequentes deliberações parlamentares durante esse processo com o uso, inclusive, de reformas a partir de instrumentos de política internacional, neste caso, os tratados, revela o poder de delegação cada vez mais aparente na democracia europeia. Essas características peculiares do que se conhece no âmbito dos processos de integração geram questionamentos naquilo que se tem discutido sobre o poder nacional dos Estados membros e o poder supranacional das instituições.

Coloca-se aqui, em situação de difícil solução, o modelo de integração europeu e suas constantes reformas que datam desde o Ato Único Europeu (a. 1986, v. 1987) até o Tratado de Lisboa (a. 2007, v. 2009). Nesse contexto, observa-se que situações como a negativa da proposta do Tratado Constitucional Europeu e a atuação das instituições supranacionais revelam uma União Europeia marcada pelo déficit democrático impulsionado pelo estágio de desenvolvimento atual do processo de integração europeu. As recentes reformas, por exemplo, podem ser tidas como consequência dos resultados dos referendos que estiveram na contramão do que a tecnocracia esperava da democracia europeia.

A tentativa de contornar o resultado dos referendos por meio do Tratado de Lisboa (a. 2007, v. 2009) é um fator que pode ter gerado o descontentamento do cidadão europeu com a tecnocracia europeia e consequentemente ter motivado o evento do *Brexit*, por exemplo. Vale mencionar que, no processo de ratificação do texto constitucional pelos Estados membros, o Reino Unido optou por não realizar o referendo, uma vez que, para eles não fazia mais sentido, pois a França e os Países Baixos votaram pelo “não”.

Em seguida, veio o Tratado de Lisboa (a. 2007, v. 2009) na tentativa de dar continuidade à expansão e ao fortalecimento do bloco europeu, porém o resultado foi diferente do esperado, pois o que se observou foi o fortalecimento dos que apoiavam a saída do Reino Unido da União Europeia. Deve-se ressaltar que

desde a adesão à Comunidade Econômica Europeia o Reino Unido valeu-se mais uma vez do referendo para decidir sobre sua permanência no bloco. Após o fracasso dos referendos e a adesão do Tratado de Lisboa (a. 2007, v. 2009), o governo do Reino Unido decidiu fazer nova consulta à população e dessa vez o resultado foi diferente, optou-se por sua retirada. Atualmente, o *Brexit* passa por um processo de negociação que tem gerado bastante discussão sobre o futuro do bloco europeu.

A intenção de deixar o bloco europeu com base no artigo 50 do Tratado da União Europeia ganhou impulso com o resultado democrático do referendo, após vitória pela saída do Reino Unido, como já citado. O referido artigo foi mencionado nesse processo de retirada do bloco regional europeu, porém, como o fato é inédito nas teorias da integração, esse instituto ainda não foi testado e em consequência disso seu procedimento ainda é passível de questionamentos, uma vez que, o artigo 50 é apenas um permissivo, no qual destaca a necessidade de um período de negociações para validar esse processo.

As especulações são diversas, tanto para uma saída tranquila quanto para um *hard Brexit*. Em decorrência do amadurecimento do bloco europeu muitas relações se fortaleceram, dentre elas o comércio, é o que aponta Basedow ao exemplificar que 12% (BASEDOW, 2017, p. 6). do PIB do Reino Unido resulta de exportações para os demais estados da União Europeia. Com base nisso, acredita-se que as relações que se manterão entre Reino Unido e União Europeia serão estabelecidas a favor da manutenção do Acordo da Comunidade Econômica Europeia, com ênfase para algumas restrições em nível de circulação de pessoas no que tange às *high politics*, a partir das políticas externas de segurança e de defesa. Em relação às questões jurídicas, muito do que se debate gira em torno da independência de jurisdição e não vinculação às decisões da Corte de Justiça Europeia, já que o escopo é dar preferência ao Direito Britânico, no qual o Direito da Comunidade Europeia seria complementar.

Tem-se discutido muito no âmbito das teorias da integração, a partir dos recentes acontecimentos datados deste século, desde o Tratado Constitucional de Roma, de 2004, até as posteriores alterações feitas pelo Tratado de Lisboa (a. 2007,

v. 2009), a realização de possíveis emendas aos Acordos da Comunidade Europeia no decorrer das negociações do *Brexit* e a eficácia dessas alterações dentro do Direito Britânico. Propostas têm sido lançadas e já foram anunciadas pela primeira ministra *May* quanto às reparações no campo jurídico. O que se percebe é um movimento de proteção ao direito nacional em detrimento do direito comunitário dando-se maior ênfase para a jurisdição das Cortes Nacionais.

Esse cenário traz à tona as discussões acerca da Soberania dos Estados. Fatores como o afastamento da Corte de Justiça Europeia e conseqüentemente a maior liberdade do direito interno no que diz respeito às jurisdições dos Estados membros, neste caso do Reino Unido, reforça o que foi desenvolvido ao longo deste trabalho acerca do grau de reprovabilidade das instituições supranacionais europeias mediante a opinião pública, visto no resultado dos referendos do Tratado de Roma, de 2004, e do referendo de 2016 sobre o *Brexit*. Percebe-se com isso a existência de uma crise política e institucional que teve como consequência o fenômeno inédito dentro das Relações Internacionais, a saída de membros da União Europeia, bloco que até então era reconhecido como modelo de integração regional.

## 5 CONCLUSÃO

Aos críticos da União Europeia não passou despercebida a manobra para introduzir, por meio de emendas, mudanças que foram substancialmente rejeitadas pelas populações de alguns países. Evidentemente, isso reacendeu as velhas críticas quanto ao déficit democrático na União Europeia, pois o processo de integração do bloco tem se destacado pela atuação independente e autônoma de suas instituições que nas tomadas de decisão divergem em grande parte dos interesses nacionais, ou quando não, simplesmente os ignoram ou falham em considerar adequadamente as preocupações e inseguranças dos cidadãos dos países membros. Assim, eventos como o *Brexit* indicam o momento de crise pelo qual vem passando o bloco europeu.

Nota-se que há um déficit de legitimidade ocasionado pelo distanciamento entre os interesses nacionais e os interesses de origem supranacional. As reformas, por exemplo, têm servido de instrumento capaz de proteger o processo de integração europeu independentemente dos interesses locais. Convém colocar aqui o seguinte questionamento: em que medida é sustentável a atuação do poder supranacional tendo em vista o descontentamento crescente dos nacionais? Para tentar responder as perguntas que surgem sobre o processo de integração europeu é importante levar em conta algumas teorias.

Os neofuncionalistas veem o modelo de integração com base no fenômeno do *spill-over* que segundo eles é capaz de manter o processo de integração europeu a partir da dinâmica interna da economia e da política. Por outro lado, os liberais intergovernamentalistas consideram, além dos fatores econômicos e políticos, as diferenças existentes entre os Estados membros como determinantes no processo de barganha interestatal. Além dessas duas perspectivas teóricas existe também a visão institucionalista que defende o poder de atuação das instituições comunitárias como determinante no desenvolvimento do bloco.

Dessas visões teóricas pode-se constatar a existência de um debate acerca do peso a ser atribuído às questões locais. A visão predominante, em relação a isso, é a de que o processo de integração é um bem em si mesmo, auto justificável e cujo progresso se dá independentemente de considerações de países isolados, que normalmente são atribuídos à incapacidade dos leigos de entender os benefícios da integração. Em que pese a verdade que possa haver nessa relação entre os especialistas e os leigos, deve-se considerar também que esses leigos são cidadãos, eleitores, e que suas dúvidas não são simplesmente uma questão de irremediável aversão ao futuro ou ignorância a ser desdenhada pelos tecnocratas europeus.

Ao contrário, as resistências existentes ao processo de integração europeu, que são também, em certo grau, as resistências a outros processos de integração regional ao redor do mundo, devem chamar atenção para a necessidade de promover maior discussão sobre o desenvolvimento e o aprofundamento dos processos de integração, considerando com respeito e cautelosa atenção às dúvidas e receios das

populações envolvidas. A tentativa de contornar a oposição das massas ignorantes por meio de manobras jurídicas só reforça a desconfiança em relação à condução do processo e aumenta a resistência à tutela que parecem desejar impor os tecnocratas sobre as nações que se envolvem na regionalização.

No entanto, esses sinais de alerta são frequentemente ignorados pelos estudiosos da matéria e pelos profissionais envolvidos na gestão dos processos de integração. O que se percebe na prática, e mesmo após a dramática sinalização que é o *Brexit*, é que a opção primordial dos gestores e especialistas em integração é apostar nas alternativas fornecidas pela política das instituições comunitárias, em detrimento das possibilidades de construir soluções que realmente considerem as visões e preocupações nacionais.

Essa opção é exemplificada pelo Tratado de Lisboa (a. 2007, v. 2009), que representa o tipo de manobra que se prefere utilizar para acelerar, preservar e aprofundar os processos de integração regional, sempre percebendo as eventuais resistências como um lamentável fruto da desinformação, a ser vencido pela apresentação do processo como um fato consumado e uma questão de natureza técnica, a salvo do pântano das decisões políticas sujeitas à participação popular.

## REFERÊNCIAS

BASEDOW, Jürgen (2017). BREXIT and business law. *China-EU Law Journal (CELJ)*, v. 5, n. 3, p. 101-118, Mar. 2017, DOI: 10.1007/s12689-017-0075-1; *Max Planck Private Law Research Paper*, n. 17/1. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2889218>>. Acesso em: 25 mar. 2017.

BBC NEWS (2007). *EU Constitution: where member States stand* (Europe, Sunday, 25 March 2007). Disponível em: <<http://news.bbc.co.uk/2/hi/europe/3954327.stm>>. Acesso em: 29 jun. 2016.

EUROPEAN PARLIAMENT (2016). *Fact Sheets on the European Union: The First Treaties*. Disponível em:

<[http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/en/displayFtu.html?ftuId=FTU\\_1.1.1.html](http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/en/displayFtu.html?ftuId=FTU_1.1.1.html)>. Acesso em: 29 jun. 2016.

EUROPEAN UNION (1987). *The Single European Act*. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1467647646929&uri=URISERV:xy0027>>. Acesso em: 04 jul. 2016.

\_\_\_\_\_ (1993). *Treaty of Maastricht*. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:xy0026>>. Acesso em: 04 jul. 2016.

\_\_\_\_\_ (2009). *Treaty of Lisbon: Introduction*. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/LSU/?uri=celex:12007L/TXT>>. Acesso em: 29 jun. 2016.

HAAS, Ernst B (1958). *The Uniting of Europe: political, social, and economical forces, 1950-1957*. Stanford: Stanford University, 1958. Disponível em: <<http://www.europarl.europa.eu/100books/file/EN-H-BW-0038-The-uniting-of-Europe.pdf>>. Acesso em: 29 jun. 2016.

LAURSEN, Finn (2008). Theory and Practice of Regional Integration. *Jean Monnet/Robert Schuman Paper Series*, v. 8, n. 3, Fev. 2008. Disponível em: Disponível em: <<http://aei.pitt.edu/8219/1/LaursenLongSymposo8RegIntegedi.pdf>>. Acesso em: 29 jun. 2016.

MORAVCSIK, Andrew (1993). Preferences and Power in the European Community: A Liberal Intergovernmentalist Approach. *Journal of Common Market Studies*, v. 31, n. 4, Dec. 1993, p. 473-524.

\_\_\_\_\_ (2008). The European Constitutional Settlement. *The World Economy*, v. 31, n. 1, p. 157-182, Jan. 2008. Disponível em: <<https://www.princeton.edu/~amoravcs/library/settlement.pdf>>. Acesso em: 30 jun. 2016.

MORAVCSIK, Andrew; SCHIMMELFENNIG, Frank. *Liberal Intergovernmentalism*.

Disponível em:

<<http://www.princeton.edu/~amoravcs/library/intergovernmentalism.pdf>>. Acesso em: 22 jan. 2017.

256

POSNER, A. Eric (2017). Liberal Internationalism and the Populist Backlash. *Public Law and Legal Theory Working Paper*, n. 606, Jan. 2017. Disponível em:

<<https://ssrn.com/abstract=2898357>>. Acesso em: 22 jan. 2017.

***PAR IN PAREM NON HABET IMPERIUM: DIREITO  
INTERNACIONAL COSTUMEIRO COMO FONTE  
CONTEMPORÂNEA DA IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO DOS  
ESTADOS***<sup>1</sup>

***PAR IN PAREM NON HABET IMPERIUM: customary international law as  
the contemporary source of State immunity***

**Palavras chave:** Imunidade de jurisdição. Schooner Exchange. Alemanha *versus* Itália. Costume internacional. Fontes do direito internacional.

**Keywords:** State immunity. Schooner Exchange. Germany *versus* Italy. International custom. Sources of international law.

## **1 INTRODUÇÃO**

A imunidade de jurisdição de Estado é um fenômeno que traz, em sua essência, um arcabouço de cunho medieval, abarcado, posteriormente, pelos traços absolutistas realçados no período moderno, perpassando e assinalando seu traçado evolutivo até os tempos hodiernos, sedimentando as suas normas no direito internacional costumeiro.

Através do presente, demonstra-se, em princípio, a origem moderna do instituto através do julgamento do caso *The Schooner Exchange v. McFaddon*, determinante para que se aclarassem os primeiros contornos da imunidade jurisdicional bem como a distinção de direitos conferidos a certos indivíduos e a inviolabilidade da pessoa do soberano, visão de

---

<sup>1</sup> Yasmin Salman Magioli é graduanda em Direito pela Universidade Estadual do Maranhão (UEMA) e Rodrigo Otávio Bastos Silva Raposo é Doutorando em Direito pela UERJ, Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (2002), Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Maranhão (1999) e Professor Assistente do Departamento de Direito, Economia e Contabilidade da Universidade Estadual do Maranhão.

índole acertadamente antropomórfica que, posteriormente, daria lugar a uma perspectiva do Estado enquanto ente provedor de serviços públicos.

Além desse *leading case*, dá-se a devida atenção à evolução da imunidade de jurisdição estatal tomando por base seu fundamento inaugural, denominado *par in parem non habet imperium*, garantidor da soberania e altivez dos Estados à época do poder absoluto e da igualdade entre os entes em voga, tendo por consequência lógica uma obrigação jurídica internacional.

Outrossim, debate-se acerca da recepção da doutrina restritiva pelo ordenamento jurídico brasileiro. Na oportunidade, avoca-se a distinção entre atos de império e atos de gestão bem como suas configurações para a existência de uma imunidade relativizada. Da mesma forma, o histórico da imunidade de jurisdição de Estado no direito pátrio e elementos jurisprudenciais que moldam a atividade do instituto nos dias atuais.

Por fim, através do percurso evolutivo delineado, trata-se da imunidade de jurisdição estatal em consonância com o direito costumeiro internacional e seu influxo enquanto fundamento contemporâneo do instituto, analisando a matéria através da percepção de Madruga Filho, de 2003, bem como da sentença proferida no caso Alemanha vs. Itália, em 2012.

Busca-se demonstrar a dinâmica da ordem internacional por meio do trajeto da imunidade de jurisdição dos Estados, como, também, o propósito de atender a demandas advindas da sociedade, determinando, outrossim, a evolução normativa, por assim dizer, em um espaço temporal e social em que confluem as expectativas dos países em relação ao respeito à sua soberania e às suas prerrogativas, bem como as demandas por justiça dos indivíduos em busca da proteção de seus direitos.

## **2 ORIGEM MODERNA DA IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO**

A imunidade de jurisdição se originou da existência de indivíduos que, por sua posição hierárquica ou pela função que ocupavam, encontravam-se fora do alcance da lei. Essa regra, no contexto da formação dos Estados, ficou conhecida como *par in parem non habet iudicium* e esteve, em princípio, ligada à própria pessoa do soberano absolutista, que não podia ser submetido a julgamento e também se beneficiava da presunção de que não podia cometer atos ilícitos, uma vez que era a origem da própria legislação, daí a expressão *the king can do no wrong*. Com o

avancar da doutrina do Estado, a soberania deixou de ser um atributo pessoal do rei ou uma emanção de seu poder, e a imunidade jurisdicional passou a ser encarada como uma necessidade relacionada ao exercício de funções oficiais (SOARES, 2001, p. 10-11).

