



UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PROGRAMA DE PÓS- GRADUAÇÃO EM DIREITO



O ESTADO-NAÇÃO E A JURISDIÇÃO INTERNACIONAL:
ANALISE DAS BARREIRAS PARA IMPLEMENTAÇÃO DE UMA JURISDIÇÃO
COMPULSÓRIA NO PLANO INTERNACIONAL

PAUL HUGO WEBERBAUER

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

Direito Público

Recife

2006

PAUL HUGO WEBERBAUER

O ESTADO-NAÇÃO E A JURISDIÇÃO INTERNACIONAL:
ANALISE DAS BARREIRAS PARA IMPLEMENTAÇÃO DE UMA JURISDIÇÃO
COMPULSÓRIA NO PLANO INTERNACIONAL

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em
Direito da Faculdade de Direito do Recife / Centro de
Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco
como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre.
Área de concentração: Direito Público

Orientador: Prof. Dr. Aurélio Agostinho da Bôaviagem.

Recife

2006

CATALOGAÇÃO NA FONTE

W376e	Weberbauer, Paul Hugo. O Estado-Nação e a jurisdição internacional: análise das barreiras para implementação de uma jurisdição compulsória no direito internacional/ Paul Hugo Weberbauer._ Recife: o autor, 2006. 174 folhas Orientador: Aurélio Agostinho da Bôaviagem Dissertação (mestrado) – UFPE/ CCJ, 2006. Inclui bibliografia 1. Ordem jurídica internacional. 2. Teoria do Estado. 3. Estado (Direito internacional público). 4. Jurisdição internacional. 5. Soberania. 6. Tribunais internacionais. 7. Igualdade dos Estados. 8. Coação (Direito). 9. Veto. 10. Nação. I. Título..	
341.1	CDU (2 ed.)	UFPE
341.04	CDD (22 ed.)	BSCCJ2006-018

PAUL HUGO WEBERBAUER

O ESTADO-NAÇÃO E A JURISDIÇÃO INTERNACIONAL: análise das barreiras para implementação de uma jurisdição compulsória no plano internacional.

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife / Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial para obtenção do grau de mestre.

Área de concentração: Direito Público

Orientador: Prof. Dr. Aurélio Agostinho da Bôaviagem

A Banca Examinadora composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu o candidato à defesa em nível de Mestrado e a julgou nos seguintes termos:

Profa. Margarida Oliveira Cantarelli, Doutora em Direito (Presidente)

Julgamento: aprovado e/ou distinção Assinatura: [assinatura]

Prof. Marcos Costa Lima, Pós-doutor em Ciências Sociais (1º Examinador)

Julgamento: aprovado com distinção Assinatura: [assinatura]

Prof. Jayme Benvenuto Lima Jr., Doutor em Direito (2º Examinador)

Julgamento: aprovado e/ou distinção Assinatura: [assinatura]

MENÇÃO GERAL: aprovado e/ou distinção

Recife, 04 de outubro de 2006.

Coordenador do Curso:

Prof. Dr. Artur Stamford das Silva

AGRADECIMENTOS

Inicialmente gostaria de agradecer em especial aos os meus pais, Paul Hugo Ferdinand Weberbauer e Marly Dettmam Weberbauer, por todo o apoio a ingressar na vida acadêmica e por tudo mais.

Além dos meus pais, haveria uma gama de pessoas a agradecer que não caberiam aqui, então destaco meus agradecimentos ao meu mestre, o prof. Dr. Aurélio Agostinho da Boaviagem, pela confiança e pela paciência em realizar minha orientação; aos professores Dra. Margarida Oliveira Cantarelli, Dr. Sylvio Loreto, Dr. Andréas Krell, Dr. Sérgio Torres, Dr. Artur Stamford e Dr. Alexandre Damaia pelas preciosas lições na salas de aula da pós. Bem como ao Dr. Jayme Benvenuto Lima Jr. e Dr. Marcos Costa Lima pelos apontamentos e sugestões ao trabalho.

Também destaco o carinho e a receptividade de todo o corpo administrativo do programa de pós-graduação, que tornam o curso um dos melhores do Brasil.

Por fim, como não poderia deixar de mencionar, agradeço ao casal Nelson Matos e Deborah Matos, cuja insistência e apoio fizeram-me tentar a sorte no programa de mestrado do Recife.

“Não passaram mais do que 18 meses desde que vi o primeiro raio de luz, e três meses desde que a visão descoberta do glorioso sol irrompeu sobre mim! Eu triunfarei sobre a humanidade confessando honestamente que roubei os vasos dourados dos egípcios para construir um tabernáculo para meu Deus longe das terras do Egito. Se me desculparem, me alegrarei; se ficarem zangados, nada poderei fazer. O livro está escrito, a sorte está lançada. Não importa que seja lido agora ou pela posteridade. Pode muito bem aguardar um século por um leitor, como Deus esperou 6.000 anos por um observador”.

Johannes Kepler (1571-1630)

RESUMO

WEBERBAUER, Paul Hugo. **O Estado-nação e a jurisdição internacional:** análise das barreiras para implementação de uma jurisdição compulsória no plano internacional. 2006. 178f.. Dissertação de Mestrado – Centro de Ciências Jurídicas / Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife.

O objetivo é traçar uma análise acerca do problema que existe no plano das relações internacionais e no Direito internacional que impedem o estabelecimento de Tribunais de Justiça supranacionais. Para atingir tal objetivo, a análise inicia de uma breve abordagem histórica acerca do surgimento da estrutura contemporânea das relações internacionais: o nascimento do Estado-nação e a conseqüente transformação do direito internacional num direito interestatal. Delimitando assim os elementos que influenciam o poder soberano do Estado-nação no plano internacional, com destaque a figura da soberania e sua ligação com a idéia de jurisdição. Posicionada a relação entre soberania e jurisdição adentra-se na questão de delimitar o significado de jurisdição e de sua variante internacional (a dita jurisdição internacional), assentando as principais características que a envolvem para então estabelecer as barreiras à criação e o desenvolvimento de uma estrutura jurisdicional compulsória internacional, denominado pela doutrina de *vexata quaestio* do Direito internacional contemporâneo. Realizada estas delimitações, destacaram-se os seis principais problemas que envolvem a questão, as denominadas *barreiras* que são: (1) A formação do jurista em relação ao Direito internacional; (2) a exclusão do individuo como sujeito do direito internacional; (3) o domínio reservado do Estado (4) o problema da responsabilidade internacional; (5) a cláusula facultativa de jurisdição obrigatória; e (6) o Conselho de Segurança da ONU.

Palavras-chave: 1. Estado-Nação; 2. Jurisdição; 3. Direito Internacional.

ABSTRACT

WEBERBAUER, Paul Hugo. **The Nation-State and the international jurisdiction:** analysis of the barriers to the implementation of a compulsory jurisdiction on international plan. 2006. 178p. Master Degree – Centro de Ciências Jurídicas / Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife.

The objective is to analyze the barriers about the problem that exists in the international relations and international law that impede the creation of supranational Justice Tribunals. In order to attain this goal, the study starts with an historical analysis over the creation of the contemporaneous structure of international relations: the birth of the Nation-State to the consequently transformation of international law into an inter-state law. Establishing the elements that take influence over the sovereign state power in the international plane, with especial attention to the figure of sovereignty and jurisdiction. Positioned the relation between sovereignty and jurisdiction, the study enters in the question what is the meaning of jurisdiction and her concepts in the international law (the international jurisdiction), giving the principal characteristics over that institute, for them establish the barriers to the creation and development of a structure of compulsory jurisdiction in the International law, which the doctrine names to be the *vexata quaestio* of modern international law. Realized that delimitations were subject to analysis the six main problems that involves the question, the so called barriers: (1) the educational formation of the modern jurist in relation of the International law; (2) the exclusion of the individual as being subject of International law; (3) the State reserved domain question; (4) the problem of international responsibility; (5) the optional clause of obligatory jurisdiction; and (6) the Security Counsel of the UN.

Keywords: 1.National State; 2.Jurisdiction; 3.International Law.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLA

CFI – Court of First Instance

CIJ - Corte Internacional de Justiça.

CPJI – Corte Permanente de Justiça Internacional

CS – Conselho de Segurança

DIP – Direito Internacional Público

DIPrv – Direito Internacional Privado

EUA – Estados Unidos da América

IGC – Intergovernmental Conventions

OI – Organização Internacional

OMC – Organização Mundial do Comércio

ONU – Organização das Nações Unidas

SdN – Sociedade das Nações

sog. – *sogennant* (denominado)

TGE – Teoria Geral do Estado

TIM – Tribunal Internacional do Mar

TPI (CIC) – Tribunal Penal Internacional (Corte Internacional Criminal)

UNO – United Nation Organization

URSS – União das Republicas Socialistas Soviéticas

v.e. – via de exemplo

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
O ESTUDO: CONSIDERAÇÕES INICIAIS	13
METODOLOGIA: A ESCOLA TEÓRICA E O MÉTODO	16
1 O PROCESSO DE CONSOLIDAÇÃO DO ESTADO-NAÇÃO	22
1.1 O SIGNIFICADO E O SURGIMENTO DA FIGURA DO ESTADO	22
1.2 O SURGIMENTO DO ESTADO-NAÇÃO	24
1.2.1 A Paz de Vestefália de 1648: o Direito Público europeu	24
1.2.2 Compreendendo os motivos da Paz de Vestefália	25
1.3 O SISTEMA VESTEFALIANO: A EVOLUÇÃO DO ESTADO-NAÇÃO	29
1.4 O PROCESSO DE RACIONALIZAÇÃO DO ESTADO-NAÇÃO: HEGEL E O POSITIVISMO	37
1.4.1 O contexto histórico: o século XIX	37
1.4.2 O historicismo de Hegel: a passagem do <i>ius gentium</i> para o <i>ius inter gentes</i>	39
1.4.3 O positivismo voluntarista: o Estado-Nação sujeito do Direito Internacional	42
2 O ESTADO-NAÇÃO CONTEMPORÂNEO	47
2.1 O SIGNIFICADO DE ESTADO-NAÇÃO	47
2.2 AS CONDIÇÕES DE ESTATALIDADE	52
2.2.1 A aquisição de personalidade jurídica internacional	52
2.2.2 Uma população permanente: o elemento humano	56
2.2.3 Um território definido: o elemento espacial	59
2.2.4 Um governo	64

2.2.5 A capacidade de relação com outros Estados: a soberania	65
3 A JURISDIÇÃO INTERNACIONAL	85
3.1 O EMPREGO DA FORÇA E SEUS SIGNIFICADOS	85
3.1.1 Considerações acerca de Direito x força.....	85
3.1.2 Compreendendo o processo de centralização	87
3.1.3 O emprego da força no ordenamento jurídico nacional	90
3.1.4 O emprego da força na ordem jurídica internacional	92
3.2 A JURISDIÇÃO	101
3.2.1 Jurisdição como forma de heterotutela	101
3.2.2 A estrutura do poder estatal: os três poderes	102
3.2.3 As diversas acepções de Jurisdição	104
3.3 A JURISDIÇÃO INTERNACIONAL	109
3.3.1 As variações da jurisdição internacional.....	109
3.3.2 A jurisdição internacional nos tribunais nacionais	111
4 BARREIRAS A UMA JURISDIÇÃO INTERNACIONAL COMPULSÓRIA	121
4.1 AS BARREIRAS: O VOLUNTARISMO E A COMUNIDADE DE ESTADOS.....	121
4.2 A FORMAÇÃO DO JURISTA EM RELAÇÃO AO DIREITO INTERNACIONAL....	124
4.3 A EXCLUSÃO DO INDIVÍDUO COMO SUJEITO DO DIREITO INTERNACIONAL	128
4.4 O DOMÍNIO RESERVADO DO ESTADO-NAÇÃO	131
4.4.1 Delimitando o significado de domínio reservado.....	131
4.4.2 A teoria dos atos de governo	132
4.4.3 A jurisdição doméstica	133
4.4.4 A limitação de aplicação de normas jurídicas internacionais	140

4.5 O PROBLEMA DA RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL.....	148
4.6 A CLÁUSULA FACULTATIVA DE JURISDIÇÃO OBRIGATÓRIA.....	150
CONCLUSÃO.....	158
REFERÊNCIAS	160
INDICE DE AUTORES	169

INTRODUÇÃO

O ESTUDO: CONSIDERAÇÕES INICIAIS

[...] ‘Direito internacional’, o que o autor inglês Thomas Baty escreveu há cem anos, ‘é geralmente acordado como se tivesse algo a ver com Estados’ (Baty, 1930, p. 18). A branda ironia de que ‘é geralmente acordado’ e tivesse ‘algo a ver com’ é atualmente cada vez mais necessária do que na época em que Baty a escreveu, se é para conferir um sentido comum do que é o Direito internacional.¹ (WARBRICK, 2003, p. 206).

Não faz muito tempo, existiam aqueles eméritos juristas (hoje talvez substituídos por alguns políticos) que defendiam a idéia de que o Direito Internacional seria nada mais que uma espécie de moral positivada (AUSTIN apud SHAW, 2003, p. 3), não sendo digno do *status* de Direito, negando a juridicidade e compulsoriedade de qualquer regra, norma que não adviesse da vontade soberana de um Estado.

Pensamento que considerava como Direito todas aquelas regras e normas, que fossem emanadas de um ordenamento; ordenamento cujas características adviriam da estrutura de organização social (em sentido lato) denominada de Estado, modelo que se consolidou no século XIX como ideal de organização social dos povos independentes da época (em sua maioria, os impérios coloniais europeus).

A força desse modo de pensar durou até meados do século XX, quando a até então estável ordem internacional veio a ser abalada pelas duas grandes guerras mundiais, impondo aos pensadores desse século o desafio e responsabilidade de se depararem com os resultados

¹ Tradução livre do original em inglês: “[...] ‘International law’, the English author Thomas Baty wrote a hundred years ago, ‘its is generally agreed, has something to do with States’ (Baty, 1930, p.18). The mild irony of that ‘generally agreed’ and ‘something to do with’ is even more necessary today than it was when Baty was writing, if a proper grasp is to be had of international law.”

práticos dessa concepção absoluta do Estado e de Direito; ocasionando o surgimento, ou melhor, o renascimento das teorias que conferiam o *status* de Direito não somente àquelas normas e regras emanadas da vontade dos Estados, mas também àquelas que advinham de outras fontes: do costume, da razão comum, entre outras. Todas emergidas da nova realidade com as quais a comunidade internacional se deparava a cada passar do tempo, resultado direto do fluxo contínuo das transformações sociais (em sentido lato) inerentes à condição humana.

É nessa nova “velha” era do pensamento jurídico internacional que este estudo dissertativo se apresenta com a proposta de analisar as barreiras, os obstáculos à implementação de uma jurisdição internacional compulsória, isto é, analisar o que a maioria dos juristas internacionalistas denomina ser a *vexata quaestio* do Direito Internacional contemporâneo: a ineficiência da jurisdição internacional por meio de Tribunais internacionais (TRINDADE, 2002, p. 750).

Esta proposta, registre-se, não é nada inédita dentro da Ciência do Direito, uma vez que já se encontram menções na doutrina internacionalista sobre o assunto de um tribunal universal – por exemplo, a visão de “Suprema Corte do Mundo” com jurisdição inquestionável sobre conflitos internacionais de Scott (1939, p. 39); a necessidade de um tribunal internacional para o bom e eficiente funcionamento da então sociedade das nações de Campagnolo (2002a, p. 204), entre outros –, sendo, talvez, inédita, e ainda com ressalvas devidas à imensa literatura mundial sobre o Direito Internacional, a abordagem que se pretende realizar.

Uma abordagem que visa analisar diretamente a questão dos obstáculos que impedem a concretização desse ideal de Corte, de Justiça Mundial a partir do pensamento de que o Direito Internacional tem como vocação, não a proteção dos Estados, mas sim da condição humana (JAYME, 1995, p. 56), retomando em linhas gerais o modo de pensar do

jusnaturalismo racionalista, que imperou no final do século XVIII, principalmente na obra do filósofo alemão Kant.

Destarte, o objeto do estudo se desdobra em dois planos: um de caráter preliminar, tendo como objetivo principal ampliar a visão do leitor sobre o Estado em sua variante nacional e da Jurisdição Internacional, oferecendo, assim, uma espécie de matriz teórica para a análise que ocorrerá no segundo plano, que é a análise das seis principais barreiras para a implementação de uma jurisdição internacional compulsória, que são:

- a) a formação do jurista em relação ao Direito Internacional;
- b) a exclusão do Indivíduo como sujeito do Direito Internacional;
- c) o domínio reservado do Estado-Nação;
- d) O problema da responsabilidade internacional;
- e) a Cláusula facultativa de jurisdição obrigatória;
- f) o poder de veto do Conselho de Segurança da ONU.

Para esta primeira parte da Introdução, resta somente realizar duas ponderações iniciais sobre o assunto, as quais vão auxiliar a compreensão acerca da metodologia, ou o enquadramento metodológico que guiou o desenvolvimento deste estudo.

A primeira ponderação é a de que, ao se lidar com o Direito internacional, deve-se atentar que esse ramo da Ciência Jurídica é bem diferente dos demais ramos jurídicos, diferença que é decorrência da concepção do Direito internacional ainda se encontrar em um dos estágios primários de evolução. Tratando-se de um Direito essencialmente sem juiz, em que prevalece a figura da justiça privada, ou do direito de se realizar justiça com as próprias mãos (PELLET, 2004, p. 14), algo que somado à falta da devida atenção por parte dos juristas, cuja preferência nítida recai no direito interno, confere uma incerteza e imprecisão ao seu conteúdo (ARAÚJO, 2004, p. 19).

Ponderação cuja finalidade é alertar sobre a conflituosa imensidão que é o campo do Direito internacional, o qual podemos considerar como mais um dos inúmeros enigmas da História da Humanidade, como explica:

Um dos enigmas da história do direito internacional é de como um sistema jurídico poderia ter-se desenvolvido tendo por base o recurso inerente do Indivíduo em empregar a força (Guerra) como um instituto jurídico, deixando a decisão de promover guerra à essencialmente independente vontade de cada Estado e dando efeitos jurídicos às novas situações criadas pelo uso da força – criação de Estados, transferência de territórios e imposição de tratados. O vencedor tendo o direito legal de ditar os termos de paz ao derrotado.² (WARBRICK, 2003, p. 216).

A outra ponderação necessária é a da proximidade entre o Direito internacional e as Relações internacionais, resultado direto, cada vez maior, da politização do Direito internacional por parte dos governos contemporâneos, implicando diretamente no tom idealista que se tem atribuído ao Direito internacional; situação costumeiramente sintetizada na afirmação de que ele “segue compreendendo o mundo através de uma noção que não encontra correspondência na realidade” (CARVALHO, 2003, p. 113).