Note-se que essa passagem de atributo pessoal para salvaguarda de funções oficiais explica o caráter absoluto que a imunidade de jurisdição apresentou em seus primórdios, mas também permite compreender como se originou a distinção posterior a partir da qual se formou a doutrina restritiva da imunidade jurisdicional. Essa evolução guarda paralelo com a própria transformação na noção de soberania, que deixou de ser um atributo pessoal dos monarcas no contexto do processo de formação dos Estados e tornou-se um atributo do povo organizado politicamente, ou seja, soberania popular. Essa concepção de soberania popular permitiu articular os Estados constitucionais e a ideia de limitação do poder, submetendo os governantes à lógica do interesse público. Com isso, tornou-se também possível distinguir entre os diversos tipos de atos que, não só da parte do governante como também da parte dos agentes públicos, poderiam ser praticados, abrigando-se sob as prerrogativas dos poderes da administração pública aqueles praticados no interesse da coletividade e restando os demais sob a regência do direito que regia as relações privadas, de natureza pessoal, contratual ou real.

Essa preocupação do juiz do foro com a caracterização da atividade oficial do Estado estrangeiro estava presente na primeira decisão sobre a matéria, a qual a Suprema Corte dos Estados Unidos prolatou em 24 de fevereiro de 1812, no julgamento do caso *The Schooner Exchange v. McFaddon*, que dizia respeito a uma embarcação de bandeira americana, pertencente a particulares norte-americanos que, em jurisdição francesa, foi requisitada para utilização pela marinha de guerra daquele país. Tempos depois, devido a avarias, a mesma, já sob o pavilhão da França, foi obrigada a aportar nos Estados Unidos, momento em que seus antigos proprietários solicitaram à justiça que seu patrimônio fosse restituído. Na oportunidade, o juiz *Marshall* afirmou que a jurisdição territorial soberana é necessariamente exclusiva e absoluta e que qualquer exceção ao exercício desse poder só pode ser legitimada pelo consentimento do próprio Estado que é dele titular. Esse

consentimento é fonte de obrigações que podem ser verificadas através da prática comum das nações e da opinião comum dela decorrente e não pode ser retirado subitamente ou sem aviso prévio sob pena de violação da confiança depositada no Estado (UNITED STATES, 1812, §§ 2-3, 18-23).

A partir dessas considerações *Marshall* passou a analisar as hipóteses existentes na época em que os Estados haviam renunciado ao exercício de sua jurisdição territorial. Procedendo por analogia, o magistrado elencou a imunidade jurisdicional do próprio soberano, a de seus representantes diplomáticos e as que seriam atribuíveis às forças armadas e procurou determinar em que medida a situação do *Exchange* se aproximaria dessas hipóteses. Assim, desde o início, a doutrina das imunidades jurisdicionais foi construída como uma obrigação decorrente da igualdade soberana dos Estados, baseada em consentimento expresso ou tácito, que poderia ser verificada na prática internacional e cuja violação seria contrária à boa-fé.

Em relação especificamente ao soberano estrangeiro, *Marshall* afirmou que o exercício de poder jurisdicional do foro sobre um soberano estrangeiro e seus direitos seria um exercício de poder extraterritorial, do qual o Estado não seria juridicamente capaz. Essa noção explica a ficção, agora em desuso, de que embaixadas estrangeiras constituiriam território de seu país de origem e que seria essa a justificativa de suas prerrogativas. Outro ponto a destacar é a não submissão entre soberanos e a obrigação de cada um deles de preservar a dignidade de seu Estado, não se colocando aos direitos soberanos do Estado, em posição de submissão à jurisdição de outrem. Dessa forma, concluiu o magistrado, só se poderia supor que um soberano adentrasse o território de outro mediante uma licença expressa ou confiando que o foro estenderia a ele as imunidades reconhecidas a seu Estado (UNITED STATES, 1812, § 24).

Em seguida, *Marshall*, partindo do princípio da perfeita igualdade e absoluta independência das soberanias e destacando os interesses em comum que as levaram a estabelecer toda a sorte de intercâmbios, afirmou que tais elementos originaram uma série de hipóteses nas quais era possível assumir que as mesmas abriram mão do exercício de uma parcela de sua jurisdição territorial exclusiva, em

benefício da dignidade umas das outras. Tais hipóteses incluiriam a imunidade jurisdicional e a inviolabilidade da pessoa do soberano à prisão ou detenção em território estrangeiro, aplicando-se as mesmas prerrogativas, por extensão, aos dignitários representando aquela soberania; algo semelhante sucederia quando uma soberania permitisse a passagem de forças militares estrangeiras por seus domínios, com a ressalva de que a presunção de permissão concedida a estrangeiros de adentrar nos domínios de uma potência amiga não se aplicaria nesse caso (UNITED STATES, 1812, §§ 25-40).

Continuando o arazoado, *Marshall* distinguiu entre exércitos e navios de guerra, considerando que a restrição ao ingresso dos primeiros no território de uma potência amiga não era aplicável aos últimos, pois os riscos e danos geralmente associados à presença de um exército em território povoado não se apresentaria quando se tratasse da admissão de um navio de guerra em um porto amigo. Dessa forma, admitia-se, em geral, a aplicação de critérios distintos para os diferentes tipos de forças militares, no caso, se um Estado decidisse proibir o acesso de navios de guerra estrangeiros a todos os seus portos ou a algum deles em particular, ou se essa proibição fosse destinada a todas as nações ou a alguma delas em particular, a praxe era que fosse dada notícia dessa determinação, do contrário, presumia-se o livre acesso aos portos de navios de guerra de nações amigas e, com ela, as respectivas imunidades jurisdicionais (UNITED STATES, 1812, § 41).

Segundo *Marshall*, também era necessário distinguir entre os direitos conferidos à indivíduos ou navios mercantes e aqueles conferidos a navios de guerra. Recordando que era o soberano local quem consentia com o estabelecimento de isenções à jurisdição territorial, o magistrado registrou que era obviamente inconveniente que indivíduos ou navios mercantes não estivessem submetidos à jurisdição local, o que levaria à infração das leis e ao desrespeito ao governo, de forma que não era razoável supor que o soberano consentisse em excluir os estrangeiros de sua autoridade de forma indiscriminada. Assim, a expectativa de respeito aos representantes do Estado e de anuência do foro em conferir-lhes prerrogativas só seria razoável se tais representantes estivessem conduzindo negócios públicos a serviço de seu Estado de origem. A situação dos navios de guerra, que constituíam

parte das forças militares do Estado, agindo sob as ordens de seu soberano e empregados para satisfazer objetivos nacionais, entraria nessa categoria, justificando protegê-los da interferência de Estados estrangeiros. Assim, o consentimento implícito para o ingresso em um porto amigo de um navio de guerra estrangeiro deveria ser elaborado no sentido de implicar uma isenção à jurisdição da soberania estrangeira em relação à qual a embarcação militar reclamasse hospitalidade (UNITED STATES, 1812, §§ 51-54).

A seguir, *Marshall* reproduziu a ponderação de *Bynkershoek* (1673-1743), de que a propriedade de um soberano estrangeiro não se distingue por nenhuma isenção legal da propriedade de um indivíduo comum, afirmando que o jurista neerlandês havia citado vários casos nos quais um soberano estrangeiro havia figurado como réu em foro estrangeiro. No entanto, *Marshall* afirma que há uma distinção patente entre a propriedade privada de uma pessoa que porventura é príncipe e as forças militares que sustentam o poder soberano e a dignidade e independência de uma nação. Para o juiz, um príncipe, ao adquirir propriedade privada em um país estrangeiro, pode estar sujeitando aquela propriedade à jurisdição territorial estrangeira, ou pode estar deixando de lado a figura de príncipe e assumindo a feição de um indivíduo privado. No entanto, não é concebível que o príncipe possa fazer isso com relação a qualquer parte das forças armadas que sustentam sua coroa e a nação cujo governo lhe foi confiado (UNITED STATES, 1812, §§ 56-59).

Em sua conclusão, *Marshall* afirmou ser um princípio do direito público que navios de guerra, autorizados a adentrar o porto de uma potência amiga, devem ser, em virtude dessa mesma autorização, considerados isentos do poder jurisdicional desta última. Logo, dado que o *Exchange* satisfazia tais condições, poderia gozar das prerrogativas dela decorrentes. Assim, mesmo constatando que a embarcação realmente pertencera aos requerentes e declarando ser obrigação dos tribunais norte-americanos verificar a validade do título de propriedade da embarcação, o fato do *Exchange* haver se tornado um navio público a serviço de um soberano estrangeiro, e de haver adentrado o porto americano de acordo com as normas internacionais,

implicava no consentimento implícito de isentá-lo do exercício da jurisdição nacional (UNITED STATES, 1812, §§ 60-65).

Tendo essa decisão como ponto de partida, os tribunais nacionais desenvolveram a abordagem absoluta das imunidades jurisdicionais dos Estados. Convém notar, no entanto, que, até o julgamento do caso *Exchange*, não havia segurança acerca da tradução jurídica do preceito relativo à igualdade soberana dos Estados e de como este poderia ser efetivado na prática judicial dos Estados. Na época, a submissão de um navio de guerra a arresto não parecia de modo algum uma hipótese absurda do ponto de vista jurídico, apesar das óbvias implicações políticas e do fato de geralmente haver indivíduos armados no interior dessas embarcações, aos quais poderia eventualmente faltar disposição para cumprir uma ordem emanada de uma autoridade estrangeira à sua cadeia hierárquica.

Por outro lado, há quem identifique na decisão do *Justice Marshall* os elementos que levariam ao desenvolvimento da doutrina restritiva da imunidade de jurisdição, ainda que presentes apenas como *obiter dicta*. Por fim, cabe observar que não há uma sequência linear na evolução das imunidades, com a doutrina da imunidade absoluta como um ponto de partida que tem, por sua vez, a doutrina restritiva da imunidade como sua evolução natural. Na verdade, desde o início, as duas perspectivas em relação às imunidades estatais já se delineavam e, apesar do predomínio da perspectiva absoluta, o alcance e os limites das prerrogativas judiciais reconhecidas aos Estados estrangeiros e seus bens já eram objeto de discussão.

### 3 EVOLUÇÃO DA IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO DO ESTADO

Como já dito, a imunidade de jurisdição do Estado tem origem na imunidade pessoal dos Chefes de Estado e de seus representantes, a qual tem por base o brocardo *par in parem non habet imperium*. Com o tempo, o adágio passou a significar, efetivamente, que os atos governamentais de um Estado não constituem matéria sobre a qual os tribunais de outros países possam manifestar-se. Logo, a

imunidade de jurisdição decorre das doutrinas da soberania estatal e da igualdade dos Estados-nação (TROOBOFF, 1986, p. 252).

A consequência lógica dessa conexão entre o princípio da igualdade soberana e a imunidade de jurisdição é que esta constitui uma prerrogativa que cada Estado espera ver respeitada e que corresponde a um dever de abstenção do exercício jurisdicional que atinge os demais Estados. Porém, se a imunidade está fundada nas doutrinas da soberania e da igualdade, não há como o Estado titular da prerrogativa impor o seu respeito aos demais, restando-lhe fundar suas expectativas em relações de cortesia e reciprocidade.

No entanto, na visão de *Verhoeven*, as imunidades de jurisdição e de execução do Estado são mais que uma questão de cortesia, elas correspondem a uma necessidade objetiva de proteção e constituem uma obrigação jurídica internacional, ainda que a convenção relativa às mesmas, adotada em 2004, não tenha, ainda, alcançado as ratificações necessárias para entrar em vigor. Assim, a imunidade de jurisdição estatal corresponde a deveres recíprocos decorrentes de uma vida comunitária organizada, bem mais do que a formas de comportamento oriundas de certa amabilidade (VERHOEVEN, 2008, p. 308).

Dessa forma, se a imunidade de jurisdição constitui obrigação jurídica internacional, a sua regência compete ao direito internacional público, que deve conter, pelo menos, as normas fundamentais para balizar a prática dos Estados. Mas essa posição, embora persuasiva, nem sempre encontra correspondência na prática dos Estados e em seus posicionamentos jurídicos.

A visão da imunidade de jurisdição dos Estados enquanto obrigação jurídica internacional, e não mera norma de cortesia apoiada na noção de reciprocidade, tem o seu desenvolvimento cercado por dúvidas e incertezas, do que dá conta Costa Sousa, ao afirmar que a isenção à jurisdição de Estado estrangeiro passou por diversas fases e não cessa de sofrer modificações, dada a inexistência de regras exatas sobre a matéria na comunidade internacional (SOUSA, 2000).

De fato, até 2012, quando a Corte Internacional de Justiça decidiu o caso *Jurisdictional Immunities*, a mera existência do instituto enquanto costume internacional era incerta. A decisão deu-se em um contexto controvertido, no qual se

polemizava sobre a prevalência de normas imperativas do direito internacional sobre a imunidade dos Estados.

A decisão delineou os contornos da norma costumeira existente, apoiando-se na prática dos Estados, na *opinio juris* e considerando a Convenção das Nações Unidas sobre Imunidade de Jurisdição dos Estados e seus Bens, adotada em 2004. Além disso, resolveu a controvérsia distinguindo entre o caráter substantivo das normas imperativas do direito internacional e o caráter procedimental das normas regentes da imunidade de jurisdição do Estado. Portanto, a partir da decisão de 2012, pode-se afirmar que foram identificadas, caracterizadas e aplicadas as normas internacionais vigentes acerca da imunidade.

Por outro lado, tais normas seguem objeto de vigorosa discussão, principalmente nos meios acadêmicos, que, predominantemente, consideram a sentença uma vitória da política sobre o direito (TIBÚRCIO, 2012) ou consideram-na conservadora e formalista.

Vale destacar a posição de Almeida, representativa das críticas à decisão, em cuja visão a decisão da Corte Internacional de Justiça no caso *Jurisdictional Immunities* não corresponde ao estágio contemporâneo de desenvolvimento do direito internacional, pois, ao afirmar a distinção formal entre normas de procedimento, no caso, as que regulam a imunidade estatal, e normas materiais, no caso, certos preceitos de *jus cogens*, aquele tribunal construiu um argumento puramente artificial que não se sustenta ante a necessidade de assegurar efetividade às normas imperativas violadas, pois não há sentido em reconhecer status imperativo a uma norma internacional sem prover as garantias necessárias à sua efetividade (ALMEIDA, 2016, p. 521 e 535).

As posições críticas à decisão revogariam, se o direito internacional fosse o que os doutrinadores querem que ele seja, o princípio que constitui a origem histórica do instituto, denominado *par in parem non habet imperium*, ou seja, entre indivíduos da mesma classe, não é possível o exercício de autoridade. Esse preceito veda, por assim dizer, o exercício de jurisdição de uma autoridade soberana sobre a outra.

Essa percepção absoluta da imunidade de jurisdição, segundo Portela, remete à época da consolidação dos Estados nacionais, em que a autocracia estava em seu apogeu e, da mesma forma, ideias de independência e autonomia organizacional do Estado em detrimento de seus próprios órgãos bem como insubordinação estatal perante outro poder, encerrando, assim, supremacia e oposição a mandos externos (PORTELA, 2016, p. 188).

Paulatinamente, percebe-se a evolução da imunidade de jurisdição, perpassando de atributo pessoal do soberano para atributo da pessoa jurídica do Estado. Essa mesma evolução permitiu, em um primeiro momento, distinguir atos do Estado que fariam jus à imunidade, chamados de atos de império, daqueles atos que o Estado pratica submetendo-se a uma ordem jurídica estrangeira, chamados atos de gestão. Tais mudanças abriram caminho para outros questionamentos quanto à extensão da imunidade do Estado, chegando ao ponto atual de indagar acerca da prevalência da mesma diante de uma infração do direito internacional, pois como pode o Estado invocar uma norma do direito internacional para abrigar-se de responder pela prática de um delito internacional?

Nesse contexto, ganha relevância a discussão sobre a eficácia das normas de *jus cogens*, pois “um Estado não pode invocar unilateralmente sua imunidade com o objetivo de furtar-se à responsabilização perante jurisdições estrangeiras em virtude do cometimento de atos que constituem violações de normas imperativas de Direito Internacional” (ALMEIDA, 2016, p. 524).

Não obstante, o que a imunidade de jurisdição impede é que um Estado que violou norma internacional seja julgado por um outro Estado soberano e igual a si. A imunidade não exclui ou alivia a responsabilidade internacional do Estado pelos atos ilícitos que este porventura tenha cometido.

Percebe-se, então, ao longo do percurso, que a imunidade primeva, que tinha por base silhuetas antropomórficas, abre espaço para uma imunidade de organicismo mais acentuado, passando o Estado a ser contemplado como um autêntico gerador de serviços públicos. Então, o propósito da imunidade de jurisdição do Estado é a proteção do exercício de funções estatais legítimas, dentro dos limites

da ordem jurídica internacional, o que permite compreender o conflito que se estabelece entre o instituto e as normas de *jus cogens*.

É importante evidenciar, dessa forma, a superação do princípio *par in parem non habet imperium*, que deu lugar à distinção entre atos de império e de gestão, seguindo uma linha de diferenciação entre imunidades de caráter absoluto e/ou restrito, respectivamente. Do mesmo modo, a evolução do direito internacional prossegue, com o enfrentamento da disputa entre imunidades e normas imperativas, tópico de indiscutível importância para o estudo da arguição de imunidade, que será mais à frente aprofundado.

#### 4 RECEPÇÃO DA DOUTRINA RESTRITIVA PELO DIREITO BRASILEIRO

O direito internacional limita os poderes dos Estados ao fazer da igualdade jurídica uma consequência da soberania. Daí decorre a obrigação de não-intervenção nos assuntos internos e a proibição de solucionar disputas sem o consentimento de todos os envolvidos. A obrigação de não-intervenção é efetivada através do reconhecimento pelo conjunto dos Estados da validade dos atos praticados pelos poderes constituídos de cada país em sua jurisdição. A exigência de consentimento para a solução de controvérsias é efetivada pela regra do esgotamento dos recursos internos ou pela possibilidade de deslocar a disputa para o plano internacional através de mútuo entendimento. Além disso, para cumprir com a obrigação de não-intervenção, cada Estado evita que suas cortes decidam disputas relacionadas a questões internas dos demais. Essa estrutura captura três princípios, aos quais a arguição de imunidade dá efeito: a) o princípio da jurisdição doméstica, que reconhece, em princípio, que a solução de disputas deve se dar no local onde as mesmas aconteceram; b) o princípio de que certas questões são melhor resolvidas no plano internacional do que submetendo um Estado às cortes de outro; c) o princípio da exaustão dos recursos internos, o que dá a cada jurisdição a possibilidade de resolver as questões a seu modo. Em síntese, a justificativa para a imunidade estatal é permitir a distribuição, da maneira mais adequada e aceitável para os interesses

envolvidos e para os fins da justiça, do poder jurisdicional entre o foro e os Estados estrangeiros (FOX, 2014, p. 338 e seg.).

No entanto, restringir o exercício da jurisdição ao que é aceitável para o Estado pode significar uma grave violação aos direitos dos particulares que com ele estabelecem algum tipo de relação. Assim, a imunidade se traduz pela impossibilidade de processar uma pessoa física ou jurídica perante certa jurisdição, ou pela impossibilidade do beneficiário de uma sentença judicial obter a sua execução forçada. No primeiro caso, o direito a um remédio judicial é descartado, no segundo, é a coisa julgada que se faz letra morta (BOUSSAROQUE; LEMÉTAYER, 2015, p. 23).

Nesse sentido forte, a imunidade pode ser compreendida como uma arguição procedimental preliminar feita no início de um processo judicial e que, se aceita, impede o exercício da jurisdição nacional provocada sobre o objeto do pleito e o desloca para outro processo de resolução, geralmente por via diplomática, sendo também possível o ajuizamento de ação nas cortes do próprio Estado que arguiu a imunidade. Sua razão de ser é evitar que cortes nacionais decidam sobre problemas internos de outros países e impedir que a solução de controvérsias por meio do consentimento seja substituída por decisões unilaterais, facilitando, com isso, os intercâmbios e preservando as relações pacíficas entre os Estados. No entanto, com o envolvimento crescente dos Estados em atividades comerciais, a prática internacional passou a reconhecer que o privilégio não deve significar uma barreira ao julgamento de questões nas quais o Estado assume posição análoga a de um particular (FOX, 2014, p. 336 e seg.).

Essas atividades consistiam na atuação do Estado em setores econômicos considerados, até o final do século XIX, como exclusivamente privados. Nesses setores, os Estados passaram a concorrer com indivíduos e empresas privadas, sustentando, apesar disso, a manutenção de suas imunidades nos processos decorrentes do exercício dessas atividades tipicamente privadas. Logo, percebeu-se que tal situação criava uma desvantagem injusta para os particulares e pessoas jurídicas de direito privado, o que levou ao questionamento da natureza absoluta das imunidades do Estado, surgindo assim, a teoria da imunidade restrita ou relativa, que concedia imunidade aos Estados pelos seus atos de natureza pública, mas a recusava

quando os atos em questão fossem de natureza privada ou comercial. Surgia, assim, a distinção entre atos de império e atos de gestão (DOLINGER, 1982, p. 10).

Reforçando o referido entendimento, Portela aduz que, entre fins do século XIX e a década de 1960, a doutrina passa a tratar da possibilidade do Estado estrangeiro ser submetido ao poder judiciário de outro Estado contra a sua vontade. A conclusão dessas reflexões foi a de que os Estados estrangeiros podem ser compelidos a responder perante a jurisdição do foro sob certas condições, as quais são sintetizadas pela teoria que busca sintetizar a distinção dos atos do Estado entre atos de império e atos de gestão (PORTELA, 2016, p. 189).

Os atos de império – *jure imperium* – são aqueles ligados à atuação do Estado concernente às prerrogativas soberanas, entre as quais é plausível mencionar os atos de guerra bem como os de deportação. Os atos de gestão – *jure gestionis* – dizem respeito à atuação do Estado no que se refere à esfera de ordem privada de seus atos.

É concebível afirmar, portanto, que estes últimos podem ser apreciados pelas autoridades judiciárias alienígenas, configurando a existência de uma imunidade relativizada, mantendo-se, é importante dizer, a imunidade para os atos de império.

No Brasil, o instituto do processo de relativização do conceito de imunidade ganha seus primeiros contornos tardiamente, é válido salientar. Segundo Madruga Filho, até 1989, o Supremo Tribunal Federal julgava pela imunidade absoluta dos Estados estrangeiros à jurisdição nacional, com fundamento em norma consuetudinária de direito internacional público. Essa concepção absoluta da imunidade soberana pode ser ilustrada com a decisão no caso Mafalda Nogueira, julgado pelo Supremo, em 1986, em que se negou à requerente o direito de ver julgada reclamação trabalhista contra um órgão do governo americano, a saber, a Agência dos Estados Unidos para o Desenvolvimento Internacional (*United States Agency for International Development - USAID*), para o qual a mesma trabalhara, em território brasileiro (MADRUGA FILHO, 2003, p. 172-173).

Frise-se que, somente no ano de 1989, acordando os Ministros do Supremo Tribunal Federal em dar provimento à Apelação nº 9.696-3 (BRASIL, 1989), foi afastada a imunidade de jurisdição. Segundo constava nos autos, Genny de Oliveira, no ano de 1976, havia proposto uma reclamação trabalhista contra a Representação da República Democrática Alemã, a fim de pleitear a anotação na carteira profissional de seu falecido marido dos dados relativos ao contrato de trabalho. E não somente isto, pleiteou, outrossim, as alterações havidas na vigência do contrato, desde o ano de 1970 até o ano de 1975, mormente, em relação ao salário.

O Ministro Francisco Rezek, em voto concernente à Apelação mencionada, ao fazer referência à arguição de imunidade, declarou que a aludida regra costumeira, antiga e sólida, a que o Plenário constantemente fez referência, já não existia desde a década de 1970. Ou seja não era mais possível, àquela época, afirmar a existência de uma regra sólida do direito internacional costumeiro a sustentar a imunidade de jurisdição absoluta dos Estados,

ainda mais quando países relevantes como Estados Unidos, Reino Unido e diversos outros deixaram de pautar-se por ela (BRASIL, 1989).

Nesse ponto, a decisão se refere à carta enviada, em 1952, por *Jack Tate*, Consultor Jurídico em Exercício do Departamento de Estado Americano, ao Procurador Geral desse país, recomendando que os tribunais dos Estados Unidos abandonassem a prática de conferir imunidade jurisdicional absoluta a Estados estrangeiros. O documento ficou conhecido como *Tate Letter* (TATE, 1952). A doutrina restritiva foi incorporada à legislação americana, em 1976, com a edição do *Foreign Sovereign Immunities Act*.

No que toca ao Reino Unido, o mesmo mudou sua posição com o julgamento do caso *The Philippine Admiral*, em 1977, pelo *Privy Council*, no qual este tribunal reinterpretou o julgamento proferido no caso *The Parlement Belge*, quase cem anos antes, para excluir a imunidade de embarcações pertencentes a Estados estrangeiros, mas utilizadas exclusiva ou predominantemente para fins comerciais. Logo em seguida, ao julgar o caso *Trendtex v. Central Bank of Nigeria*, em 1978, a *Court of Appeal* recusou pedido de imunidade em benefício do Banco Central da Nigéria, que deixara de honrar um título de crédito, pelo fato de sua constituição autônoma torná-lo uma entidade distinta do Estado nigeriano e, o que mais interessa, pelo fato do direito britânico não mais reconhecer imunidade de jurisdição em processos relativos a atividades comerciais. Estes desenvolvimentos conduziram à promulgação do *State Immunity Act* em 1978, que consagrou a abordagem restritiva ao tema da imunidade de jurisdição (FOX, 2014, p. 340).

Firmou-se, então, gradativamente ao longo da segunda metade do século XX, o entendimento de que atos referentes à seara civil, comercial ou trabalhista – atos privados em sua essência, por assim dizer – são considerados atos de gestão, e, desse modo, não se encontram albergados pela imunidade de jurisdição estatal.

Nesta senda, importa trazer à baila a decisão no RE 222.368, relatado pelo Ministro Celso de Mello, em que este afirma que privilégios diplomáticos não podem ser invocados em processos trabalhistas, pois isso conduziria ao enriquecimento sem causa de Estados estrangeiros às custas de trabalhadores residentes em território brasileiro, pois o reconhecimento de imunidade nessas condições consagraria um sério desvio ético e jurídico, incompatível com a boa fé e com os principais postulados do direito internacional (BRASIL, 2002).

E não somente isto, o próprio Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do Ag 139.671-DF, proferiu decisão unânime, cujo acórdão sintetizou que a imunidade do Estado estrangeiro em causas trabalhistas “[...] revestir-se-á de caráter meramente relativo e, em consequência, não impedirá que os juízes e Tribunais brasileiros conheçam de tais controvérsias e sobre elas exerçam o poder jurisdicional que lhes é inerente” (BRASIL, 2002).

Salienta-se, outrossim, que, após o fenômeno de privatização de atividades econômicas antes consideradas como tipicamente estatais, notou-se um movimento contrário ao vislumbrado a partir da atuação do Estado no comércio privado, adotando, dessa forma, os atos de império e os atos de gestão interpretações sujeitas a mutações tendo vistas a atender as demandas sociais conforme estas condizem com sua evolução (ALMEIDA, 2016, p. 528).

A jurisprudência brasileira, apesar de posicionar-se timidamente a respeito de atos comerciais, vem apresentando alguns julgados no sentido de reforçar a ideia da relativização da imunidade de jurisdição no tocante a atos comerciais – inseridos nos atos de gestão ou *jure gestionis*, conforme citado alhures. Nesse sentido é a posição esboçada pelo Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, como relator no Agravo 757/DF, no qual afirmou que, na hipótese em análise no caso, em que a recorrida pretende receber crédito devido ao fornecimento de vidros para a construção da Chancelaria da República Socialista da Tchecoslováquia, em Brasília, não há que se aplicar as prerrogativas da imunidade de jurisdição, uma vez que se trata de assunto “[...] marcadamente rotineiro e de natureza comercial, que não isenta a recorrente de se ver demandada, quanto ao ponto, perante a Justiça brasileira [...]” (BRASIL, 1990).

Por todo o exposto, importa frisar que apesar de o tema “imunidade de jurisdição do Estado” ter tido, no Brasil, seu marco através do aparato jurisprudencial, com cerne nos *international usages*, o ordenamento jurídico pátrio é assente quando da adoção da teoria que diferencia entre atos de império e atos de gestão, tendo por consequência a distinta aplicabilidade da prerrogativa de imunidade à jurisdição brasileira conforme os atos dos Estados estrangeiros se enquadrem numa ou noutra dessas categorias.

## 5 COSTUME INTERNACIONAL COMO FUNDAMENTO CONTEMPORÂNEO DA IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO DO ESTADO

Atualmente, a imunidade de jurisdição dos Estados rege-se pelo direito internacional e não deve mais ser considerada uma emanção da soberania estatal, protegida por princípios de cortesia e reciprocidade. É evidente que a *comitas* e a reciprocidade têm um papel a desempenhar na prática do instituto, mas não são a sua razão de ser.

Segundo Madruga Filho, a máxima *par in parem non habet imperium* é a fonte histórica da prerrogativa de imunidade de jurisdição dos Estados soberanos e sintetiza a concepção medieval de que entre indivíduos do mesmo estrato social não é possível o exercício de autoridade, o que implica que tal exercício é prerrogativa de um juiz superior. Assim sendo, o princípio é corolário da noção de igualdade jurídica e, aplicado o raciocínio ao direito internacional, a conclusão é a da inexistência de autoridade entre Estados soberanos e iguais que, conseqüentemente, são imunes à jurisdição uns dos outros. Um soberano não pode julgar a conduta de outro. Essa

antiga lógica é reproduzida de forma automática até os dias de hoje (MADRUGA FILHO, 2003, p. 178-183).

Madruga Filho questiona esse automatismo. Em sua visão, é possível que o direito dos Estados à imunidade não tenha fundamento no princípio da igualdade soberana. Ele principia seu raciocínio comentando que não mais se questiona, como antes, a possibilidade de exercício da jurisdição do Estado foro sobre as relações jurídicas decorrentes de atos de gestão do Estado estrangeiro. Somente permaneceriam resguardados pela imunidade absoluta os atos praticados no exercício de prerrogativas soberanas, os ditos atos de império. No entanto, prossegue ele, um Estado estrangeiro não deixa de ser soberano ao praticar atos de gestão, e a sua submissão à jurisdição do Estado foro nesses casos em nada afeta o gozo de suas prerrogativas políticas. Logo, deve-se resolver se o conceito de soberania mudou ou se a submissão à jurisdição do foro em caso de atos de gestão não afeta a igualdade entre os Estados. Madrugua considera a última assertiva menos honesta, considerando mais razoável compreender a questão como decorrente de uma alteração na concepção de igualdade soberana (MADRUGA FILHO, 2003, p. 184-187).

Atribuir imunidade ao Estado como decorrente da imunidade atribuída ao soberano é um anacronismo. Ajuda a compreender a evolução da norma consuetudinária do direito internacional, mas não auxilia na aplicação contemporânea da prerrogativa estatal de imunidade de jurisdição (MADRUGA FILHO, 2003, p. 188-189).

Assim, para compreender, adequadamente, as mudanças no instituto da imunidade de jurisdição do Estado, deve-se perceber que tais mudanças só podem ser ditadas pelo direito internacional, ao qual pertence a regência do conceito de soberania. É o direito internacional que explica o desenho atual da soberania estatal e que permite compreender as alterações que a prerrogativa soberana enfrentou de modo a ter exercício compatível com as regras que ditam os comportamentos dos Estados na sociedade internacional.

Madruga Filho desenvolve sua explicação para o fenômeno da imunidade a partir de quatro assertivas: o direito do Estado à imunidade jurisdicional não é absoluto; o direito à imunidade é estabelecido pelo direito internacional em favor dos

Estados; um Estado não perde sua soberania ao praticar atos de gestão (ficção equivocada); a regra *par in parem non habet imperium* segue válida, mas não é o fundamento da imunidade de jurisdição do Estado. O fundamento é norma consuetudinária do direito internacional público que pode ser verificada sem necessidade de apelar ao princípio da igualdade. Igualdade soberana e imunidade de jurisdição são parte do acervo de direitos dos Estados soberanos. Para Madruga Filho, só é possível fundar no princípio da igualdade soberana a concepção absoluta da imunidade de jurisdição. Para absorver as exceções à imunidade absoluta, é necessário abandonar a igualdade soberana como fundamento, ou admitir que a mesma resta violada, ou, pior, sacar da ficção de que o julgamento por atos de gestão em nada afeta a soberania estatal, que tem sido a solução mais frequente (MADRUGA FILHO, 2003, p. 190-192).