Situação que implica a omissão no campo metodológico de que o Direito internacional tem sua matriz (ou teve sua matriz furtada) formada pelas escolas teóricas existentes nas relações internacionais.

METODOLOGIA: A ESCOLA TEÓRICA E O MÉTODO

Cada Ciência dispõe de determinados métodos, Modos de proceder, buscando respostas às perguntas por ela mesma postas. Quais seriam os Métodos que dispõem para si a Ciência do Direito?³ (LARENZ, 1991, p. 5).

² Tradução livre do original em inglês: “One of the puzzles in the history of international law is how a legal system could have developed which entrenched individual recourse to force (war) as a legal institution, leaving the decision to go war to the essentially untrammelled discretion of each State and giving legal effect to the new situations established by the use of force – creation of new States, transfer of territory, and imposition of treaties. The victor had a legal right to dictate the terms of peace to the defeated.”

³ Tradução livre do original em alemão: “Jede Wissenschaft bedient sich bestimmter Methoden, Arten des Vorgehens, um Antworten auf die Von ihr gestellten Fragen zu erlangen. Welcher Methoden bedient sich die Rechtswissenschaft?”

A questão de delimitar metodologicamente um estudo, ou enquadrá-lo metodologicamente, tem por finalidade maior a obtenção de coerência e clareza, algo fundamental para todo estudo científico (ADEODATO, 1997, p. 212); o qual nada mais é que compartilhar com o leitor o modo como se desenvolveu o estudo e de quais premissas foi elaborado.

Nessa busca de clareza e coerência, optou-se por dividir a introdução em dois capítulos: um acerca do objeto e dos limites da proposta; outro para explicar como se desenvolveu a elaboração do estudo.

Para explicar a metodologia adotada, pondera-se que a escola teórica não se encontra, necessariamente, dentro da Ciência Jurídica; implicando diretamente uma fuga do excesso formalista que costuma tomar conta dos métodos jurídico-científicos, sendo o ponto de partida, a lição da hermenêutica receptiva, em que: “Quem quer compreender um texto, em princípio, disposto a deixar que ele diga alguma coisa por si. Por isso, uma consciência formada hermeneuticamente tem que se mostrar receptiva, desde o princípio, para alteridade do texto.” (GADAMER, 1997, p. 405).

Na esteira desse pensamento, o primeiro passo para se compreender a metodologia aqui empregada é responder à questão do que consiste uma teoria na visão do autor, em que se oferece um binômio cujo caminho adotado determina todo o desenvolvimento, bem como a compreensão do estudo sob foco, tendo nesse sentido:

Nas Ciências Sociais, a resposta para a questão do que venha ou não qualificar algo como uma teoria, depende quase sempre de onde é realizada a pergunta. Muitos europeus usam o termo teoria para tudo aquilo que organiza de forma sistemática um campo [de conhecimento], estruturando as questões e estabelecendo um quadro coerente e rigoroso de conceitos e categorias inter-relacionadas. Muitos americanos, porém, quase sempre exigem que a teoria seja estritamente descritiva e

que contenha – ou seja, capaz de gerar – hipóteses verificáveis sob a égide da natureza casual.⁴ (BUSAN, 2004, p. 24, grifo do autor).

Desse binômio, inclina-se a adotar a concepção da maioria dos europeus sobre o que viria a ser teoria, inclinação que possibilita uma mescla do discurso descritivo-analítico com o prescritivo-idealista, cuja finalidade consta na sistematização de um pensamento acerca de um determinado assunto do Direito internacional.

Esse posicionamento acaba por implicar duas conseqüências imediatas: a) a não pretensão de se realizar um estudo axiologicamente neutro, abandonando a idéia de lidar com ficções metodológicas como a coleta de dados puros e da análise pura, imparcial, mas mantendo-se o rigor científico e o formalismo, mas este com elementos subjetivos; b) a adoção de uma linguagem mais direta e objetiva possível, evitando um “culto da não inteligibilidade, e de uma linguagem altissonante que impressione. Fato que foi intensificado (para os leigos) pelo formalismo impenetrável e impressionante da matemática” (POPPER, 1978, p. 42), tentando tornar a obra acessível a todos os tipos de público.

Essa modalidade de pensamento não é a comumente adotada na Ciência Jurídica, derivando a necessidade de se adentrar o campo das relações internacionais para resgatar a escola teórica mais apropriada: a corrente revolucionista (ou kantiana).

Dentro da Ciência que estuda as relações internacionais, a doutrina anglo-saxônica, em especial a inglesa, aponta a existência de três grandes correntes teóricas (as escolas teóricas), agrupadas de acordo com os denominadores comuns que cada teoria apresenta em relação às demais.

⁴ Tradução livre do original em inglês: “In the Social Sciences, the answer to the question of what counts as theory often depends on where it is asked. Many Europeans use the term theory for anything that organizes a field systematically, structures questions and establishes a coherent and rigorous set of interrelated concepts and categories. Many Americans, however, often demand that a theory strictly explains and that it contains – or is able to generate – testable hypotheses of a casual nature.”

Nesse pensamento, apontam-se três grandes correntes, o realismo, o racionalismo e o revolucionista, que respectivamente podem ser associadas aos grandes pensadores que cada uma apresentou: maquiavélica/hobbesiana, a grociana e a kantiana, conforme a didática ilustração explicativa oferecida por Busan (2004, p. 9):

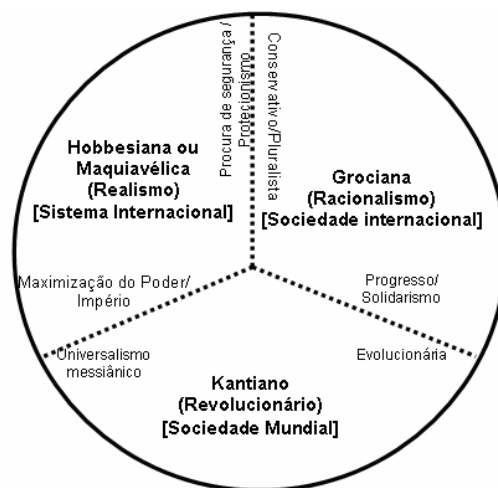


Figura 1 – As escolhas teóricas existentes nas relações internacionais⁵

Dessas três grandes correntes teóricas,⁶ a opção por incluir este estudo como pertencente à corrente revolucionista (revolucionária) deriva do fato de que ele se enquadra com o perfil dela: a marcada diversidade de conceitos e na multiplicidade da coleta de pontos argumentativos em prol de suas idéias, sendo agrupadas por comungarem de alguns denominadores comuns, os quais são didaticamente sintetizados por Wright:

Para Wight, revolucionistas são melhores ‘cosmopolitas do que internacionalistas, [...] para eles, toda a sociedade internacional transcende suas partes’ [...] significando que atribuem um valor transcendental a alguma visão social da humanidade diferente da existente no sistema interestatal. Focam no ponto que a política ‘deveria ser’, desejando uma ‘revolução internacional qual irá renovar e

⁵ Conforme se nota, a denominação de cada escola teórica varia conforme o autor pesquisado, sendo as presentes nomenclaturas as utilizadas por Martin Wright (expressão revolucionário) e Busan (expressão kantiano), dentre as quais, a mais conhecida é a de Wright, conforme o próprio Busan (2004, p. 9) reconhece.

⁶ Em breve resumo e adotando uma analogia ao campo jurídico, podemos explicar as teorias racionalistas como tendo sua marca principal na idéia de que a comunidade internacional é uma sociedade de indivíduos, dando toda a matriz teórica ao denominado Direito internacional privado. Enquanto que as teorias realistas são aquelas adotadas pela corrente majoritária dos juristas no que tange ao Direito internacional público, defendendo que a comunidade internacional é uma comunidade interestatal, ou de Estados soberanos.

unificar a sociedade de estados' [...]. Revolucionistas possuem uma visão otimista, mas temerária da natureza humana: o que é 'certo' é potencialmente atingível, mas sempre ameaçado [...].

O ponto-chave para Wight era que revolucionistas procuram superar e substituir o sistema estatal. Eles o fazem por um de três caminhos [...]: (1) criando uma homogeneidade ideológica; (2) por uma bem-sucedida doutrina imperialista rumo a um império mundial; ou (3) pela via cosmopolita 'produzindo uma sociedade mundial de indivíduos a qual sobrepõe as nações e os Estados'. Linklater [...] caracteriza a trama de Wight dividindo o revolucionismo em três formas: 'civitas maxima' ou sociedade mundial de indivíduos; 'uniformidade doutrinária' qual consiste na visão Kantiana de homogeneidade republicana e paz; e o 'Imperialismo doutrinário' ou 'Stalinismo' qual é uma tentativa de um poder em impor sua ideologia ao sistema.⁷ (BUSAN, 2004, p. 34).

Optando-se pela corrente revolucionista, resta delimitar-se em qual dessas três vertentes existentes nessa corrente esta proposta se inclui: a vertente moderada, isto é, baseia-se na idéia de unificação da sociedade internacional, porém em um processo que se inicia pela instituição de um órgão jurisdicional independente dos ordenamentos nacionais, sendo capaz de vincular, tanto as questões envolvendo estes como aquelas relações que fogem de seus ordenamentos nacionais; resultando em um processo que, gradativamente, implicará a lenta flexibilização do modelo do Estado-Nação para um modelo de Estado universal, uma *civitas maxima*.

É importante salientar que essa concepção do processo gradual de unificação de culturas por via da transformação do Estado-Nação em um Estado universal não compartilha da “justificativa democrática”, cuja idéia central acaba por associar que tal “governo mundial” seria necessariamente vinculado à idéia democrática conforme defendem alguns (PELLET, 2004, p.12); nem na crença da opção totalitarista, mas sim na base da integração por via do

⁷ Tradução livre do original em inglês: “For Wight, revolutionists were, cosmopolitan rather than ‘internationalist’.”[...] ‘for them, the whole of international society transcends its parts’ (Wight, 1991: 8), meaning that they assigned a transcend value to some social vision of humankind other than the existing states-system. They focused on the ‘ought’ side of politics, desiring an ‘international revolution which will renovate and unify the society of states’ (Wight, 1991: 22; 1987: 223-6)/ Revolutionists have an optimistic, but fearful, view of human nature: what is ‘right’ is potentially achievable, but always threatened (Wight, 1991: 25-9). The key point for Wight was that revolutionists wanted to overcome and replace the states-system. They could do so in one of three ways (Wight, 1991: 40-8): (1) by the creation of ideological homogeneity; (2) by a successful doctrinal imperialism leading to a world empire; or (3) via a cosmopolitan route “producing a world society of individuals which overrides nations or states”. Linklater (2002: 323) characterizes Wight’s scheme as dividing revolutionism into here forms: ‘civitas maxima’ or world society of individuals; ‘doctrinal uniformity’ which is the Kantian vision of republican homogeneity and peace; and ‘doctrinal imperialism’ or ‘Stalinism’ which is the attempt by one power to impose its ideology onto the system.”

respeito mútuo entre os povos, sendo sua harmonização resultado dessa obtenção de denominadores comuns.

Toda essa inserção na corrente revolucionária e na sua explicação tem por finalidade fundamentar o método adotado, o qual se orienta na idéia de associar o idealismo sem perder de vista a realidade contemporânea, o pragmatismo.

‘Direito internacional é o que os outros países violam’. Assim afirmam os cínicos. Pode-se pensar que o ‘colegiado invisível de juristas internacionalistas’ é majoritariamente composto por idealistas, não cínicos. Mas, na minha opinião, de que realmente se necessita é um idealismo combinado com uma saudável dose de realismo.⁸ (WOOD, 2003, p. 28).

Nesse contexto, a corrente revolucionista parece englobar, justamente, essas tentativas de se conciliar o ideal com a realidade, daí resultando a liberdade e diversidade metodológica encontrada nas diversas teorias que a compõe.

Formalmente, este estudo utiliza como método-guia a dedução, esta entendida como “um procedimento conclusivo de proposições gerais para particulares” (FERRAZ JÚNIOR, 1980, p. 53), possibilitando uma análise do Direito não somente pelas normas postas do Direito positivo, mas também das normas fora dele; ampliando, dessa maneira, a extensão e a criatividade do operador jurídico. Advertindo que: “Não existe um método dedutivo puro, assim como não existe também um método indutivo puro. O puro formalismo não é um método científico, mas um exercício intelectual finalizado em si mesmo, um esporte da mente.” (CAMPAGNOLO, 2002b, p. 143).

Somando-se a não-crença na idéia de existirem dados puros, tal situação acaba implicando a concepção de que também não exista um método puro; existindo sim, um

⁸ Tradução livre do original em inglês: “[...] ‘International law is what other countries break’. So say the cynics. It may be thought that the ‘invisible college of international lawyers’ is largely composed of idealist, not cynics. But for my money, what is really needed is an underlying idealism combined with a very healthy dose of realism.”

método dominante em um conjunto, sendo complementado pela flexibilidade da corrente metodológica adotada.

No caso desta proposta, esses métodos complementares são: a investigação exploratória, que “estabelece critérios, métodos e técnicas para a elaboração de uma pesquisa, investigação que objetiva fornecer informações sobre o objeto da pesquisa e orientar formulação de hipóteses” (HENRIQUES; MEDEIROS, 2004, p. 35); a pesquisa documental e bibliográfica, fundamental em qualquer estudo que se pretenda denominar jurídico.

Uma consideração final acerca da metodologia adotada é a referente ao conjunto de obras que são objeto da pesquisa bibliográfica, destacando-se a adoção de uma sistemática triangular, visto que visa conciliar obras sobre a Teoria Geral do Estado, a Teoria Geral do Processo e do Direito Internacional (público e privado), das comunidades do *common law* (Inglaterra, Estados Unidos) com as obras nacionais e internacionais (destaque com a doutrina alemã e francesa) da comunidade *civil law*, procurando sempre estabelecer os marcos teóricos dominantes em cada parte do estudo.

No quesito considerações técnicas, destacam-se:

- a) a adoção de um sistema de referência englobando a utilização da data da edição que se utilizou, bem como a inserção em colchetes da data de publicação original da obra (quando possível e disponível), amenizando algumas discrepâncias temporais que possam ocorrer ao se citar autores clássicos;
- b) referente à grafia das citações, favoreceu-se ao que consta no original, isso resultando na existência de citações em português antigo e inglês antigo, as quais parecem erradas, mas não estão;
- c) com referência às traduções, todas foram feitas de forma livre para facilitar a compreensão e o agrupamento de conhecimento na obra; porém, sugere-se, para os

que detêm conhecimento de idiomas, remeter a leitura às notas de rodapé, onde se encontra a transcrição original do traduzido em texto;

- d) uma curiosidade que adveio durante a elaboração deste estudo: a confusão ortográfica da palavra alemã *Westfalen*, levando a grafia aqui utilizada a optar a sugerida pelo dicionário lingüístico *Langenscheidt* (1988, p. 1.178), onde consta **Vestefália**, como a grafia correta em português, não se devendo estranhar quando, eventualmente, se deparar nas citações com grafias *Westphalia* e *Westfalia*.

1 O PROCESSO DE CONSOLIDAÇÃO DO ESTADO-NAÇÃO

1.1 O SIGNIFICADO E O SURGIMENTO DA FIGURA DO ESTADO

Devido à variedade de objetos que o termo comumente denota, definir ‘Estado’ torna-se difícil. [...] A situação insatisfatória da teoria política – que, essencialmente, é uma teoria do Estado – deve-se, em boa parte, ao fato de diferentes autores tratarem de problemas bastante diferentes usando o mesmo termo e, até, de um mesmo autor usar inconscientemente a mesma palavra com vários significados. (KELSEN, 1998a, p. 261).

A palavra conhecida por **Estado**, como toda criação intelectual humana, é dotada do problema de ter uma grande variedade de significados, em que a opção que se adota em sede terminológica determina todo o modo de compreensão daqueles a quem o estudo se destina.

Tendo em vista a importância de se estabelecer alguns conceitos em comum, ao se abordar a figura do Estado na Ciência Jurídica, o primeiro passo a ser dado é determinar seu significado, o qual, nos limites deste estudo, é o de expressar uma forma de organização social das comunidades humanas, produto de determinados períodos históricos.

Destarte, utiliza-se a palavra Estado como o gênero das diferentes organizações sociais humanas decorrentes de determinados períodos históricos ou, como Grotius (2004, p. 88) define, a “união perfeita de homens livres associados para gozar da proteção das leis e para sua utilidade comum”. Isto é, Estado é a palavra que expressa um produto de determinados processos históricos, variando de estrutura e de modelo conforme o desenvolvimento da história humana, sendo o modelo atual, o denominado Estado-Nação (*infra* 2). Estabelecida essa base terminológica, a segunda questão a ser analisada antes de focalizar o Estado-Nação contemporâneo é a questão histórica acerca do momento em que se pode considerar ter

existido um Estado, termo que, para muitos, tem como ponto inicial de utilização a obra O Príncipe de Maquiavel, que escreveu em 1513 que “todos os estados, todos os domínios que tiveram e têm império sobre os homens, são repúblicas ou principados” (MAQUIAVEL, 1997, p. 21), ensejando na idéia de que a organização político-social de determinado povo seria um Estado.

Abstraindo-se deste debate acerca do momento em que se iniciou a utilização da palavra Estado, existe entre os estudiosos uma polêmica sobre o momento em que se poderia considerar como o nascimento do Estado, questão que, didaticamente, esclarece Dallari (2001, p. 52-53) como sintetizada em três posicionamentos:

- a) o primeiro posicionamento, o qual é majoritário, indica que o Estado é uma entidade que sempre existiu, e a sociedade humana, por si só, já é considerada um Estado;
- b) o segundo posicionamento assegura que houve uma época em que existiram sociedades humanas não-estatais, mas que, por diferentes e inúmeros motivos, levaram ao surgimento das sociedades humanas estatais;
- c) o terceiro posicionamento aponta o Estado como uma organização que somente veio a surgir a partir do momento em que a sociedade humana adquiriu determinadas características, ou seja, somente a partir do nascimento dessa modalidade de sociedade humana se poderia falar em Estado, situação implicando a idéia de que antes do Estado-Nação não se poderia falar na existência de Estado.