A solução proposta é a mais razoável, pois permite que o instituto mude por meio da evolução da prática internacional juridicamente vinculante, i.e., o costume internacional, sem que seja necessário atingir o princípio da igualdade soberana.

É evidente que o julgamento de um Estado estrangeiro pela prática de atos de gestão afeta a sua soberania. No entanto, essa possibilidade é definida pelo direito internacional, regente dos conceitos jurídicos de igualdade soberana e de imunidade de jurisdição. Pois o princípio da igualdade soberana como base da imunidade é válido para a compreensão histórica da formação do instituto, mas não auxilia em sua interpretação e aplicação sistemáticas no seio da ordem internacional contemporânea. Nos dias de hoje, vale ressaltar, aos pilares clássicos da igualdade soberana e do livre consentimento, veio somar-se a categoria das normas imperativas do direito internacional, bem como a categoria das normas *erga omnes*, que embora não possuam a força das primeiras, explicam a regência universal das relações internacionais por meio das normas do direito internacional geral.

Madruga Filho destaca que não se deve confundir a fonte histórica, i.e., a evolução do princípio *par in parem*, com a fonte formal, o direito costumeiro. Assim, o princípio da igualdade soberana permanece intacto, logo, não deve ser o

fundamento da imunidade. A regra consuetudinária é a única fonte formal do direito das imunidades do Estado (MADRUGA FILHO, 2003, p. 196-198).

A Corte Internacional de Justiça, no julgamento do caso Alemanha v. Itália, em 2012, corrobora o entendimento acima, ao apontar que o Direito Internacional não é estático, mas que deve atender as demandas da sociedade, levando em consideração suas transformações temporais e a própria evolução do sistema jurídico, sob a regência do direito internacional costumeiro, *verbis*:

The Court therefore holds that the action of the Italian courts in denying Germany the immunity to which the Court has held it was entitled under customary international law constitutes a breach of the obligations owed by the Italian States to Germany (INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, 2012, § 107).

---

Na sentença supramencionada, tem-se, ademais, que [...] national courts have to determine questions of immunity at the outset of the proceedings, before consideration of the merits. Immunity cannot therefore, be made dependent upon the outcome of a balancing exercise of the specific circumstances of each case to be conducted by the national court before which immunity is claimed (INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, 2012, § 106).

---

Concluimos, retornando ao voto de Rezek, no caso Genny de Oliveira, em que desenvolve seu raciocínio a partir do tratamento do instituto pelo direito costumeiro, para ao cabo afirmar, com relação ao instituto da imunidade de jurisdição do Estado que “[...] O quadro interno não mudou. O que mudou foi o quadro internacional. [...]”. Dito de outra forma, é o direito internacional que rege e determina a evolução do direito das imunidades, não a ordem interna dos Estados, sua cortesia ou sua conveniência (BRASIL, 1989).

Portanto, se a regência da imunidade de jurisdição dos Estados deve ser alterada para privilegiar a efetividade das normas imperativas do direito internacional, essa mudança deve ser promovida por meio de transformações na ordem jurídica internacional, seja pela via costumeira, seja pela via convencional. Assim, não se admite que um Estado possa, unilateralmente, arrogar-se a

competência para julgar os delitos internacionais praticados por outro Estado soberano sem estar violando o direito vigente.

## 6 CONCLUSÃO

Pelo exposto, cabe ressaltar, preliminarmente, que a imunidade de jurisdição do Estado originou-se através de reservas no tocante à submissão ao julgamento de um soberano perante outro. No entanto, paulatinamente, essa submissão ganhou uma nova roupagem, passando a estar relacionada à necessidade de salvaguardar a função oficial dos cargos concernentes à altivez estatal em detrimento do antropomorfismo do múnus a que antes pertencia.

Sua origem histórica remete ao princípio *par in parem non habet imperium*, que veda o exercício de autoridade entre soberanos iguais entre si, tomando, por assim dizer, uma apreensão absolutista, configurada pela supremacia do governante e pela não-submissão ao poderio externo.

Válido é ressaltar, nesta seara, o julgamento do caso *Schooner Exchange v. MacFaddon*, responsável por trazer as primeiras balizas jurídicas acerca da percepção das obrigações decorrentes da igualdade soberana entre Estados. Essa decisão trouxe, também, ainda que apenas como *obiter dicta*, as primeiras reflexões sobre as possíveis restrições a essa prerrogativa soberana, tornando perceptível a noção que caracteriza o instituto nos dias de hoje.

A atuação do Estado, quando este assume posição equivalente à posição de um particular, enseja, posteriormente, a criação de uma doutrina restritiva, visando a preservação de relações pacíficas interestatais bem como a preservação dos direitos das pessoas jurídicas de direito privado, surgindo, assim, a distinção entre atos *jure imperium* e atos *jure gestionis*, sendo aqueles imunes por terem seus atos natureza pública, e estes, não imunes, por pertencerem à esfera privada ou comercial.

O ordenamento jurídico brasileiro recepcionou a relativização, em tela, somente no ano de 1989, após a propositura de uma reclamação trabalhista por Genny de Oliveira contra a Embaixada da República Democrática Alemã, referente ao

pleito por anotação na carteira profissional de seu marido de dados relativos a contrato de trabalho firmado com aquela representação diplomática.

Anteriormente, é importante salientar, o referido fenômeno da teoria restritiva já abarcava os Estados Unidos, vide carta enviada por Jack Tate ao Procurador Geral daquele país, em 1952, recomendando que os tribunais americanos abandonassem a prática absolutista da imunidade de jurisdição de Estado, ficando o documento conhecido como *Tate Letter*, avocando uma nova mentalidade: atos civis, comerciais ou trabalhistas não mais se encontrariam encerrados pela imunidade de jurisdição estatal, por serem, gradativamente, reputados *jure gestionis*.

Em tempos atuais, o instituto é regido pelo direito internacional, não sendo mais considerado oriundo exclusivamente do Estado e de seu poderio por excelência. Nesse sentido, destaca-se que a imunidade de jurisdição do Estado é, atualmente, regulada pelo Direito Internacional, via normas de origem costumeira. O automatismo anacrônico mencionado ao longo do exposto, em referência ao *par in parem non habet imperium*, interpretado em seu sentido mais absoluto sucumbiu face às necessidades decorrentes da evolução das relações entre Estados e entre Estados e particulares ao longo do século XX.

Vale ressaltar que o Estado não interrompe sua soberania ao praticar atos de gestão, mas que isso não implica em automática isenção à jurisdição estrangeira em toda e qualquer relação jurídica que ele estabeleça. Assim, compactua-se com o pensamento de que o direito internacional está em constante mutação, para fins de atender às demandas sociais, conduzindo e estipulando as transformações temporais e evolutivas necessárias à ordem internacional contemporânea, não se atendo a quaisquer parâmetros estatais internos nem a quaisquer resquícios pretéritos relacionados a regalias ou outras prerrogativas de ordem pessoal.

Portanto, acima das conveniências isoladas dos Estados, consolidam-se normas de direito costumeiro internacional que regulam a matéria e o necessário equilíbrio entre as prerrogativas estatais e os direitos dos indivíduos ao amparo da justiça.

## REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Paula Wojcikiewicz. Imunidades jurisdicionais do Estado perante a Corte Internacional de Justiça: uma análise a partir do caso Alemanha vs. Itália. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 12, n. 2, p. 516-541, Ago. 2016. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1808-24322016000200516&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322016000200516&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 20 fev. 2017.
- BOUSSAROQUE, Pierre; LEMÉTAYER, David. L'immutité souveraine de l'État: la pratique française. In: PETERS, Anne; LAGRANGE, Evelyne; OETER, Stefan; TOMUSCHAT, Christian (Eds.). **Immunities in the age of global constitutionalism**. Leiden: Brill Nijhoff, 2015. 366p. p.23-31.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 757/DF**. Agravante: República Socialista da Tchecoslováquia. Agravado: Vitral-Vidros Planos Ltda. Relator: Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Julgamento em 21 de agosto de 1990. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num\\_registro=198900107704&dt\\_publicacao=01-10-1990&cod\\_tipo\\_documento=](https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=198900107704&dt_publicacao=01-10-1990&cod_tipo_documento=)>. Acesso em: 21 fev. 2017.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Apelação Cível nº 9.696-3/SP**. Apelante: Genny de Oliveira. Apelada: Embaixada da República Democrática Alemã. Relator: Min. Sydney Sanches. Julgamento em 31 de maio de 1989. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=25118>>. Acesso em: 21 fev. 2017.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário nº 222.368/PE**. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento em 28 de fevereiro de 2002. Informativo STF, Brasília, 4 a 8 de março de 2002, n. 259. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo259.htm>>. Acesso em: 06 fev. 2017.
- DOLINGER, Jacob. A imunidade jurisdicional dos Estados. **Revista de Informação Legislativa do Senado Federal**, v.19, n.76, p.5-64, out./dez. 1982. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/181435>>. Acesso em: 09 abril 2017.
- MADRUGA FILHO, Antenor Pereira. **A renúncia à imunidade de jurisdição pelo estado brasileiro e o novo direito da imunidade de jurisdição**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- FOX, Hazel. International law and restraints on the exercise of jurisdiction by national courts of States. In: EVANS, Malcolm D. (Ed.). **International Law**. 4. ed. Oxford: Oxford, 2014. 873 p. p. 338-376.
- INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. **Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy; Greece Intervening)**. Judgment of 3 February 2012. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/143/16883.pdf>>. Acesso em: 12 abr. 2017.
- PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado: Noções de Direitos Humanos e de Direito Comunitário**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

SOARES, Guido Fernando Silva. Imunidade de jurisdição: evolução e tendências. **Revista CEJ**, v.19, p. 10-17, 2001.

SOUSA, Mônica Teresa Costa. Imunidade de jurisdição de estado estrangeiro: aspectos doutrinários e a jurisprudência brasileira. **Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, p. 140-154, jan. 2000. ISSN 2177-7055. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15442/14005>>. Acesso em: 30 jan. 2017.

TATE, Jack B. Changed Policy Concerning the Granting of Sovereign Immunity to Foreign Governments. **The Department of State Bulletin**, v. 26, n. 678, p. 984-985, 1952. Disponível em: <<https://archive.org/details/departmentofstatx2652unit>>. Acesso em: 02 mar. 2017.

TIBÚRCIO, Carmen. A decisão da Corte de Haia no caso Alemanha x Itália. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-mar-19/decisao-politica-corte-internacional-haia-alemanha-italia>>. Acesso em: 06 fev. 2017.

TROOBOFF, Peter. Foreign State Immunity: emerging consensus on principles. **RCADI**, v. 200, p. 239-431, 1986.

UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. **The Schooner Exchange v. McFaddon**. Judgment of 24 February 1812. (Oxford Public International Law). Disponível em: <<http://www.peacepalacelibrary.nl/collection/e-resources/databases/>>. Acesso em: 29 jul. 2015.

VERHOEVEN, Joe. Considérations sur ce qui est commun. **RCADI**, v. 334, p. 9-434, 2008.

**A JURISDIÇÃO INTERNACIONAL E O CASO SADDAM HUSSEIN<sup>1</sup>**  
**THE INTERNATIONAL JURISDICTION AND THE SADDAM HUSSEIN**  
**CASE**

**Palavras-Chave:** Saddam Hussein; Direitos Humanos; Comunidade Internacional.

**Key-Words:** Saddam Hussein; Human Rights; International Community.

## **1 INTRODUÇÃO**

Indubitavelmente, para os iraquianos, a data de 08 de julho de 1982 será, para sempre, lembrada. Por conta deste dia específico, ocorreram desdobramentos imensuráveis para a história do Iraque e seu povo, gerando marcas que não apenas cicatrizaram o país, mas também a humanidade.

Em que pese tratar-se de um ditador, qual seja, Saddam Hussein, deve-se nunca ignorar sua condição humana e o seu pertencimento ao reino dos *Sapiens*, uma vez que as mazelas que este realizou contra a humanidade não destituem sua essência de homem, ou seja: de sujeito de direitos.

Por conta, inclusive, do grande festejo na consagração Direitos Humanos como forma de organização internacional e sua presença nas Constituições de inúmeros Estados Soberanos, estes deveriam ser, sempre, alcançados, ou ao menos almejados. Quando se trata de um indivíduo que possui uma vida pregressa pouco favorável – tal como um criminoso comum – todavia, padece de dificuldades a aplicação dos Direitos Humanos.

Verdade é que, poder-se-ia, perfeitamente, falar sobre casos emblemáticos como o de Adolf Eichmann, executado em Jerusalém em 1962 por um tribunal constituído de juízes israelenses – o mesmo povo que este contribuiu para o seu genocídio em épocas nazistas. Embora na década de 1960 não houvesse dispositivos de mídia suficientes para divulgação deste julgamento, já se realizavam condenações por Tribunais de Exceção.

Todavia, algo semelhante ocorreu nos anos 2000, em meio à prosperidade da *internet* e da globalização, sob o olhar popular pela imprensa. Observa-se que a questão

---

<sup>1</sup> Giovanna Cordeiro Saldanha Braga é graduanda em Direito na Universidade Estadual do Maranhão.

dos Tribunais de Exceção não se restringe a criar um tribunal para julgar certa pessoa ou certos crimes. Em verdade, trata-se, majoritariamente, de entregar o vencido aos seus vencedores, de forma que seja propiciado à população enfurecida o ócio do circo ao observar seu opressor, finalmente, sendo oprimido, ignorando-se quaisquer de seus direitos – afinal, trata-se de um ditador.

Contudo, cabe observar como o evento de 30 de dezembro de 2006, o assassinato perpetrado sob a guarda da lei de Saddam Hussein, conseguiu, sem dúvidas, desmoralizar a ordem jurídica internacional, tratados e convenções diversos, instituições globais e os direitos humanos, dentre os quais o princípio (caríssimo) do devido processo legal. Ainda assim, diversamente de seus fins, conseguiu contribuir, assustadoramente, com o aumento do terrorismo islâmico e o ódio dos radicais pelo ocidente, bem como com a islamofobia, que se dissemina por todo o globo.

Por isso, segue este trabalho em divisão atenta, para que, embora longe da profundidade merecida do tema, possa-se compreender o julgamento de Saddam Hussein, findado com a sua morte – que pode ser encontrada na *internet* –, e suas repercussões.

## 2 O MASSACRE DE DUJAIL

Historicamente, o Iraque e o Irã possuem uma relação conturbada, principalmente regada por questões religiosas. A divisão da religião islâmica em correntes xiitas e sunitas permitem que as desavenças sejam constantes, observados os princípios distintos que cada grupo defende. Estas se refletem na política.

Após o término da Guerra Irã-Iraque, em 1982, o então novíssimo presidente do Iraque, Saddam Hussein, passou nas cidades de seu país a fim de comemorar e agradecer àqueles que lutaram pelo dito país, que saiu vitorioso da guerra.

Para tanto, o presidente sunita, pertencente ao partido Ba'th, teria, também, de passar pela cidade de Dujail, local de grande concentração xiita. Não obstante, membros do partido Dawa, entidade com características terroristas que aglomeravam iraquianos xiitas, preparavam-se para colocar Hussein numa emboscada devidamente planejada:

A conservative Shiite religious party, Dawa, with an armed wing that had mounted terrorist attacks against Mr. Hussein's government, had strong support in Dujail, and saw in his visit a chance to avenge the government's killings of hundreds of Dawa leaders and sympathizers. The plotters named the mission Operation Bint Huda, after the sister of Dawa's founder, Ayatollah Muhammad Bakr al-Sadr, a prominent Shiite cleric. The two were executed in 1980.<sup>2 3</sup>

O enorme comboio de Saddam, com aproximadamente trinta carros, desfilava pelas ruas de Dujail em 08 de julho de 1982. Prestes a se retirar e retornar à Bagdad, capital do Iraque, o comboio presidencial sofreu um ataque: jovens xiitas começaram a atirar contra o carro onde se encontrava o presidente iraquiano, levando à morte imediata dois de seus guarda-costas.

Obviamente, a represália do governo recentemente vitorioso não poupou munição, muito menos vidas. Foram mais de quatro horas de troca de tiros, os quais seguiram a tentativa de homicídio do presidente.

Contudo, Saddam não dizimou seus algozes de imediato: prosseguiu-se por julgamento por mais de dois anos, até que, ao final, fossem mortos mais de cento e quarenta e oito xiitas envolvidos no episódio, enquanto aproximadamente duzentos outros remanesçam desaparecidos até os dias atuais.

Dentre as técnicas utilizadas no julgamento, referente à Dujail, aplicadas nos envolvidos, estava a tortura, frios assassinatos, e, aos poucos que sobreviveram, sentença à pena de morte por enforcamento. Naquele momento, o que importava para

---

<sup>2</sup> BURNS, John F. *A Town That Bled Under Hussein Hails His Trial*. The New York Times: 03 jul. 2005. Disponível em < <http://www.nytimes.com/2005/07/03/world/middleeast/a-town-that-bled-under-hussein-hails-his-trial.html>>. Acesso em 22 ago. 2017.

<sup>3</sup> Em tradução da autora: Um partido religioso conversador xiita, Dawa, com uma ala armada que havia planejado ataques terroristas contra o governo do Senhor Hussein, tinha grande suporte em Dujail, e via na sua visita a chance de vingar as centenas de mortes feitas pelo governo de líderes e simpatizantes do Dawa. Os conspiradores nomearam a missão de Operação Bint Huda, em homenagem à irmã do fundador do Dawa, Ayatollah Muhammad Bakr al-Sadr, um promitente clérigo xiita. Os dois foram executados em 1980.

Hussein era importar o modelo totalitarista ao Iraque, de forma a não ser “somente” um presidente, mas sim algo mais poderoso: um ditador. É claro que, em acordo com Hannah Arendt:

... as formas de governo sob as quais os homens vivem são muito poucas; foram descobertas cedo, classificadas pelos gregos, e demonstraram rara longevidade. Se aplicarmos esses dados, cuja ideia fundamental, a despeito de muitas variações, não mudou nos dois milênios e meio que vão de Platão a Kant, somos imediatamente tentados a interpretar o totalitarismo como forma moderna de tirania, ou seja, um governo sem leis no qual o poder é exercido por um só homem. De um lado, o poder arbitrário, sem o freio das leis, exercido no interesse do governante e contra os interesses dos governados; e, de outro, o medo como princípio da ação, ou seja, o medo que o povo tem pelo governante e o medo do governante pelo povo – eis as marcas registradas da tirania no decorrer de toda a nossa tradição.<sup>4</sup>

O desrespeito às normas de Direitos Humanos pelo autoritarismo não foram criações de Saddam Hussein quando do Massacre de Dujail. Subsistem esses princípios como maneiras de um governo totalitário permanecer firmemente no poder. A reação de Saddam foi típica de uma ditadura. Todavia, tal fato não despertou o interesse da comunidade internacional à época, sendo tido como apenas mais um ato de selvageria dos países menos desenvolvidos. Conforme o pensamento de Arendt, o equívoco, contudo, é pensar se tratar de simples impulso selvagem:

---

<sup>4</sup> ARENDT, Hannah. *As origens do totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p. 612-613.

Se é verdade que os monstruosos crimes dos regimes totalitários destruíram o elo de ligação entre os países totalitários e o mundo civilizado, também é verdade que esses crimes não foram consequência de simples agressividade, crueldade, guerra e traição, mas do rompimento consciente com aquele *consensus iuris* que, segundo Cícero, constitui um ‘povo’, e que, como lei internacional, tem constituído o mundo civilizado nos tempos modernos, na medida em que se mantém como pedra fundamental das relações internacionais, mesmo em tempos de guerra. Tanto o julgamento moral como a punição legal pressupõem esse consentimento básico; o criminoso só pode ser julgado com justiça porque faz parte do *consensus iuris*, e mesmo a lei revelada de Deus só pode funcionar entre os homens quando eles a ouvem e aceitam.<sup>5</sup>

O Massacre de Dujail nunca ganhou a devida repercussão em épocas pretéritas. Em conformismo com a realidade, o que ocorria no Iraque sob a égide do regime de Hussein não era muito importante em termos humanitários. O Oriente Médio, regra geral, é grande exportador de petróleo ao ocidente – e um dos maiores importadores do petróleo iraquiano era os Estados Unidos –, recebendo a região atenção pura e simplesmente nessa seara.

Assim, os referidos fatos remanesceram silenciados por décadas, até um novo acontecimento vir à tona: a *Operation Iraqi Freedom*. Esta ingênua operação fora cabeceada pelos Estados Unidos, junto à Grã-Bretanha, Austrália e a Polônia – a Coalisão. Seu propósito era invadir o Iraque, em 2003, sob a missão de “to disarm Iraq

---

<sup>5</sup> Ibid. p. 614.

of weapons of mass destruction, to end Saddam Hussein's support for terrorism, and to free the Iraqi people”<sup>6</sup> 7.

As consequências desastrosas oriundas das ações das Forças de Coalisção trariam à tona novamente o pretérito Massacre de Dujail, em circunstâncias, no mínimo, surpreendentes, conforme dissertar-se-á adiante.

### 3 A FORMAÇÃO DO TRIBUNAL IRAQUIANO E O JULGAMENTO DE SADDAM HUSSEIN

Fato que ficou mundialmente conhecido foi a invasão das tropas dos Estados Unidos ao Iraque, em 2003. Inflamados pelos ataques de 2001, procederam a invasão sem que se levasse em conta os conselhos das Nações Unidas e da comunidade internacional em não a realizar. Todavia, a “*Operation Iraqi Freedom*” parecia ter, além disso, um interesse implícito, exposto pelo presidente estadunidense à época, George W. Bush, de ocidentalizar o Iraque:

Em 2003, os americanos invadiram e dominaram o Iraque em um tempo impressionantemente reduzido. Em seguida, porém, surgiu a questão: o que fazer com a vitória? A resposta veio na forma da decisão ousada de criar uma nova nação, de apaziguar os conflitos entre grupos étnicos e religiosos que habitavam o solo iraquiano, substituindo a ditadura por um governo democrático. Essa tarefa extraordinária encontrou forte resistência. Enquanto tentavam impor a democracia e uma versão própria de estabilidade social, na chamada ‘manutenção da paz’, Estados Unidos e Grã-Bretanha e outros aliados

---

<sup>6</sup> BUSH, George. *President Discusses Beginning of Operation Iraqi Freedom*. The White House: 22 mar. 2003. Disponível em <<https://georgewbush-whitehouse.archives.gov/news/releases/2003/03/20030322.html>>. Acesso em: 31 ago. 2017.

<sup>7</sup> Em tradução da autora: Para desarmar o Iraque das armas de destruição em massa, para acabar com o apoio de Saddam Hussein ao terrorismo, e para libertar o povo iraquiano.

perderam mais vidas do que na rápida conquista militar em 2003.<sup>8</sup>

Todavia, criar uma nova nação sob um regime ditatorial não era possível. Em verdade, desde o início, os Estados Unidos deixaram clara a sua intenção de destituir Saddam Hussein e implantar uma democracia no Iraque por meio, primeiramente, de um governo provisório, o que foi de pronto realizado, observada a fuga de Hussein para locais desconhecidos.

Evidentemente, haviam mais interesses por trás disso. Não se tratava apenas de implantar a democracia, mas também de punir o ditador que, por décadas, havia imposto um governo totalitário e em desacordo com os Direitos Humanos. Para o alcance de seus fins, a Coalisão tomou para si a maioria dos poderes de Estado, incluindo o Legislativo:

Although the IGC (Iraq Governing Council) was proclaimed as assuming a transitional parliamentary role, the CPA was in fact the real bearer of authority in the country, having the power to veto all the decisions of the IGC, leaving the later with practically no lawmaking powers. Exceptionally, however, the CPA granted temporary legislative authority to the IGC to formulate a law establishing a tribunal for the most serious crimes perpetrated by

---

<sup>8</sup> BLAINEY, Geoffrey. *Uma breve história das guerras*. 1. ed. São Paulo: Editora Fundamento Educacional Ltda, 2014. p. 194.

the regime of Saddam Hussein since its ascent to power in 1968.<sup>9</sup>

10

286

Em virtude disso, “... the Statute was approved by the IGC establishing the Iraqi Special Tribunal for Crimes against Humanity (Iraqi Special Tribunal) on 10 December 2003”<sup>11</sup>.

Logo após, em 13 de dezembro de 2003, Saddam Hussein foi capturado na cidade de Tikrit pela *Operation Red Dawn*, escondido em um buraco, numa fazenda<sup>12</sup>. Estava o antigo presidente pronto para ser levado à julgamento por uma novíssima Corte criada pelo “novo Iraque”, a qual já nascera violando princípios básicos de dignidades em processo penal e direitos humanos, tais como a vedação aos tribunais de exceção e a irretroatividade da lei penal.

Embora a Corte Especial Iraquiana tenha sido criada num contexto no qual os Estados Unidos exerciam sua autoridade no Iraque, a própria Constituição Provisória, de relativa autonomia, vedava as atitudes que coadunaram na sua criação, sob enorme contradição:

Following the entry into force of the Iraqi Special Tribunal, the IGC adopted on 8 March 2003 the ‘Transitional Administrative Law’ (TAL), which has hailed as an interim constitution intended to be an instrument for governing Iraq upon restoration of sovereignty on 30 June 2004 until a permanent constitution

---

<sup>9</sup> Em tradução da autora: Enquanto o Conselho de Governo do Iraque (CGI) foi proclamado para assumir uma tarefa parlamentar transitória, a Coalisão era, de fato, a real portadora da autoridade no país, tendo o poder de vetar todas as decisões do CGI, deixando, depois, com praticamente nenhum poder de fazer leis. Excepcionalmente, contudo, a Coalisão deferiu temporariamente a autoridade legislativa ao CGI para que este formulasse uma lei estabelecendo um tribunal para os crimes mais sérios praticados pelo regime de Saddam Hussein desde a sua ascensão ao poder em 1968.

<sup>10</sup> BANTEKAS, Ilias. *The Iraqi Special Tribunal for Crimes against Humanity*. The International and Comparative Law Quarterly. Vol. 54, no. 1 (Jan., 2005), pp. 237-253. Disponível em <<http://www.jstor.org/stable/3663365>>. Acesso em 29 jul. 2017. p. 239.

<sup>11</sup> Em tradução da autora: ... o Estatuto foi aprovado pelo CGI estabelecendo a Corte Especial Iraquiana para Crimes contra a Humanidade (Tribunal Especial Iraquiano) em 10 de Dezembro de 2003.

<sup>12</sup> KREITNER, Richard. *December 13, 2003: Saddam Hussein is Captured*. The Nation: 13 dec. 2015. Disponível em <https://www.thenation.com/article/december-13-2003-saddam-hussein-is-captured/>. Acesso em 22 ago. 2017.

could be adopted. (...) Article 48(A) of the Tal states that ‘the [Iraqi Special] Statute exclusively defines its jurisdiction and procedures, notwithstanding the provisions of this Law’. Moreover, Article 15(I) of the TAL is unequivocal in that ‘special or exceptional courts mat not be established’<sup>13 14</sup>.

Deve-se frisar, no momento, que a impossibilidade de que Saddam Hussein fosse entregue ao Tribunal Penal Internacional é proveniente da não-adesão do Iraque ao Estatuto de Roma, o qual estabeleceu o referido Tribunal. Isto demonstra, indubitavelmente, a dificuldade da comunidade internacional em dar eficácia aos direitos humanos onde mais se precisam deles, bem como sobre a amplitude dos paradigmas próprios gerados pelo relativismo cultural.

Mesmo assim, a criação de uma Corte Especial, com os fins claros e específicos de punir o ex-presidente Saddam pelos seus crimes passados, é inaceitável sob o ponto de vista dos Direitos Humanos e da Comunidade Internacional, muito embora pouco tenha sido realizado para evitar os fins drásticos do julgamento.

Desde o dia de sua captura até o dia em que foi entregue à julgamento, 30 de junho de 2004, Saddam permaneceu sob a guarda das forças da Coalisão por motivos estrategistas de segurança<sup>15</sup>. Em 30 de junho de 2004, Saddam e outros sete membros do partido Ba’th<sup>16</sup> foram entregues à Corte Especial Iraquiana sob a denúncia da morte de cento e quarenta e oito xiitas, em 08 de junho de 1982, na cidade de Dujail.

<sup>13</sup> Em tradução da autora: Após a entrada em vigor do Tribunal Especial Iraquiano, a CGI adotou, em 8 de Março de 2003, a ‘Lei Administrativa de Transição’ (LAT), que foi aclamada como uma Constituição Interina planejada para ser um instrumento para governar o Iraque até a restauração de sua soberania em 30 de Junho de 2004 até que uma Constituição permanente pudesse ser adotada. (...) Artigo 48 (A) da LAT estabelece que ‘o [Especial Iraquiano] Estatuto exclusivamente define sua jurisdição e procedimentos não obstante a disposição desta Lei’. Além disso, Artigo 15(I) da LAT é inequívoco no que ‘especiais ou excepcionais cortes não deverão ser estabelecidas’.

<sup>14</sup> BANTEKAS, Ilias. *The Iraqi Special Tribunal for Crimes against Humanity*. The International and Comparative Law Quarterly. Vol. 54, no. 1 (Jan., 2005), pp. 237-253. Disponível em <<http://www.jstor.org/stable/3663365>>. Acesso em 29 jul. 2017. p. 239.

<sup>15</sup> CNN Library. *Saddam Hussein Trial Fast Facts*. CNN, 12 mar. 2017. Disponível em <<http://edition.cnn.com/2013/10/30/world/meast/saddam-hussein-trial-fast-facts/index.html>>. Acesso em 15 ago. 2017.

<sup>16</sup> São eles: Barzan Ibrahim al-Tikriti, meio irmão de Saddam e ex-Chefe de Inteligência; Taha Yassin Ramadan, ex-Vice-Presidente; Awad Hamed al-Bandar, ex-Chefe Juiz; Abdullah Kadhém Roweed Al-Musheikhi, Membro Oficial do Partido Ba’ath; Mizher Abdullah Roweed Al-Musheikhi, filho de Abdullah Kadhém, Membro Oficial

Acerca dos juízes que iriam compor o referido tribunal, materialmente de exceção, o Estatuto criado previu certos requisitos:

It has been pointed out that appointments to the Tribunal can only be made from Iraqi nationals and non-Ba'ath members. The first criterion, that of Iraqi nationality, encompasses all those persons whose citizenship was withdrawn by the Hussein regime on discriminatory grounds, in accordance with Article 11(D) and (E) of the TAL. Moreover, on the basis of Article 4(d) of the Tribunal's Statute, the IGC, if it deemed necessary, could have appointed non-Iraqi judges with experience in the crimes stipulated in the Statute. (...) By the time of the first hearing on 1 July 2004 all the members of the judiciary were Iraqis.<sup>17 18</sup> (246-247).

Todavia, a identidade dos juízes que vieram a julgar Hussein não foi revelada, sob pretexto de segurança. O contrário ocorreria em casos levados à jurisdição internacional, ao revés do ocorrido, sem se macular a garantia de imparcialidade do juiz e de justo juízo. O julgamento, como um todo, foi marcado por diversas violações aos direitos mínimos humanos. Em análise crítica, Luiz Flávio Gomes disserta que:

---

do Partido Ba'ath; Ali Daeem Ali, Membro Oficial do Partido Ba'ath; Mohammed Azawi Ali, Membro Oficial do Partido Ba'ath.

<sup>17</sup> Em tradução da autora: Foi enfatizado que a nomeação para o Tribunal só poderia ser feita por nacionais iraquianos que não fossem membros do partido Ba'ath. O primeiro critério, a nacionalidade Iraquiana, incluem todas as pessoas cuja cidadania foram retiradas pelo regime de Hussein por motivos discriminatórios, em acordo com o Artigo 11(D) e (E) da LAT. Além disso, na base do artigo 4(d) do Estatuto do Tribunal, o CGI, em casos de extrema necessidade, poderia nomear juízes não-Iraquianos com experiências nos crimes estipulados no Estatuto. (...) No tempo da primeira oitiva em 1º de Julho de 2004, todos os membros do Judiciário eram Iraquianos.

<sup>18</sup> BANTEKAS, Ilias. *The Iraqi Special Tribunal for Crimes against Humanity*. The International and Comparative Law Quarterly. Vol. 54, no. 1 (Jan., 2005), pp. 237-253. Disponível em <<http://www.jstor.org/stable/3663365>>. Acesso em 29 jul. 2017. p. 246-247.