Desses três posicionamentos, tende-se compartilhar do primeiro posicionamento, uma vez que se considera a existência do Estado sempre onde existiu uma sociedade humana, porque ele, como afirma Loreto Filho (1962, p. 508), é a resposta da necessidade do espírito humano quanto à existência de uma Autoridade Pública capaz de manter a ordem e de

proteger a comunidade no que pode ser associado à idéia de força comum da comunidade de Rousseau (2002, p. 117):

Existe no Estado uma força comum que o sustenta, uma vontade geral que guia a força e sua aplicação de um aos outros, a qual constitui a soberania. Por onde entrevemos que o soberano não é por sua natureza uma pessoa moral, o qual não possui uma existência abstrata e coletiva, e que a idéia qual se associa à palavra não pode estar unida àquela de um simples Indivíduo, mas como uma proposição das mais importantes em matéria de direito político, sendo objeto de um melhor esclarecimento. Eu creio poder formular uma máxima incontestável, que é a vontade geral pela qual se guiam as forças do Estado é para a finalidade de suas instituições, que é o bem comum.⁹

Somando-se a essa concepção a característica de mutabilidade existente nas relações humanas, pode-se adiantar que, no campo do Direito Internacional, sua natureza contemporânea de ser um direito interestatal é, assim como o conceito de Estado, somente uma forma derivada do modelo de organização social dominante em um determinado período histórico que atualmente vivenciamos.

A lei de uma sociedade interestatal de Estados soberanos e iguais é somente uma das possíveis configurações de uma ordem legal internacional. Não existe uma razão absoluta para restringir o conceito de lei entre nações como especificamente a forma moderna.¹⁰ (GREWE, 2000, p. 8).

Isso estabelecido, pode-se delimitar o significado e a questão do surgimento do Estado com o modelo de organização social que figura como sujeito do Direito Internacional contemporâneo, incluindo-se o período histórico do qual este derivou: o Estado-Nação cujo marco inicial é a Paz de Vestefália de 1648 e cuja consolidação como modelo dominante nas comunidades contemporâneas ocorreu nas unificações nacionais européias do século XIX.

⁹ Tradução livre do original em francês : “Il y a donc dans l’Etat une force commune qui le soutient, une volonté générale qui dirige cette force et c’est l’application de l’une à l’autre qui constitue la souveraineté. Par où l’on voit que le souverain n’est par ailleurs qu’une personne morale, qu’il n’a qu’une existence abstraite et collective, et que l’idée qu’on attaché à ce mot ne peut être unie à celle d’un simple individu, mais comme c’est ici une proposition des plus importantes en matière de droit politique, tâchons de la mieux éclaircir. Je crois pouvoir poser pour une maxime incontestable, que la volonté générale peut seule diriger les forces de l’État selon la fin de son institution, que est le bien commun.”

¹⁰ Tradução livre da edição em inglês: “The inter-State law of a society of sovereign and equal States is only one possible configuration of an international legal order. There is no compelling reason to restrict the concept of a law of nations to this specifically modern form.”

O Estado, tal como acaba de ser caracterizado, corresponde, no essencial, ao modelo de Estado emergente da Paz de Westefália [sic!]. Esse modelo, assente, basicamente, na idéia de unidade política soberana do Estado, está hoje relativamente em crise como resultado dos fenômenos da globalização, da internacionalização e da integração interestatal. (CANOTILHO, 2003, p. 90).

1.2 O SURGIMENTO DO ESTADO-NAÇÃO

1.2.1 A Paz de Vestefália de 1648: o Direito Público europeu

A palavra Status, stato, estat (état), Estado, apareceu para marcar a passagem da organização política medieval para as formas estatais transcendentais à Land, à terra, à terre. Maquiavel e Jean Bodin usaram dela. Nela couberam todas as repúblicas e principados (tutti gli Stati). (MIRANDA, 2002, p. 28).

A doutrina contemporânea é unânime em afirmar: o modelo de Estado que existe atualmente é o mesmo modelo que emergiu da Paz de Vestefália de 1648, mesmo marco histórico do surgimento nas relações internacionais do que se denomina da política de razão do Estado, *raison d'état* utilizada com maestria pelo cardeal Richelieu, como princípio guia da política externa francesa da época.

A Paz de Vestefália foi, em realidade, o evento histórico marcado pelos tratados de *Münster* e de *Osnabrück*, que encerraram um conflito que já perdurara trinta anos (a Guerra dos Trinta Anos), ocorrida na região onde hoje se situa a Alemanha, envolvendo as principais potências européias da época, com destaque a Igreja Católica, o Império Sacro Germânico e, o então, reino da França.

A principal consequência desses tratados foi o estabelecimento do denominado Direito público europeu (DINH; DILLIER; PELLET, 2003, p. 53), o qual marcava a queda da idéia de império europeu (resquício da era romana) por via do desmembramento do Sacro Império Romano-Germânico em pequenos principados (Estados) e o fim do poder eclesiástico universal da Igreja Católica sobre toda a Europa, poder conquistado ainda na época do

Império Romano quando, no século IV d.C., o imperador romano Constantino se converteu ao cristianismo, e se tornaria a religião oficial do Império (SORIANO, 2004, p. 80).

Desse acontecimento histórico é que nasce a idéia do Estado-Nação, uma vez que a nova Europa pós-guerra, apesar de devastada, não mais se demonstrava sob o jugo do controle universal do papado, um controle capaz de liberar um chefe de Estado do cumprimento de deveres estabelecidos em tratados e de, por via da excomunhão, impor medo aos príncipes (MELLO, 2004, p. 168), uma vez que o poder de excomunhão abria espaço para a intervenção nos assuntos internos do principado por via da conhecida intervenção religiosa (GREWE, 2000, p. 93, 181).

A consequência disso foi a adoção dos novos Estados ao regime de separação da Igreja e a preferência pelo não-alinhamento religioso de seus governos (SORIANO, 2004, p. 84), influenciando as primeiras características do emergente Direito Público europeu.

O direito público europeu estabelecia as bases do Direito Internacional, uma vez que consistia na então inédita deliberação entre um conjunto de Estados (europeus) sobre as relações entre eles (internacionais), moldando seu instrumento principal: os tratados (NASCIMENTO, 1999, p. 114), não existindo mais a figura de uma autoridade supranacional em ditar a validade dos acordos firmados entre os monarcas.

1.2.2 Compreendendo os motivos da Paz de Vestefália

Para se ter melhor compreensão acerca dos motivos que levaram ao surgimento deste novo conceito político (*raison d'état*) e da idéia de relacionamento entre as monarquias e os principados (o direito público europeu), é necessário conhecer os motivos que levaram à Guerra dos Trinta Anos e à Paz de Vestefália: a queda do regime feudal, a Reforma e as novas descobertas de territórios advindas das grandes navegações.

O regime feudal era marcado pelo poder absoluto da Igreja Católica uma vez que, com a já anteriormente mencionada conversão do imperador romano Constantino ao cristianismo, lentamente começou a ocorrer uma fusão entre o Estado romano e a Igreja, implicando a ampliação do campo de aplicação do Direito Canônico a relações leigas (ex.: as questões envolvendo os cruzados, os órfãos e viúvas), que após o século X pertenciam à jurisdição eclesiástica regida, não pelo Estado, mas sim pelo Direito da Igreja, o dito direito canônico (CASTRO, F., 2004, p.132-133), o qual no campo das relações entre os diversos povos (europeus) fazia dominar o princípio da unidade de fé cristã:

A raça humana, mesmo dividida em diferentes nações e impérios, sempre estará sob certa união, não somente como espécie, mas também política e moralmente. Essa unidade resulta de um comando natural de amor mutuo, qual se estende a todos, inclusive estrangeiros, qual que seja a nação que pertençam. Sendo uma cidade independente, um Estado ou um Reino mesmo representando uma sociedade perfeita, cada uma é, a certo modo, membro de um todo maior, de humanidade.¹¹ (SUAREZ apud GREWE, 2000, p. 148).

Contudo, essa aparente idéia cristã de um Estado universal entre os povos esbarrava na realidade medieval: o Direito Internacional baseado na unidade de fé era um direito basicamente hipotético, não passando no campo pragmático de uma associação de crenças e práticas baseadas em regras casuísticas, em que sempre prevalecia a mais adequada e conveniente ao caso em foco; os debates e discussões ocorriam em um ambiente puramente acadêmico com pouca relação com o dia-a-dia dos acontecimentos mundiais, estes até então eurocentralizados (NEFF, 2004, p. 35-37).

Essa estrutura somente veio a ser abalada por dois acontecimentos que acirraram a latente tendência dos principados em aspirarem autonomia diante da Igreja e do Império,

¹¹Tradução da edição em inglês: “The human race, as much as it is divided into different nation and Empires, is nevertheless a certain nit, not only as a species, but also politically and morally. This unity results from the natural command of mutual love, which extends to everybody, also to foreigners, to whichever nation they belong, as much as an independent city, a State or a Kingdom may represent a perfect society, each one is to a certain degree a member of the greater totality, of mankind.”

evidenciada na Paz de Vestefália (WAGNER, 1999, p. 143): a Reforma e o problema dos novos territórios descobertos.

Em 1517, o então monge católico Martinho Lutero publica suas 95 teses desmascarando as práticas decadentes da Igreja Católica, marcando o início de um processo de desmistificação do poder absoluto do papa e da sua conseqüente ruptura com a criação de outra religião. Na esteira desse acirramento do debate religioso, os príncipes feudais e, em especial, o rei da França, viram a oportunidade de se liberarem do poder do papado, destruindo, com isso, concomitantemente a idéia de unidade de fé cristã; o que resultaria no surgimento de inúmeras disputas no campo político que marcariam a História da Europa desde então (GREWE, 2000, p. 141; MELLO, 2004, p. 171).

A título de curiosidade, a questão religiosa que envolveu a Reforma e a Contra-Reforma fora resolvida no Tratado de *Osnabrück*, onde a Suécia protestante demandou da Igreja Católica a tolerância religiosa e o fim do direito de intervenção do papa. Não se devendo, porém, entender essa tolerância de credo como uma espécie de “iluminação” da idéia de tolerância religiosa (GREWE, 2000, p.320) e, muito menos, para garantir a liberdade de consciência individual, mas sim um mecanismo a fim de assegurar a integridade do poder dos príncipes em seus territórios independentemente de suas crenças, ou da crença de seus súditos.

Durante o período de formação do sistema estatal europeu a ordem da lei das nações foi imediatamente confrontada com um dos maiores problemas de ordem territorial da história da humanidade, a distribuição dos territórios nos recém-descobertos continentes.¹² (GREWE, 2000, p. 229).

¹² Tradução livre da edição em inglês: “During the formative period of the European State system the order of law of nations was immediately confronted with one of the greatest problems of territorial order in the history of humanity the distribution of territory in the newly discovered continents. During the formative period of the European State system the order of law of nations was immediately confronted with one of the greatest problems of territorial order in the history of humanity the distribution of territory in the newly discovered continents.”

Quase ao mesmo tempo em que ocorria a Reforma, a Europa se viu diante de um de seus maiores desafios: a chegada em 1492 de navios espanhóis a vastos territórios até então desconhecidos.

O fenômeno das grandes navegações, que, além da descoberta das Américas, restabeleceu a rota as Índias, levou as monarquias e a Igreja a se depararem com uma série de realidades até então desconhecidas, levando a um acirramento do conflito de interesses entre os monarcas e o papa.

Esse acirramento foi o segundo acontecimento motivador da Guerra dos Trinta Anos, porque exigiu a retomada do poder em torno dos reis, da centralização do poder de cada reino na figura de seu soberano, considerando-o o corpo da nação (LOCKE, 2003, p. 3), buscando conferir maior unidade, que os fortalecia diante dos novos desafios.

Esse processo de centralização do poder político em torno do monarca contribuiu para a Guerra dos Trinta Anos de forma muito pouco racional, uma vez que os principais reinos europeus que se centralizavam (Portugal e Espanha) permaneciam alinhados com o poder eclesiástico e o *status quo* existente no continente, sendo a exceção o reino da França.

O não-alinhamento da monarquia francesa foi o fator determinante na alteração da ordem européia, pois emergia um monarca se opondo ao poder papal; uma situação que, por mais incrível que pareça, surgiu do discurso e da prática política de um católico, o cardeal Richelieu, fato que ajuda a comprovar a mutabilidade e a irracionalidade das viradas repentinas que marcam e transformam a história da humanidade.

Como se de acordo com alguma lei natural, em cada século, parece emergir um país com o poder, a vontade e o ímpeto intelectual e moral para lapidar totalmente um sistema internacional de acordo com os próprios valores. No século XVII, a França, sob o Cardeal Richelieu, introduziu a abordagem moderna às relações internacionais baseadas no Estado-Nação e motivadas pelo interesse nacional como seu propósito máximo. No século XVIII, a Grã-Bretanha elaborou o conceito do equilíbrio do poder, que ia dominar a diplomacia européia pelos próximos 200 anos. No século XIX, a Áustria de Metternich reconstruiu o Concerto da Europa e a Alemanha de

Bismarck o desfaria, remodelando a diplomacia européia em um jogo frio de poder político.¹³ (KISSINGER, 1994, p. 17).

Esse não-contentamento com a situação européia, que marcou os primeiros anos da monarquia absolutista francesa (considerando como início a consolidação territorial francesa e a superação do problema *hugeno*), contribuiu dentro do pensamento humano para a ascensão da idéia antropocêntrica do mundo, o que Locke (2003, p. 8) narra como o convencimento dos príncipes de que eles deteriam um direito divino ao poder absoluto, substituindo o princípio de unidade de fé cristã pela idéia da *raison d'état* como princípio guia das relações internacionais.

Não se buscava mais o ideal de um império cristão, mas sim perseguir e conquistar os objetivos mais convenientes do Estado e, por consequência, os próprios interesses.

Esses dois acontecimentos invariavelmente acabariam chocando-se com as tradições medievais, levando ao conflito devastador da Guerra dos Trinta Anos e marcando por via da Paz de Vestefália o início de um processo que acabaria por servir de fundamento para a ordem internacional dominante até meados do século XX.

1.3 O SISTEMA VESTEFALIANO: A EVOLUÇÃO DO ESTADO-NAÇÃO

Com a adoção da idéia de *raison d'état* como paradigma de política externa do Estado- Nação europeu, as nações européias viram-se confrontadas com um fato inesperado: com a queda da Igreja, em uma comunidade, restava vago um posto de autoridade central do

¹³ Tradução livre do original em inglês: “Almost as if according to some natural law, in every century there seems to emerge a country with the power, the will, and the intellectual and moral impetus to shape the entire international system in accordance with its own values. In the seventeenth century, France under Cardinal Richelieu introduced the modern approach to international relations based on the nation-state and motivated by national interest as its ultimate purpose. In the eighteenth century, Great Britain elaborated the concept of the balance of power, which dominated European diplomacy for the next 200 years. In the nineteenth century, Metternich’s Austria reconstructed the Concert of Europe and Bismarck’s Germany dismantled it, reshaping European diplomacy into a cold-blooded game of power politics.”

continente, que certamente poderia ser assumido pelos interesses daquele Estado-Nação com maior força (militar, econômica). Destarte, com o fim do sonho do império cristão, os novos monarcas não estavam dispostos a trocar o papa por outra autoridade central imperialista. Nascia o sistema do *balance-of-power* (equilíbrio do poder), conhecido também como sistema vestefaliano.

As nações européias não escolheram o equilíbrio do poder como meio de regular suas relações por existência de rixas inerentes ou pelo antigo amor à guerra ou à intriga. A Europa foi lançada na política do equilíbrio-do-poder quando sua primeira escolha, o sonho medieval do império universal, entrou em colapso e vários Estados, com poderes mais ou menos equivalentes, surgiram das cinzas dessa aspiração anciã. Quando um grupo de Estados assim constituídos é obrigado a se relacionar uns com os outros, só existem dois possíveis resultados: ou um desses Estados torna-se tão poderoso a ponto de ter capacidade para dominar todos os outros e criar um império, ou nenhum desses Estados consegue se tornar tão poderoso para atingir essa meta. Nesse último caso, as pretensões do membro mais agressivo da comunidade internacional são mantidas sob controle por uma combinação dos outros Estados, ou em outras palavras, pela operação do equilíbrio do poder.¹⁴ (KISSINGER, 1994, p. 20).

O sistema vestefaliano perdurou dos tratados de Vestefália em 1648 até, aproximadamente, o fim da guerra fria em 1991, com a desintegração da então URSS. Bem diferente desse sistema, o Estado-Nação continua a existir até os dias atuais como forma dominante de organização sociopolítica, uma vez que sua evolução se sucedeu em um período razoavelmente menor. Apesar de ter seu marco inicial em 1648, o ápice de sua consolidação ocorreu nos movimentos de unificação do século XIX (em especial a alemã de 1871), período em que se pode afirmar que ele se racionalizou plenamente (*infra* 1.4).

¹⁴ Tradução livre do original em inglês: “The nations of Europe did not choose the balance of power as the means for regulating their relations out of innate quarrelsomeness or as Old War love of intrigue. Europe was thrown into the balance-of-power politics when its first choice, the medieval dream of universal empire, collapsed and a host of states of more or less equal strength arose from ashes of that ancient aspiration. When a group of states so constituted are obliged to deal with one another, there are only two possible outcomes: either one state becomes so strong that it dominates all others and creates an empire, or no state is ever quite so powerful enough to achieve that goal. In the latter case, the pretensions of the most aggressive member of the international community are kept in check by a combination of the others; in other words, by the operation of a balance of power.”

Para compreender esse processo de racionalização do Estado-Nação, é necessário antes analisar o contexto histórico do sistema vestefaliano, seu início sob a égide da *raison d'état* e, posteriormente, sua transformação para o sistema da *Realpolitik*, implicando a abordagem do respectivo período histórico em que dominaram o racionalismo, o iluminismo e, por fim, o positivismo. Abordagem, como alerta Grewe (2000, p. 6), necessária tanto para a compreensão da teoria jurídica como para a prática estatal.

A teoria política denominada de *raison d'état*, apesar de se ter tornado instrumento mestre por vários séculos na ordem instaurada com a Paz de Vestefália, veio a surgir muito antes de sua utilização; remonta indiretamente à obra de Maquiavel¹⁵ – não se encontra a expressão *raison d'état* em sua obra, mas sim seus fundamentos teóricos (MELLO, 2004, p. 362). Teve seu desenvolvimento prático na figura de um de seus maiores defensores: o cardeal francês Richelieu, atingindo posteriormente seu ápice no reinado de Luís XIV, o Rei Sol.

O estilo da política francesa, seus fundamentos domésticos e pré-requisitos ideológicos e materiais foram moldados muito antes do reinado de Luís XIV. Eles foram as conquistas de Henrique IV, Richelieu e Mazarin. Richelieu, derrotando os *Huguenots*, consolidou a política de Henrique IV e a unidade interna da França com uma base que superava as divergências religiosas. Ele representava perfeitamente o espírito da pura *raison d'état*, livre de qualquer elemento ideológico e religioso, que permaneceu no tempo como característica da política francesa. A idéia de *ragione de stato*, que se originou com Maquiavel, fora elevada por Richelieu a um patamar acima do nível das cidades-república italianas e dos *seigneuries*, introduzindo-a na luta pelo poder entre as Grandes Potências.¹⁶ (GREWE, 2000, p. 279, grifo do autor).