Esse modelo de Justiça é primitivo porque não respeita os princípios garantistas mais elementares: princípio do juiz natural, proibição da criação de tribunais de exceção, julgamento imparcial, irretroatividade da lei penal etc. Lamentável é que, passados mais sessenta anos desde Nuremberg, praticamente todas essas mazelas e anomalias estiveram presentes no julgamento de Saddam, que foi condenado por um tribunal de exceção, constituído pelos EUA em 2003. Durante o processo, três advogados foram assassinados, um expulso, um juiz foi substituído, as testemunhas não tinham nenhuma segurança etc. A interferência política no julgamento foi evidente, a ponto de seu resultado ter sido "antecipado" em dois dias, para "tentar" beneficiar Bush nas eleições gerais norte-americanas.<sup>19</sup>

Chegou-se, inclusive, ao ponto de Saddam Hussein alegar tortura por parte da Coalisão: “ I have been beaten on every part of my body, and the marks are still all over me. (...) We were beaten by the Americans and tortured, every one of us”<sup>20 21</sup>. Todavia, pouco importaram as alegações de agressões primitivas pelos vencedores ocidentais: em 05 de novembro de 2006, Saddam Hussein foi condenado à morte por enforcamento pelo Massacre de Dujail.

A configuração do recurso da sentença, declarada em 05 de novembro de 2006, não propiciava à defesa de Saddam Hussein tempo suficiente para elaborar uma apelação adequada. Soma-se o curioso fato da procrastinação da Promotoria em fornecer aos advogados de Hussein os documentos necessários para formulação do

---

<sup>19</sup> GOMES, Luiz Flávio. *Julgamento de Saddam Hussein: exemplo de justiça primitiva*. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862. Teresina, ano 11, n. 1267, 20 dez. 2006. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/9294>>. Acesso em 31 ago. 2017.

<sup>20</sup> Em tradução da autora: Eu fui agredido em cada parte do meu corpo, e as marcas ainda estão em toda minha pessoa. (...) Nós fomos agredidos pelos Americanos e torturados, cada um de nós.

<sup>21</sup> BURNS, John F. *Hussein Accuses U.S. Guards of Torture*. The New York Times, 22 dez. 2005. Disponível em <<http://www.nytimes.com/2005/12/22/world/middleeast/hussein-accuses-us-guards-of-torture.html?mcubz=0>>. Acesso em 18 ago. 2017.

apelo, o qual fora protocolado apenas em 04 de dezembro de 2006<sup>22</sup>. Em 26 de dezembro de 2006 a apelação foi negada e a sentença de morte foi mantida. Por não existirem mais recursos para Hussein, este foi enforcado em 30 de dezembro de 2006, finalizando-se, assim o julgamento.

#### 4 REPERCUSSÕES ATUAIS ACERCA DA MORTE DE SADDAM HUSSEIN

Mesmo que Saddam Hussein fosse um ditador, pelas estratégias típicas de seu regime ditatorial para manutenção de poder – como o medo e o terror –, o ex-presidente israelense, que era sunita, conseguia manter certa ordem no Iraque frente ao crescimento do terrorismo xiita na região. Após a sua morte, em verdade, não houve a profetizada democratização do Iraque, como almejaram os Estados Unidos. Os reflexos foram muito mais intensos e negativos aos planos, incluindo-se o fato da transformação de Saddam Hussein em mártir e na consagração do saudosismo do ex-ditador pela população.

As áreas, anteriormente ocupadas por membros do partido Ba'ath (partido de Saddam Hussein), após a sua morte, foram facilmente conquistadas por grupos xiitas terroristas, trazendo-se, assim, a expansão do terror em solo iraquiano e o sentimento saudosista:

"Das hätte es unter Saddam nicht gegeben", hört man im Irak derzeit immer öfter. Überall zwischen Euphrat und Tigris beklagen die Menschen die Situation, in der sich das Land befindet. "Die Gesetze werden nicht befolgt", sagt ein

---

<sup>22</sup> "Finally we were able to do it. (...) We had to hastily prepare the appeal because the court procrastinated in giving us the documents necessary for the submission in a bid to obstruct the appeal process" – al-Dulaimi, advogado de Saddam Hussein. Em tradução da autora: Finalmente nós estamos aptos a fazer isso. (...) Nós tivemos que preparar rapidamente o apelo por conta da procrastinação da Corte em nos fornecer os documentos necessários para a submissão numa tentativa de obstruir o processo de apelação. Disponível em <<http://www.independent.co.uk/news/world/middle-east/saddam-lawyers-appeal-former-presidents-death-sentence-427005.html>>. Acesso em 02 set. 2017.

Geschäftsmann in Basra. "Es ist wie in einem Dschungel, wo nur das Recht des Stärkeren zählt"<sup>23 24</sup>

Em 2008, após intensas críticas da população norte-americana, o então presidente, Barack Obama, decidiu por retirar as tropas americanas das terras iraquianas. O empreendimento havia sido uma tragédia. Conforme ensina o historiador Geoffrey Blainey:

Somente decorridos oito anos, as últimas tropas aliadas e americanas se retiraram. De volta aos Estados Unidos em 2011, os soldados ouviram do presidente Barack Obama: 'É mais difícil terminar do que começar uma guerra'. Apesar de sagaz, a afirmativa não se aplica a um conflito típico. A guerra havia começado com uma confiança justificada. No entanto, a tentativa 'pós-guerra' de impor a paz, ordem e harmonia foi estimulada por um excesso de confiança que hoje se percebe injustificável.<sup>25</sup>

Os reflexos do julgamento de Hussein foram ainda mais amplos. Muito embora não tenha sido confirmado pelo Governo Iraquiano, o Estado Islâmico declarou que havia assassinado o juiz Raouf Abdul Rahman, o mesmo que havia composto a mesa dos que sentenciaram Saddam Hussein à sua morte em 2006.<sup>26</sup>

Por conta disso, percebe-se, inclusive, que a tentativa da "Guerra ao Terror" e a coibição do avanço do terrorismo islâmico fracassada, ao menos em terras iraquianas,

<sup>23</sup> SVENSSON, Birgit. *Der Tod von Saddam Hussein – damals ein Freudenfest im Irak*. 30 dez. 2016. Disponível em < <http://p.dw.com/p/2V0rz>>. Acesso em 01 set. 2017.

<sup>24</sup> Em tradução da autora: "Isso não aconteceria com Saddam Hussein no poder" é uma frase que se ouve com cada vez mais frequência no Iraque. Por todos os lugares, as pessoas se queixam da situação em que o país se encontra. "As leis não são cumpridas", diz um homem de negócios em Basra. "É como numa selva, onde só vale a lei do mais forte".

<sup>25</sup> BLAINEY, Geoffrey. *Uma breve história das guerras*. 1. ed. São Paulo: Editora Fundamento Educacional Ltda, 2014. p. 194-195.

<sup>26</sup> CROSSLEY, Lucy. *Judge who sentenced Saddam Hussein to death 'is captured and executed by ISIS'*. Daily Mail, 22 jun. 2014. Disponível em < <http://www.dailymail.co.uk/news/article-2665360/Judge-sentenced-Saddam-Hussein-death-captured-executed-ISIS.html>>. Acesso em 02 set. 2017.

possui influência dos próprios norte-americanos. O terrorismo avança em passos largos.

Vale frisar, mais uma vez, não ser o objetivo do presente trabalho prestar apoio à regimes ditatoriais, mas tão somente apresentar reflexos acerca da intervenção de Estados uns nos outros, a falha da tentativa de salvação de uma nação, ao passo que o realizado, no fim, aumenta mais as mazelas sociais do que as diminui.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em virtude de todo o exposto, percebe-se que o julgamento de Saddam Hussein fora repleto de ilegalidades condenáveis pela jurisdição internacional, bem como de atentados claros aos Direitos Humanos. Todavia, em virtude de se tratar de um ex-ditador com históricos de crimes contra a Humanidade, sua morte tornou-se algo irrelevante, mesmo que violasse preciosos direitos. O Direito não resistiu a esta difícil prova à sua integridade.

Percebe-se que a comunidade internacional se queda inerte perante situações como as expostas, tal como um tribunal de exceção, embora entidades internacionais como o *Human Rights Watch* e o Estado do Vaticano tenham sido veementemente contra a pena de morte imposta a Hussein, de modo que as vozes contrárias ao ato têm, atualmente, significado tão-somente simbólico.

Decorrente disso, percebe-se que a soberania nacional do Iraque fora abalada por anos, enquanto perdurou a Guerra do Golfo, e a tentativa de importar o modelo ocidental de Direito ao oriente fracassou enormemente.

A questão da prevalência dos valores da ocidentalidade ou a relatividade das formas políticas sempre foi uma constante nas discussões acerca do Direito das Gentes. O Caso Saddam Hussein, contudo, corrobora à segunda tese, valendo-se citar Secondat Montesquieu, posto que o filósofo francês havia, em meados do século XVIII, defendido que cada Estado possuía uma maneira singular de organizar os seus governos, afastando qualquer absolutismo na defesa de um sobre outro: “o governo

mais conforme à natureza é aquele cuja disposição particular melhor se adapte à disposição do povo para o qual tenha sido estabelecido”<sup>27</sup>.

Por todo o exposto, visualiza-se que a morte de Saddam Hussein, embora comemorada pelos países ocidentais vencedores, foi manifestamente ilegal no sentido de violação extensa de Direitos Humanos e de princípios do Direito Internacional Público. Portanto, não existem garantias de que a comunidade internacional está imune a julgamentos outros do tipo, haja vista que os não-signatários do Estatuto de Roma não se submetem à jurisdição do Tribunal Penal Internacional, remanescendo-se em aberto o futuro da integridade dos direitos nos países que mais precisam efetivar leis de Direitos Humanos.

## 6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABDUL-ZAHRA; Qassim. *Saddam lawyers appeal former president's death sentence*. Independent, 4 dez. 2006. Disponível em < <http://www.independent.co.uk/news/world/middle-east/saddam-lawyers-appeal-former-presidents-death-sentence-427005.html>>. Acesso em 02 set. 2017.

ARENDDT, Hannah. *As origens do totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

BANTEKAS, Ilias. *The Iraqi Special Tribunal for Crimes against Humanity*. The International and Comparative Law Quarterly. Vol. 54, no. 1 (Jan., 2005), pp. 237-253. Disponível em < <http://www.jstor.org/stable/3663365>>. Acesso em 29 jul. 2017.

BAZZI, Mohamad. *How Saddam Hussein's Execution Contributed to the Rise of Sectarianism in the Middle East*. The Nation, 15 jan. 2016. Disponível em < <https://www.thenation.com/article/how-saddam-husseins-execution-contributed-to-the-rise-of-sectarianism-in-the-middle-east/>>. Acesso em 28 ago. 2017.

BLAINEY, Geoffrey. *Uma breve história das guerras*. 1. ed. São Paulo: Editora Fundamento Educacional Ltda, 2014.

BURNS, John F. *A Town That Bled Under Hussein Hails His Trial*. The New York Times: 03 jul. 2005. Disponível em <

<sup>27</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *Do espírito das leis*. São Paulo: Martin Claret, 2010, p. 26.

<http://www.nytimes.com/2005/07/03/world/middleeast/a-town-that-bleed-under-hussein-hails-his-trial.html>>. Acesso em 22 ago. 2017.

BURNS, John F. *Hussein Accuses U.S. Guards Of Torture*. The New York, 22 dez. 2005. Disponível em <

<http://www.nytimes.com/2005/12/22/world/middleeast/hussein-accuses-us-guards-of-torture.html?mcubz=0>>. Acesso em 18 ago. 2017.

BUSH, George. *President Discusses Beginning of Operation Iraqi Freedom*. The White House: 22 mar. 2003. Disponível em < <https://georgewbush-whitehouse.archives.gov/news/releases/2003/03/20030322.html>>. Acesso em: 31 ago. 2017.

CNN Library. *Saddam Hussein Trial Fast Facts*. CNN, 12 mar. 2017. Disponível em < <http://edition.cnn.com/2013/10/30/world/meast/saddam-hussein-trial-fast-facts/index.html>>. Acesso em 15 ago. 2017.

CROSSLEY, Lucy. *Judge who sentenced Saddam Hussein to death 'is caputed and executed by ISIS'*. Daily Mail, 22 jun. 2014. Disponível em < <http://www.dailymail.co.uk/news/article-2665360/Judge-sentenced-Saddam-Hussein-death-captured-executed-ISIS.html>>. Acesso em 02 set. 2017.

GARCIA, Bruna Pinotti; LAZARI, Rafael de. *Manual de Direitos Humanos*. Vol. un. Salvador: JusPodivm, 2014.

GOMES, Luiz Flávio. *Julgamento de Saddam Hussein: exemplo de justiça primitiva*. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862. Teresina, ano 11, n. 1267, 20 dez. 2006. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/9294>>. Acesso em 31 ago. 2017.

HUMAN RIGHTS WATCH. *Iraq: Saddam Hussein Put to Death*. 30 dez. 2006. Disponível em < <http://pantheon.hrw.org/legacy/english/docs/2006/12/30/iraq14950.htm>>. Acesso em 25 ago. 2017.

KREITNER, Richard. *December 13, 2003: Saddam Hussein is Captured*. The Nation: 13 dec. 2015. Disponível em <https://www.thenation.com/article/december-13-2003-saddam-hussein-is-captured/>. Acesso em 22 ago. 2017.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *Do espírito das leis*. São Paulo: Martin Claret, 2010.

SVENSSON, Birgit. *Der Tod von Saddam Hussein – damals ein Freudenfest im Irak*. 30 dez. 2016. Disponível em < <http://p.dw.com/p/2Vorz>>. Acesso em 01 set. 2017.

**MOBILIZAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL: Códigos voluntários das Corporações Transnacionais – Responsabilidades na proteção dos direitos humanos<sup>1</sup>**

**INTERNATIONAL LEGAL COLLABORATIVE ACTION: Voluntary Codes of Transnational Corporations - Responsibilities in the Protection of Human Rights**

**Palavras-Chave:** Direitos humanos. Corporações transnacionais. Códigos voluntários de conduta

**Key words:** Human rights. Transnational corporations. Voluntary codes of conduct

## **1 INTRODUÇÃO**

A globalização dos mercados, com a consolidação do pragmatismo econômico neoliberal acabou de certo com diversas fronteiras que serviam de obstáculo a proteção dos Direitos Humanos. Um exemplo de fronteiras consideravelmente superadas ainda no século passado, alvo de debates, foi a da soberania estatal, que se submeteu aos domínios materialistas do poder econômico e todos os benefícios que dele advém.

Em contrapartida, no curso evolutivo do mundo globalizado, os Estados alcançaram um novo paradigma, mais amplo e homogeneizador objetivando uma proteção de fato dos Direitos Humanos numa esfera global, figurada através das organizações ou sistemas internacionais de proteção que estão presentes em esferas locais, regionais e transnacionais, sendo prudentemente intituladas aqui como, mobilização jurídica internacional.

Esse esforço transnacional, teve início ainda no século XX com o advento da Organização das Nações Unidas (ONU) e ainda se desenvolve até hoje com novos desafios conceituais e materiais na garantia de direitos fundamentais do homem, tendo

---

<sup>1</sup> Pedro Nilson Moreira Viana é graduando em Direito pela Universidade Federal do Maranhão - UFMA. É membro pesquisador (Não Bolsista) do Programa de Ensino Tutorial PET Direito UFMA. Pesquisador do Núcleo de Estudos de Direito Constitucional NEDCUFMA.

sempre em vista sua dinamicidade em face de novos conflitos sociais e novas necessidades humanas (TURK, 1976, p.278)<sup>2</sup>.

Um dos paradigmas rompidos com relação a proteção de tais direitos – foi o de reconhecer que nesta realidade, o Estado-nação não detém exclusivamente a capacidade de violação (SANTOS e GARAVITO, 2005, p.283)<sup>3</sup>.

As corporações transnacionais são, neste contexto, atores privados potenciais violadores<sup>4</sup>. Essas empresas que não têm seus capitais originários especificamente deste ou daquele país necessariamente, podem, dentro deste sistema a partir de um ponto de vista econômico, ter seus componentes produzidos em diversas regiões do mundo e montados em alguma(s) localidade(s) (in)específica(s).