¹⁵ Importante salientar que, para alguns, a idéia de *raison d'état* nasce na obra de Marsílio de Pádua, o *Defensor Pacis*. Porém, como não se trata de uma obra muito difundida no ambiente acadêmico brasileiro, preferiu-se seguir a corrente majoritária que indica Maquiavel como um de seu principais criadores.

¹⁶ Tradução livre da edição em inglês: “The style of French policy, its domestic foundations and ideological and material prerequisites were shaped long before the reign of Louis XIV. They were the achievement of Henry IV, Richelieu and Mazarin. Richelieu, crushing the Huguenots, resumed the policy of Henry IV and consolidated the internal unity of France on a basis rising above the confessional discords. He represented perfectly the spirit of pure *raison d'état*, free from all confessional and ideological elements, that remained the characteristic of French policy throughout the ages. The idea of ‘*ragione di stato*’, which had originated with Machiavelli, was elevated by Richelieu above the level of the Italian city republics and *seigneuries* and introduced into the power struggle among the Great Powers.”

Em breve síntese, a *raison d'état* foi a tradução na prática política dos governos da fórmula maquiavélica dos fins determinando (justificando) os meios, sobre a qual Snellart (apud MELLO, 2004, p. 363) afirma: “A razão de Estado atualmente designa o imperativo em nome do qual o poder se permite violar o direito em nome do interesse público.” Acrescentando a observação de Kissinger (1994, p. 58), ela foi resultado de uma “necessidade dos estados emergentes da Europa em encontrar um princípio que justificasse suas heresias e regular suas relações”,¹⁷ fundamentando-se na idéia de que, para atingir o bem-estar do Estado, qualquer meio empregado estaria justificado.

Como citado, o expoente maior da utilização da política de *raison d'état* foi o reinado de Luís XIV, em que se demonstrou, pela primeira vez, o problema de se conceber uma teoria política sem limitações intrínsecas (baseada em conceitos abrangentes e de conteúdo indeterminado), marcando a primeira característica histórica que o Estado-Nação ia adquirir: a idéia do absolutismo do poder estatal no primeiro momento na mão de um Indivíduo (o monarca absolutista) e mais tarde na mão dos representantes do povo.

Foi durante esse reinado, marcado pelo absolutismo desenfreado, que se desenvolveria, no contexto histórico, um sentimento antifrancês nos povos europeus, visto que a França figurava como expoente maior da *raison d'état* e maior potência continental ao tempo de 1648, situação que acabou por desenvolver nos outros países europeus a sistemática do *balance-of-power*, associada à da *raison d'état* marcando a segunda característica histórica do Estado-Nação: sua relatividade no contexto internacional, traduzido pela fase histórica do absolutismo moderado (GREWE, 2000, p. 317).

Esse momento histórico iniciava-se com o desdobramento da Grã-Bretanha (especialmente a Inglaterra) como tutora do processo de criação de alianças e coalizões, cujo

¹⁷ Tradução livre e compilação do original em inglês: “With the concept of unity collapsing, the emerging states of Europe needed some principle to justify their heresy and to regulate their relations.”

objetivo principal consistia em elaborar uma estrutura capaz de se opor e de controlar o membro da comunidade de Estados que viesse a se destacar como o mais forte e mais ávido a promover expansões territoriais. Sistema ideológico que vigorou até o século XIX na relação entre os Estados europeus.

Nesse período em que vigoraram essas políticas, ocorreram inúmeras transformações históricas e sociais, além de começarem a surgir teorias relativas à explicação do Estado e da comunidade internacional, em especial a dinâmica da concepção do Direito Internacional, que em uma visão mais geral e abrangente marcou a transformação do pensamento centrado em Deus e seus fundamentos em leis divinas para o pensamento centrado no ser humano, na razão e na busca de fundamentos racionais para as estruturas sociais, jurídicas, econômicas e políticas.

Restringindo a análise para o período da *raison d'état*, há um acontecimento que marcaria sua época e abriria o caminho para a implementação das unificações nacionais na Itália e na Alemanha, onde surgiria a *Realpolitik* e consolidaria o Estado-Nação na sua essência contemporânea: a revolução francesa e a declaração dos direitos do povo de 1795.

Com a eclosão da Revolução Francesa, a ordem européia da lei das nações (que até aquele momento era *le droit public de l'Europe*) entrava em um estágio de transição. A Revolução não conseguiu prevenir a continuidade da validade da lei das nações tradicionais no restante da Europa. Foi no governo revolucionário da França que descartaram inúmeros princípios da ordem jurídica tradicional no que se refere ao relacionamento com outros poderes.¹⁸ (GREWE, 2000, p. 413, grifo do autor).

A Revolução Francesa foi o resultado do processo de profanação da figura do poder real, da queda do poder absolutista baseado em direito divinos e a transferência do poder para

¹⁸ Tradução livre da edição em inglês: “With the outbreak of the French Revolution the European order of the law of nations (which until this point was *le droit public de l'Europe*) entered a particular, transitory stage. The Revolution could not prevent the continuing validity of the traditional law of nations within the rest of Europe. Yet the revolutionary government of France disregarded numerous fundamental principles of the traditional legal order in its relations with other powers.”

o povo; assim como o papa perdera seu poder divino, chegara o momento dos monarcas o perder.

O resultado da revolução foi o estabelecimento de uma série de princípios referentes à soberania e aos elementos constitutivos do Estado-Nação, que já se apresentava com o poder fortemente centralizado, tendo como características principais a prioridade às forças militares e econômicas.

Uma forte concentração de todos os tipos de poder era requerida dentro dele: exércitos permanentes, indústria bélica, taxas de guerra, burocracia financeira e um sistema de organização administrativa das dívidas do Estado. Foi sobre essas bases que o novo tipo de organização estatal fora construído, sobre a centralização sem precedentes do poder e o aumento da energia política e militar.¹⁹ (GREWE, 2000, p. 318).

Contudo, faltava o elemento principal ao Estado-Nação, que seria sua racionalização, uma vez que ainda se mantinha sob o poder de um monarca baseado em direito divinos e ilimitados. Esse elemento viria com o surgimento da classe burguesa e a perda do poder econômico pelo governo absolutista monarca, propiciado pela revolução industrial e a intensidade cada vez mais crescente das relações comerciais.

Com esse pano de fundo, a Revolução Francesa desenvolveu os fundamentos da racionalização do Estado-Nação, principalmente ao deslocar a soberania absolutista para uma concepção de soberania popular.

Historicamente, a Revolução Francesa teve como consequência imediata a ascensão de Napoleão Bonaparte ao trono francês e a instauração de um novo sonho de império (o Império Franco), algo que levaria a Europa a entrar em um novo período de guerras, cujo resultado

¹⁹ Tradução livre da edição em inglês: “A strong concentration of all means of power was required within them: standing armies, armaments industries, war taxes, financial bureaucracies and organized State debt administration. It was on this basis that a new type of State organization was built, that is, on this unprecedented centralization of power and heightened political and military energy.”

culminou na derrota francesa, na realização do Congresso de Viena de 1815 e na queda da França como expoente modelador da comunidade internacional.

Esse pós-1815 sistema de controle das grandes potências teve atuação muito inferior ao que fora planejado (ou esperado), em grande parte por causa da crescente divergência entre as grandes potências nos assuntos nacionais. Os três Estados mais conservadores – Rússia, Prússia e Áustria – se uniram e formaram a auto-intitulada ‘Santa Aliança’, que estava mais preocupada em conter revoluções do que promover as mudanças necessárias de maneira ordenada.²⁰ (NEFF, 2003, p. 49).

O fim da hegemonia francesa no continente europeu levou a surgir uma tentativa de retomar a ordem tradicional pré-revolucionária no cenário internacional, ao que se denominou “Concerto da Europa”, que conseguiu manter uma estabilidade relativa no continente europeu por aproximadamente meio século, na base de que todas as relações internacionais deveriam ser supervisionadas pelas grandes potências – Rússia, Prússia, Áustria, Grã-Bretanha e França.

O Concerto da Europa perdurou por exatos cinquenta anos, não conseguindo conter a nova forma de política que surgia na Europa central, o antigo sonho da unidade alemã, resultando na adoção de uma política externa na Prússia, sob o comando de seu chanceler Otto von Bismarck, que seria denominada de *Realpolitik* (política real).

Realpolitik – política externa baseada no cálculo do poder e no interesse nacional – [...] Para a prática de a *Realpolitik* evitar corridas armamentistas e guerra, somente se os maiores jogadores do sistema internacional forem livres para ajustar suas relações conforme as circunstâncias mudem, ou forem restritos por um sistema de valores em comum, ou em ambos.²¹ (KISSINGER, 1994, p. 137, grifo do autor).

²⁰ Tradução livre do original em inglês: “This post-1815 system of great power oversight worked much less tightly than originally planned (or hoped), largely because the national interests of the five powers began to diverge. The three most conservative States – Russia, Prussia, and Austria – formed themselves into a so-called ‘Holy Alliance’, which was distinctly more concerned to suppress revolution than to advance orderly change.”

²¹ Tradução livre do original em inglês: “*Realpolitik* – foreign policy based on calculation of power and the national interest – [...] For the practice of *Realpolitik* avoids armaments races and war only if the major players of an international system are free to adjust their relations in accordance with changing circumstances or are restrained by a system of shared values, or both.”