Motivadas pela busca da redução de seus custos de mão-de-obra, de impostos, de acesso a financiamentos mesmo em países mais pobres, objetivando maior competitividade custo/benefício e solidificação do mercado a que se destinam seus produtos e/ou serviços, as Corporações Transnacionais não raro desvirtuam os institutos jurídicos nacionais, violando sistematicamente os Direitos Humanos em detrimento de seu crescimento financeiro.

Essa aparente falta de “origem nacional” esvazia, de certa forma, laços jurídicos que poderiam responsabilizá-las objetivamente pelas violações cometidas, submetendo assim o ambiente internacional privado à uma complexa estrutura relacional multitudinária com pouquíssima regulamentação.

Daí advém a premente necessidade de um fortalecimento das instituições internacionais de proteção dos direitos humanos, das redes para defesa de causas transnacionais (*transnational advocacy networks*), e do ativismo transnacional a fim de contribuir para a evolução teórica e material da sociedade transnacional em especial no que tange ao advento de novos mecanismos impeditivos de violações que partem desses agentes privados (MARGARET e SIKKINK, 1998, p. 198).<sup>5</sup>

---

<sup>2</sup> TURK, Austin T. Turk. **Law as a Weapon in Social Conflict**: Social Problems, v. 23, 1976, pp. 276-291.

<sup>3</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa Santos; GARAVITO, César A. Rodriguez(Org.), **Law and Globalization from Below**: Towards a Cosmopolitan Legality, Cambridge, Cambridge University Press, 2005

<sup>4</sup> SANTOS, B. de Sousa, op. cit., p. 283.

<sup>5</sup> MARGARET E. Keck; SIKKINK, Kathryn. **Activists beyond Borders**: Advocacy Networks in International Politics, Ithaca and London, Cornell University Press, 1998;

De efeito, um mecanismo relevante que resultou da histórica mobilização de tais sistemas internacionais de proteção, e que busca (i) o cumprimento estrito de certos princípios ou, até mesmo, (ii) uma “certificação de qualidade” que externa a atitude ética na confecção de seus produto ou prestação de serviços, são os programas de ajuste estrutural conhecidos amplamente como códigos voluntários de conduta.

Podendo ser definidos, na acepção de (WICK, 2001)<sup>6</sup>, como verdadeiros “(...) *compromissos voluntariamente assumidos por companhias, associações ou outras entidades para promover padrões e princípios para a conduta de atividades empresariais no mercado(...)*”, as determinações feitas em um código de conduta são baseadas em um conjunto de princípios e decisões, com o objetivo de mantê-lo compatível às atividades econômicas para as quais se busca utilizá-lo.

Estes princípios e decisões de modo algum podem gerar regras que sejam contra a permanência da atividade no mercado, bem como não pode inviabilizar economicamente suas atividades. Assim, todos os pontos passivos da interação entre o setor e as questões a serem trabalhadas pelo código de conduta voluntário, são questões que, ao fim e ao cabo, todos os atores privados envolvidos consideram importantes que sejam mantidas e valorizadas (FRYNAS e PEGG, 2003, p.162)<sup>7</sup>.

Neste contexto, o estudo buscou analisar, a responsabilidade das corporações transnacionais (*como atores privados violadores de direitos humanos*) primordialmente, através do estabelecimento dos programas de ajuste estrutural (códigos voluntários de conduta) assim como, os possíveis instrumentos alternativos para restringir as ações violadoras de tais corporações, na realidade transnacional.

De maneira mais específica, buscou-se detalhar: (i) O contexto de violações de direitos humanos e os esforços transnacionais através dos sistemas de proteção para a garantia e promoção dos direitos humanos; (ii) A importância de atentar-se sobre as responsabilidades das Corporações Transnacionais, visto sérias preocupações acerca das violações de direitos humanos fundamentais; (iii) O estabelecimento dos códigos voluntários de conduta como instrumento protetor e as principais dificuldades de sua

<sup>6</sup> WICK, Ingeborg. **A comparative analysis of different codes of labour practice**. International Training Centre of the ILO, Turin August 21, 2001. Conference: "International Labour Standards, Globalization and Development of Framework Agreements" 13-24 Agosto, 2001. p.173 -211.

<sup>7</sup> FRYNAS, Jędrzej George. PEGG, Scott. **Transnational Corporations and Humans Rights**. New York: Palgrave Macmillan, 2003. p. 162.

implementação; *(iv)* Instrumentos alternativos para restringir as ações violadoras de direitos humanos por tais agentes transnacionais privados.

## 2 A ORIGEM DAS CORPORAÇÕES TRANSNACIONAIS NO CONTEXTO GLOBALIZADO E AS DIVERSAS JURISDIÇÕES NACIONAIS

A globalização consiste e arraiga-se nos mais diversos câmbios entre os diversos pontos do planeta. Ainda que os múltiplos intercâmbios existentes, abarcando povos e culturas distintas não seja um fenômeno atual, o que distingue a globalização e lhe atribui um caráter de especificidade é a intensidade desse intercâmbio que está ligado às novas tecnologias de comunicação e informação, fundamentando-se no paradigma neoliberal, visto que o processo *globalizador* teve início desde o século XVI.

Globalización representa, actualmente una nueva forma de homogeneizar la pluralidad[...] Y esa nueva homogeneización se realiza, precisamente, mediante el pragmatismo económico-financiero, mediante el control de la técnica y del monopolio de la información y de la comunicación.<sup>8</sup>

Assim como (FARIÑAS, 2006), NUNES (2003)<sup>9</sup>, segue parecida linha lógica, considerando que a globalização sobre vários aspectos, dentre eles, o fenômeno cultural e ideológico marcado pela massificação do pensamento único, fomenta a criação de um mercado mundial unificado graças ao desenvolvimento de sistemas de transportes e as tecnologias de informação, e, por fim, pelo domínio do capitalismo financeiro “(...) *na criação de um mercado único de capitais à escala mundial, que permite aos grandes conglomerados transnacionais colocar o seu dinheiro e pedir dinheiro emprestado em qualquer parte do mundo.*”

Portanto, o processo de globalização possui centro de ideologia no neoliberalismo, política que reprova a intervenção estatal na economia e preza sobretudo, pela autorregulação dos mercados. Ocorre que essa liberdade de mercado,

<sup>8</sup> FARIÑAS D., M.J. **Los derechos humanos**: desde la perspectiva sociológico-jurídica a la actitud postmoderna: DYKYNSON, 2006. p.10-23.

<sup>9</sup> NUNES, António José Avelãs. **Neoliberalismo e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.p.73-75.

mesmo que possa ter acarretado progressos econômicos, coordena à “*toque de caixa*” o aumento considerável da miséria e da desigualdade social.

É certo assinalar que a globalização pode, em diversos níveis, pôr em risco os direitos humanos fundamentais. Adotando esse raciocínio e considerando sua influência no processo de violação dos direitos humanos, Cecília Santos (2007)<sup>10</sup>, citando Boaventura Sousa Santos, relata que: “*Os Estados não continuarão sendo, no futuro visível, o principal foco para as lutas pelos direitos humanos, tanto na condição de violadores quanto de promovedores e garantidores de direitos humanos*”.

Com a intensa e rápida expansão das corporações transnacionais, tem-se percebido mundialmente, os efeitos desastrosos sobre a esfera de direitos humanos decorrentes da pouquíssima regulamentação no campo das multitudinárias relações internacionais privadas.

Quando os Estados não são os principais violadores de direitos humanos, estão impotentes para reagir em benefício dos indivíduos, muito por conta das diferenças de poder econômico e dos efeitos *backslash* sobre geração de emprego e renda que podem ser evidenciados na responsabilização ou “*superregulação*” dos Agente privado transnacionais.

PETERKE (2010)<sup>11</sup> ao repousar sobre as corporações transnacionais, assinala que nas últimas décadas elas vêm ganhando força e se transformando em um agente mais poderoso que muitos Estados-nação. A globalização da economia e o aumento de um domínio dessas corporações instituíram o clima adequado para os violadores corporativos de direitos humanos, que são conduzidos, sobretudo, pelos “*códigos de oferta-procura*”.

PETERKE ainda assinala que as transnacionais “*não cumprem suas responsabilidades sociais ou até abusam delas, por motivos diferentes, ostentando*

<sup>10</sup> SANTOS, Cecília McDowell. **Ativismo Jurídico transnacional e o estado**: reflexões sobre os casos apresentados contra o Brasil na comissão interamericana de direitos humanos. SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos. N. 7. Ano 4, p. 27-57, 2007. Disponível em : [http://www.surjournal.org/conteudos/getArtigo7.php artigo=7,port,artigo\\_santos.html](http://www.surjournal.org/conteudos/getArtigo7.php artigo=7,port,artigo_santos.html). Acesso em 21 nov. 2015.

<sup>11</sup> PETERKE, Sven (coord.) **Manual Prático de Direitos Humanos Internacionais**. Brasília: ESMPU (2010).

seu poder em detrimento de determinados grupos e indivíduos” (2010, p. 149)<sup>12</sup>. Daí, é apropriado apontar as transnacionais dentre os entes mais transgressores de direitos humanos na esfera internacional.

### 3 AS CORPORAÇÕES TRANSNACIONAIS E A RESPONSABILIZAÇÃO PELAS VIOLAÇÕES DOS DIREITOS HUMANOS

Não em detrimento dessas verdades factuais, diferentes são as pesquisas que advertem atentados sistemáticos aos direitos humanos perpetrados pelas empresas transnacionais, sendo os mais rotineiramente reportados – como aponta o último relatório da *Global Exchange 2013*<sup>13</sup>, casos de homicídio, tortura, trabalho escravo, discriminação racial, degradação ambiental, e até mesmo a privatização de águas.

Sob a égide da voluntariedade, ante a constatação de tais abusos na atividade dos atores transnacionais privados, diferentes são as iniciativas globais que tentam definir as responsabilidades sociais das corporações através de códigos de conduta ou de audiências públicas – alternativas estas que, por não ostentarem caráter imperativo, transfigurando-se em verdadeiras *soft laws*, dependem da “conscientização livre e espontânea” das empresas em cumprirem com as determinações por elas mesmas adotadas.

De efeito, o agente privado transnacional, movido pela competitividade, dificilmente exercerá indicação de caráter voluntário que possa, de alguma forma, diminuir o seu lucro. No que tange às ações coercitivas, observa-se fortes movimentos *lobby*<sup>14</sup>, face a elaboração das leis que produzem a conduta adequada a ser adotada

<sup>12</sup>PETERKE, Sven (coord.) op. cit., p149.

<sup>13</sup> Organização Internacional que anuncia periodicamente a lista das empresas violadoras de direitos humanos.

<sup>14</sup> As estratégias das TNCs têm reforçado o lobby empresarial na definição de normas técnicas e aumentado o seu poder de barganha frente aos órgãos de controle através de exemplos positivos de gestão empresarial. Estes últimos incluem o uso de padrões de emissão mais exigentes que os nacionais e a manutenção de incineradores ultramodernos oferecendo um serviço para as regiões onde as fábricas se situam. A auto-iniciativa das empresas é, além disto, vista com bons olhos pelos órgãos ambientais, já que reduz a sobrecarga de trabalho destes.

Ao mesmo tempo, ao se compromissar com normas de gestão e códigos de conduta, as TNCs passam a ser pressionadas para manterem sua palavra, sofrendo novos tipos de riscos bem como perdas, exemplificados acima pelo caso do escândalo da Fiat em Formiga e pelo caso do pesticida Baysistin da Bayer SA. Contudo, é clara a intenção de refrear o desenvolvimento legislativo, e a execução de políticas públicas fundamentais.

pelas empresas e que possibilitem o “movimento da jurisdição” de tribunais internacionais ante as violações.

A indústria busca padrões flexíveis para se adaptar às mudanças de mercado. A legislação, pelo contrário, visa proteger ao homem e ao meio ambiente através de padrões fixos e detalhados. Há casos, porém, em que, contradizendo seu discurso anti-legislativo, o grande empresariado procura estabelecer normas técnicas industriais avançadas, adaptando o mercado nacional às exigências de um mercado globalizado e às normas já correntes em países industrializados (GUEDES, 1993)<sup>15</sup>

Nesse sentido, Prioste e Hoshino (2009, p.13)<sup>16</sup>, em “Empresas Transnacionais no banco dos Réus”, analisam a atuação influenciadora das transnacionais quando:

É fato incontroverso que as transnacionais atuam juridicamente no campo dos direitos humanos para dificultar a elaboração de marcos normativos nessa área; agem na elaboração das normas processuais que dificultem a responsabilização por violações; na constituição de leis que lhes garantem direitos econômicos sobre bens culturais e da natureza;[...].Esse quadro, por si só, é suficiente para atestar que as transnacionais influenciam os marcos jurídicos nacionais e internacionais em direitos humanos. (Prioste e Hoshino, 2009, p. 13)

Muito comumente, algumas empresas atingem níveis de capital econômico que as permitem tornar-se simplesmente mais poderosas que muitos Estados-nação, passando a influenciar pesadamente no desempenho destes. Daí conclui-se que o

<sup>15</sup> GUEDES, A.L.M., “Programas ambientais de empresas multinacionais no Brasil Estudo de casos no setor químico”, Dissertação de Mestrado defendida no Instituto de Relações Internacionais, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 09 de agosto de 1993.

<sup>16</sup> PRIOSTE, Fernando Gallardo Vieira, HOSHINO, Thiago de Azevedo Pinheiro. **Empresas transnacionais no banco dos réus: violação de direitos humanos e possibilidades de responsabilização**. Curitiba: Terra de Direitos, 2009.

problema de constituir um corpo de normas cogentes encontra fundamentação na força política e econômica das corporações transnacionais.

De um modo geral, múltiplos mecanismos de âmbito nacional e internacional buscaram sistematizar instrumentos que permitissem uma quadra minimamente constituída de atuação jurídica contra as organizações transnacionais violadoras de direitos humanos.

Contudo, a falta de um corpo de normas imperativas que por seu turno reclama um processo legislativo lento e, muitas vezes, isolado, abre espaço para que as ações voluntárias apresentem-se enquanto alternativa face a atuação violadora de tais agentes.

#### **4 CÓDIGOS VOLUNTÁRIOS DE CONDOTA: UM PANORAMA GERAL DE SUA ESTRUTURA, ENTRAVES E EFICÁCIA**

Sendo geralmente definidos como "*regras mínimas para fixar as condições no local de trabalho*"(FREEMAN, 1994, p.36)<sup>17</sup>, os códigos de conduta estão incluídos de forma ampla no conceito de cláusula social, embora não estejam em um contrato comercial internacional e não sejam nenhum substituto para legislação internacional ou mesmo nacional.

Neste particular, os códigos de conduta, em seu momento de elaboração, não sofrem interferência direta dos governos nacionais, visto que suas origens se processam num território particular das corporações transnacionais: o espaço privado.

Em breve síntese, a companhia transnacional que codifica condutas busca, geralmente, observar padrões sociais no ambiente laboral do interior da sua linha de produção (LIEMT, 1998)<sup>18</sup>. No que toca ao conteúdo, os códigos de conduta contemplam matérias afetas aos direitos humanos. Quanto à sua eficácia, a principal

---

<sup>17</sup> FREEMAN, Richard B. A hard-headed look at labour standards. In: **International labour standards and economic interdependence**: Essays in the commemoration of the 75 anniversary of the International Labour Organization and the 50 anniversary of Declaration of Philadelphia. International Labour Organization. Geneva: International Institute for Labour Studies, p. 9-91, 1994.

<sup>18</sup> LIEMT, Gijbert Van. Production conditions and international trade: protection or protectionism? In: **The international Social Issue**: Social Dumping and Social Competition in the Global Economy. Ludo Cuyvers: Bart Kerremans .Eds, p.99-100, 1998.

questão é saber se estes preveem monitoramento ou fiscalização e suas relação com sindicatos de empregados e ONGs.

Há códigos de conduta que são simples e flexíveis equivalentes às declarações de intenções sendo considerados de natureza *interna corporis*. Contudo, outros são conhecidos por sujeitar à certificação externa do ISO 8000 (*International Organization for Standardization*), que é a certificação de responsabilidade social, ou outros tipos de monitoramento desde que externos, como – controle por sindicatos, ONGs e outros mecanismos de sistemas de proteção.

Estas declarações demonstram que as empresas incorporaram em suas diretrizes algumas prerrogativas de gestão, seja no âmbito ambiental, seja no laboral. A pergunta que surge é “em que medida estes preceitos são postos em prática”. Em geral, pode-se dizer que as diretrizes são formuladas de forma demasiado genérica, permitindo omissões importantes.

É possível perceber que a incorporação de um sistema de gestão e de diretrizes socioambientais nas *Transnational Corporations* – TNCs, vem produzindo inovações favoráveis ao meio ambiente e à segurança na proteção de acidentes.

Um outro elemento central no controle das diretrizes são as auditorias internas. Basicamente, é possível identificar teoricamente dois grandes métodos: uma equipe internacional de auditores da matriz visita as instalações industriais das subsidiárias, o que inclui uma “prova através da direção da empresa” e uma inspeção às fábricas.

Além disto, as subsidiárias podem também responder questionários detalhados, onde os impactos socioambientais estão incluídos. Por razões de custos

operacionais, entretanto, as inspeções têm uma duração extremamente curta se restringindo às questões de segurança de acidentes (HERBERG, 2001, p. 25)<sup>19</sup>.

Isto significa que, apesar das auditorias, as matrizes continuam dependendo fortemente do engajamento da direção das subsidiárias para alcançarem padrões de qualidade almejados.

Relevante exemplo tem-se o da Sociedade de Indústria de Vestuário, *Aparrel Industry Partnership*, criada em 1996 nos Estados Unidos, pela reunião de sindicatos, igrejas e ONGs, que pretendem monitorar fornecedores, contratantes, subcontratantes através de monitores externos sem ligações com a(s) corporação(ões) envolvida(s) na cadeia de produção/serviço.

Os códigos externos por seu turno, decorrem materialmente, muita das vezes, da simples e objetiva vontade administrativa da corporação transnacional, sendo, portanto, unilaterais. Os Negociados, são códigos em que são chamados para participar os sindicatos e as ONGs na fase de elaboração e na de aplicação.

Os códigos internos são códigos unilaterais, no sentido de que são emanados apenas da empresa interessada e representam uma declaração de intenções. É exemplo desses códigos o da *Levi Straus*. Nele não se reconhece direitos à livre associação e negociação coletiva, mas contém seis relevantes aspectos de emprego: (i) salários e benefícios; (ii) horas de trabalho; (iii) mão-de-obra infantil; (iv) trabalho forçado; (v) saúde e segurança; (vi) discriminação e, (vii) práticas disciplinares.

Já que possui estrutura avaliativa, a partir dos idos de 1994, a reconhecida marca LS&CO, reforçou o sistema de monitoramento, retirando-se de dois países (China e Birmânia) que comprovadamente utilizavam-se de trabalho em condições análogas à escravidão. O monitoramento levou a empresa a rescindir contratos firmados com trinta de seus fornecedores pelo mundo e obrigou a reformas forçadas das práticas de emprego em mais de cem outros fornecedores.

Os códigos de conduta, sendo eles externos ou não, pelas dificuldades de fiscalização e execução, comumente padecem incisivamente de eficácia. Outra dificuldade é que há uma tendência em fabricantes, no sentido de negarem

<sup>19</sup> HERBERG, M. “**Die Betriebe müssen ihre Hausaufgabe machen** – Auslandsaudits als Instrument der umweltbezogenen Selbstregulierung in transnationalen Konzernen”, FEU Werkstattberichte 2001/1, Forschungsstelle für Europäisches Umweltrecht, Universität Bremen, 2001.

responsabilidades pela exploração realizada pelos subcontratantes – “terceirizados”, que fabricam os produtos nos quais são apostas as marcas daqueles.

As grandes empresas, uma vez criticadas pela exploração de mão de obra sem respeito aos direitos humanos e aos direitos fundamentais, preferem cancelar os contratos com os fornecedores, ao invés de promover mudanças no sistema de trabalho.

Já muitas das questões que envolvem o respeito às normas do trabalho requerem custos altos para que sejam implementados, a opção mais barata (*a curto prazo*) é a mudança de locação da indústria para outra zona ou mesmo, país.

Ademais, nessa lógica, nenhum padrão de monitoramento independente é bem claro, pois as obrigações fixadas nos códigos de conduta, são enunciados de princípios típicos das normas previstas no direito internacional como *soft law*.

Significa dizer, muito embora o analisado, que o direito internacional hodiernamente contempla, normas programáticas que preveem políticas de atuação para o futuro, no que se inserem as metas sinaladas nos códigos de conduta.

Diante dos conteúdos dos códigos de conduta e sua evidente eficácia enquanto normas princípios, há de se encarar a adoção de códigos de conduta verdadeiramente como formas de mitigar e flexibilizar normas internacionais laborais; e do outro lado, como uma maneira de “*impelir*” a empresa e todos os envolvidos na atividade produtiva e sua cadeia, a uma atitude de reconhecimento de direitos humanos dos trabalhadores.

De forma mais objetiva, é possível destacar que os Códigos voluntários de conduta apresentam benefícios, bem como entraves, respectivamente, que precisam ser superados. Sua flexibilidade, adequabilidade à todo e quaisquer tipo de indústria, e a rapidez no seu processo de reconhecimento são pontos inovadores que trazem dinamicidade à proteção dos direitos humanos na lógica transnacional.

Em outro sentido, os diversos e até mesmo antagônicos padrões entre os códigos de conduta, o seu caráter elástico típico pela permissividade, fracos mecanismos de monitoramento e a parcial sujeição à modificações por parte das corporações, fazem com que a mobilização jurídica transnacional busque novos elementos alternativos para tentar suprir tais falhas.

## 5 OS PRINCÍPIOS ORIENTADORES DA ONU E AS *MULTI-STAKEHOLDERS* COMO INSTRUMENTOS ALTERNATIVOS NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

A historicidade dos direitos tratada por vários filósofos do Direito como Bobbio, Peces-Barba, Pérez, Luño, já trazia os novos conflitos sociais e as novas necessidades humanas como forças motrizes da geração dinâmica do direito através do tempo.

Outro elemento indissociável deste processo de construção social do direito, são os novos grupos ou movimentos organizados que baseados nos princípios democráticos, de autogestão, de diversidade, descentralização e apartidarismo, se desenvolveram muito em anos recentes.

Pelo fato de estarem mais próximos das particularidades, complexidades, fragmentações e interrelações da experiência e realidade fática, esses movimentos alternativos urbanos, ecológicos, pacifistas, étnicos, estudantis e mesmo as ONGs, integram-se como novos sujeitos coletivos de juridicidade. Característicos por serem compostos de indivíduos da Sociedade civil, esses grupos exercem papel mister no combate às violações aos direitos humanos.

Múltiplas partes interessadas (*Multi-stakeholders*) são organizações não governamentais – ONGs, Organizações da Sociedade Civil – OSCs, e outros grupos sociais que, guiados pelo parâmetros ‘*Proteger, Respeitar e Reparar*’, estão baseados em três pilares.

O primeiro deles é o dever do Estado em proteger contra violações dos direitos humanos por terceiros, incluindo empresas de negócios, através de políticas, normas e arbitragens apropriadas. O segundo reside na responsabilidade corporativa em respeitar os direitos humanos, ou seja, as empresas devem agir com a devida diligência para (i) evitar transgressões dos direitos de terceiros e (ii) abordar os impactos negativos com os quais elas estão envolvidas.

O terceiro é a necessidade de um maior acesso por parte das vítimas, a uma reparação eficaz, judicial e não judicial. Os Princípios Orientadores dentro destes parâmetros fornecem um útil quadro de referências para que esses grupos atendam às responsabilidades das empresas e justifiquem as exigências por condutas mais responsáveis nos negócios.

A iniciativa das múltiplas partes interessadas propicia válida interação nos processos econômicos dos agentes privados transnacionais, estabelecendo *standards* a fim de que sejam mais social, cultural, e ambientalmente sustentáveis, através de meios mais próximos e vigilantes à sociedade.

Um dos objetivos, através do “diálogo institucional” por esses agentes estabelecido, é melhorar a relação das empresas com a sociedade. No Brasil, esses esforços – pautados na atuação das múltiplas partes interessadas, ainda não surtiu efeito. Uma forte polarização entre empresas, ONGs e sindicatos permanece incisiva.

Um exemplo desta quadra, se dá com relação ao requerimento de participação do sindicato químico da Central Única de Trabalhadores (CUT) no programa Atuação Responsável implementado na *Badische Anilin & Soda Fabrik* – BASF BRASIL sediada em Guaratinguetá: ambos os lados encontram-se irreconciliáveis.

Enquanto as empresas dizem estarem abertas à participação, o sindicato afirma o contrário. Para a CUT isto demonstraria a exigua incredibilidade do programa Atuação Responsável por se tratar de uma “máscara”.

Destarte, apesar de tais dificuldades, os agentes *Multi-stakeholders* entendem como titulares de direitos cada ser humano e que, em contrapartida, todo ser humano é um ‘portador de dever’ correspondente. Um titular tem direito a reivindicar seus direitos, tem a responsabilidade de respeitar os direitos dos outros e sobretudo, tem o direito a responsabilizar o portador de dever de cuidado, e, neste ponto específico, as Corporações Transnacionais compartilham com os Estados nacionais multitudinárias responsabilidades na proteção dos direitos humanos.

## 6 CONCLUSÃO

Conclui-se da análise que o Estado, mesmo sendo o principal violador dos direitos humanos, por vezes não detém da possibilidade de responsabilização individual por ataques cometidos aos direitos humanos por parte dos agentes privados transnacionais.

Cediço que a expansão da proteção internacional dos direitos humanos é premente, tendo em vista as diversas necessidades humanas, desde já se requer a atualização das considerações e dos organismos de proteção, na acepção de conter violações cometidas por tais corporações.

A dificuldade encontrada para se alcançar a responsabilização internacional por violação aos direitos humanos pelas empresas transnacionais, está regulada sobretudo, ao fator da força econômica e política que possuem, fortalecendo o poder de *lobby* cometido contra a elaboração de normas que conduzem a regulação das atividades praticadas e a criação de políticas públicas. É em virtude desse poder político econômico que as tentativas de modificar as indicações em normas cogentes sempre encontram entraves.

O potencial da autorregulamentação reside, sobretudo, no fato de que tanto o engajamento como certas inovações dentro das empresas não podem ser alcançados de forma heterônima, ou seja, nem pela legislação, nem por pressões sociais – pois que há uma imensa “zona nebulosa” que permanece oculta para atores externos às fábricas (GLECKMAN, 1995, p. 98)<sup>20</sup> e quem melhor conhece os problemas das fábricas são seus próprios empregados.

Por essa razão, empresas e suas representações têm um papel insubstituível para estratégias eficientes de *global governance*, para complementar a legislação e o acompanhamento crítico da sociedade civil. Somente uma atuação conjunta desta tríade de atores parece alcançar um balanço apropriado para sustentar exigências econômicas, ambientais e laborais simultaneamente.

Mesmo dentro de um mesmo contexto político econômico desagregador, o desenvolvimento da política de direitos humanos pode ser diferente em cada um dos níveis de atuação do Estado.

É dentro dessa lógica que as ONGs e as demais entidades da sociedade civil que compõe os *Multi-stakeholders*, têm recorrido mais ao auxílio da Comissão Interamericana de Direitos Humanos – *CIDH* para pressionar o Estado Brasileiro, *e.g.*, a garantir e promover as normas estabelecidas pela Convenção Americana de Direitos Humanos e outros documentos.

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos, bem como outros grandes sistemas de proteção não obstinam substituir os sistemas jurídicos pátrios, mas eles oferecem espaço, cada vez mais crescente, para que ONGs e outros

---

<sup>20</sup> GLECKMAN, H. “Transnational Corporations’ Strategic Responses to Sustainable Development”, In: Green **Globe Yearbook**. Fridtjof Nansen Institute, Norway: Oxford University Press, pp.93-106, 1995.

grupos/movimentos de defesa e monitoramento, moldem a política existente na legislação e nas políticas públicas em direitos humanos.

Pode-se ainda acentuar que em detrimento das múltiplas formas, de permissividades e tolerâncias demasiadas em vistas a relação de benefício econômico e direitos fundamentais do homem, ambiente e trabalho; de comissões e outros instrumentos de monitoramento fracos e convenientes, os Códigos Voluntários de Conduta expressam uma “*soft law*”, declaram uma intenção de fazer promover e uma obrigação de não violar até o ponto cujo seu cumprimento não perturbe os princípios éticos e a lógica de modelo econômico pela Corporação Transnacional vinculada: o que, por sinal, constantemente acontece.

Destarte, os Códigos Voluntários de Conduta são instrumento válidos pois trouxeram à quadra a ideia de responsabilidade que tais corporações transnacionais compartilham com os Estados nacionais na proteção dos direitos humanos.

Nesse sentido, as múltiplas partes interessadas assumem papel complementar, monitorando com a imparcialidade da sociedade civil organizada, possíveis violações e reclamando tais direitos difusos nos sistemas internacionais ou regionais de proteção, impelindo os Estados à regulamentar tais atividades exercidas que potencialmente ensejam violações.

## REFERÊNCIAS

FARIÑAS D., M.J. **Los derechos humanos**: desde la perspectiva sociológico-jurídica a la actitud postmoderna: DYKYNSON, 2006. p.10-23.

FREEMAN, Richard B. A hard-headed look at labour standards. In: **International labour standards and economic interdependence**: Essays in the commemoration of the 75th anniversary of the International Labour Organization and the 50th anniversary of the Declaration of Philadelphia. International Labour Organization. Geneva: International Institute for Labour Studies, p. 9-91, 1994.

FRYNAS, Jędrzej George. PEGG, Scott. **Transnational Corporations and Humans Rights**. New York: Palgrave Macmillan, 2003. p. 162.

GLECKMAN, H. “Transnational Corporations’ Strategic Responses to Sustainable Development”, In: **Green Globe Yearbook**. Fridtjof Nansen Institute. Norway: Oxford University Press, pp.93-106, 1995.

GUEDES, A.L.M., “**Programas ambientais de empresas multinacionais no Brasil Estudo de casos no setor químico**”, Dissertação de Mestrado defendida no Instituto de Relações Internacionais, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 09 de agosto de 1993. \_\_\_\_\_ . “Práticas ambientais de empresas transnacionais no Brasil: redescobrimo o papel da interdisciplinaridade”, Faculdades Integradas, Curitiba, Paraná, Brasil, 1999.

HERBERG, Martin. “**Die Betriebe müssen ihre Hausaufgabe machen –** Auslandsaudits als Instrument der umweltbezogenen Selbstregulierung in transnationalen Konzernen”, FEU Werkstattberichte 2001/1, Forschungsstelle für Europäisches Umweltrecht, Universität Bremen, 2001.

LIEMT, Gijbert Van. Production conditions and international trade: protection or protectionism? In: **The international Social Issue: Social Dumping and Social Competition in the Global Economy**. Ludo Cuyvers: Bart Kerremans .Eds, p.99-100, 1998.

MARGARET E., Keck; SIKKINK, Kathryn. Activists beyond Borders: Advocacy Networks. In: **International Politics**. Ithaca and London: Cornell University Press, 1998;

NUNES, António José Avelãs. **Neoliberalismo e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.p.73-75.

PETERKE, Sven (coord.). **Manual Prático de Direitos Humanos Internacionais**. Brasília: ESMPU (2010).

312

PRIOSTE, Fernando Gallardo Vieira, HOSHINO, Thiago de Azevedo Pinheiro. **Empresas transnacionais no banco dos réus: violação de direitos humanos e possibilidades de responsabilização**. Curitiba: Terra de Direitos, 2009.

SANTOS, Boaventura de Sousa; GARAVITO, César A. Rodriguez (Org.). **Law and Globalization from Below: Towards a Cosmopolitan Legality**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005 p. 283.

SANTOS, Cecília McDowell. Ativismo Jurídico transnacional e o estado: reflexões sobre os casos apresentados contra o Brasil na comissão interamericana de direitos humanos. In: **SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos**. N. 7. Ano 4, p. 27-57, 2007.

TURK. Austin T. **Law as a Weapon in Social Conflict: Social Problems**, v. 23, 1976, pp. 276-291.

WICK, Ingeborg. **A comparative analysis of different codes of labour practice**. International Training Centre of the ILO. Turin August 21, 2001. Conference: "International Labour Standards, Globalization and Development of Framework Agreements" 13-24 Agosto, 2001.