Sob a égide desse pensamento, ocorre em 1871 a unificação da Alemanha e a mudança da idéia do sistema de equilíbrio do poder, o que viria a ocorrer em 1890, como explica Kissinger (1994, p. 167).

Em 1890, o conceito do equilíbrio do poder havia atingido o fim de seu potencial. Ele tornou-se necessário em primeiro lugar pela quantidade de estados que emergiram das cinzas da aspiração universalista da idade média. No século XVIII, seu corolário da *razão do Estado* resultou numa freqüência de guerras cujos objetivos principais eram prevenir o surgimento de um poder dominante e a ressurreição de um império Europeu. O equilíbrio do poder preservava a liberdade dos Estados, não a paz na Europa.²²

No entanto, assim como a *raison d'état*, a teoria da *Realpolitik* não tinha limites intrínsecos, não havia limites estabelecidos nem uma finalidade determinada, levando essa teoria a tornar-se uma versão mais perigosa da primeira, mantida sob controle enquanto seu criador estivesse articulando as relações internacionais (KISSINGER, 1994, p. 166; GREWE, 2000, p. 438). Controle que seria perdido com a renúncia do chanceler Bismarck e o não-surgimento no mundo europeu de um estadista capaz de o manter ou restabelecê-lo.

No cenário internacional, a renúncia de Bismarck deixou uma diplomacia incapaz de equilibrar a tensão entre as potências européias de forma satisfatória, tornando essa nova variante do equilíbrio do poder numa corrida bélica, cujo resultado seriam as duas grandes guerras mundiais no século XX (KISSINGER, 1994, p. 169) e a redução dos jogadores no campo do equilíbrio a duas superpotências: os Estados Unidos da América (EUA) e a União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS) por um período conhecido como a guerra fria (que se estendera de 1945 até 1991) determinando a bipolaridade mundial entre capitalismo e comunismo, que, por sua vez deixou, ao seu final, uma realidade mundial em um estágio totalmente novo: a globalização e a integração regional acelerada.

²² Tradução livre do original em inglês: "By 1880, the concept of the balance of power had reached the end of its potential. It had been made necessary in the first place by the multitude of states emerging from the ashes of medieval aspirations to universal empire. In the eighteenth century, its corollary of *raison d'état* handled to frequent wars whose primary function was to prevent the emergence of a dominant power and the resurrection of a European empire. The balance of power had preserved the liberties of states, not the peace of Europe."

De todas essas transformações no campo das relações internacionais, ocorreu um denominador comum: o efeito colateral de racionalizar o Estado-Nação, isso significando a adoção de personalidade deste e assunção do monopólio do conceito e conteúdo do Direito Internacional.

Lamentavelmente, as reflexões e a visão dos chamados fundadores do Direito internacional (notadamente os escritos dos teólogos espanhóis e a obra grociana), que o concebiam como um sistema verdadeiramente universal, vieram a ser suplantadas pela emergência do positivismo jurídico, que personificou o Estado dotando-o de ‘vontade própria’, reduzindo os direitos dos seres humanos aos que o Estado a estes ‘concedia’.” (TRINDADE, 2004, p. 204).

1.4 O PROCESSO DE RACIONALIZAÇÃO DO ESTADO-NAÇÃO: HEGEL E O POSITIVISMO

1.4.1 O contexto histórico: o século XIX

Nenhuma regra do direito internacional do século XIX expressamente serviu de suporte ao direito de autodeterminação nacional, e o direito resultante de que cada nação detinha o direito a formar um Estado independente. Porém, isso não impediu o crescimento da idéia de Estado-Nação para se tornar uma das concepções mais fortes de legitimidade sobre qual o direito internacional era fundamentado.²³ (GREWE, 2000, p. 485).

A busca do fundamento teórico do Estado-Nação contemporâneo faz o estudo retornar no tempo e voltar ao momento em que sua matriz teórica começa a surgir no pensamento humano, uma pequena viagem que nos leva até o século XIX, um século marcado por grandes e (relativamente) rápidas transformações na ordem internacional, em que a figura do filósofo alemão Georg Friedrich Wilhelm Hegel e o surgimento do movimento positivista nas ciências promovida por Augusto Comte sobressaem dos demais eventos.

²³ Tradução livre da edição em inglês: “No rule of international law in the nineteenth century expressly supported a right of national self-determination and a resulting right of independent statehood on the part of every nation. However, this did not prevent the idea of the nation-State from growing into one of the strongest conceptions of legitimacy on which international law was based.”

Antes de adentrar o campo teórico, é mister realizar uma contextualização do momento histórico do século XIX, um século que nascia marcado pelos efeitos da Revolução Francesa.

As primeiras décadas do século foram marcadas pela luta das monarquias absolutistas contra o sonho imperial de Napoleão Bonaparte e o efeito do ideal revolucionário do poder no povo (a nação), que se alastrava pela Europa; seus últimos anos marcados pelo fortalecimento da estrutura organizacional do poder à idéia de nação, com a unificação da Itália e da Alemanha, consagrando princípios como o da autodeterminação e da não-intervenção no continente europeu.

O século XIX foi marcado pela ascensão de um dos maiores ideais, pelos maiores conceitos ideológicos que o ser humano poderia criar com a própria razão: encontrara na palavra nação um substituto para a divindade, no lugar de reis surgia o povo e a nação. Nas ciências, isso significaria que a razão metafísica não teria, ao findar desse século, mais lugar diante da busca de uma razão “racional”, e o Estado-Nação seria o produto direto dessas concepções emergentes.

É sob influência desse conceito quase mitológico que as idéias surgiam naquele momento histórico, marcado pela existência de Estados fora da Europa, o início da queda dos impérios coloniais (especialmente nas Américas) e a transformação do *ius gentium* no *ius inter gentes*: o nascimento do se chama de Direito Internacional contemporâneo (ou moderno).

Os pensadores e os governos defrontando-se com as novas realidades mundiais, em especial o problema advindo do fortalecimento de um Estado não europeu em uma das ex-colônias americanas, forçaram uma revisão (e conseqüente substituição) do velho conceito da comunidade internacional como um clube fechado e privativo das nações (européias) civilizadas.

No campo teórico, essa revisão acendeu o debate acerca da natureza jurídica do ato que reconhecia uma nação como um Estado dotado de personalidade internacional (GREWE, 2000, p. 500), bem como marcou o início da era de mundialização do modelo europeu de organização nacional (o Estado-Nação), em um processo que se consolidaria no século XX com as duas guerras mundiais e a queda definitiva dos impérios coloniais.

Culminou na cisão da idéia de “sociedade internacional” entre indivíduos (típica do Direito Internacional Privado) e a “sociedade internacional” de Estados (objeto do Direito Internacional Público), situação que, com pequenas alterações, permanece até hoje. Pois, como o próprio lema do “racional é real e o que é real é racional” (HEGEL, 1999a, p. 14), o Estado-Nação, antes com elementos divinos que o tornavam irreal, tornava-se por via da idéia de nação algo real, algo concreto.

A corrente do pensamento historicista (ou romântica) do século XIX representa, em certa medida, uma versão evoluída da lei natural – tão evoluída a ponto de a ter transformado em algo quase irreconhecível. Era a lei natural coberta por uma vestimenta historicista, em que o principal expoente filosófico fora Georg Friedrich Hegel. Hegel concordava com os positivistas sobre a unidade fundamental do estudo ser o Estado-Nação. Em qualquer caso, ele foi mais dogmático nesse assunto do que a maioria da doutrina positivista chegou a ser – visualizando o Estado primeiramente como o veículo político para as aspirações culturais e psicológicas dos povos. Essa mentalidade historicista e romântica teve grande influência no pensamento do século XIX e nas políticas em geral, mas uma importância menor no direito internacional.²⁴ (NEFF, 2003, p. 47).

1.4.2 O historicismo de Hegel: a passagem do *ius gentium* para o *ius inter gentes*

²⁴ Tradução livre do original em inglês: “The historicist (or ‘romantic’) strand of nineteenth-century thought represents to some extent, an evolved version of natural law – but evolved to the point of being transformed nearly out of recognition. It was natural law decked out in a historicist garb, whose principal philosophical tailor was Georg Friedrich Hegel. Hegel agreed with the positivist that the fundamental unit of study was the nation-State. If anything, he was more dogmatic on that subject than the most doctrinaire positivist ever was – seeing the State primarily as the political vehicle for the cultural and psychological aspirations of peoples. This historicist and romantic mentality played a major role in nineteenth-century thought and politics generally, but only a minor one in international law.”

Como contextualizado no tópico anterior, o século XIX marcou a ascensão de dois fenômenos importantes no pensamento humano: a idéia mítica de nação com seu poder no povo e a substituição da metafísica pela racionalidade empírica (positiva).

Nessa onda de acontecimentos, surge o pensador Georg Friedrich Wilhelm Hegel, pertencente à corrente historicista, cujas lições contribuíram decisivamente para a mudança de rumo no pensamento humano.

A importância da obra de Hegel, neste estudo, reside em dois pontos fundamentais, ambos localizados em suas lições acerca da teoria do Estado (*Staatswissenschaft*): sua idéia de Estado e de Direito Internacional; ambas sedimentariam a passagem do *ius gentium* para o *ius inter gentes* realizada pelos positivistas.

A idéia hegeliana de Estado tem como ponto de partida a necessidade de se compreender o que Hegel pensava acerca do papel da teoria do Estado; ou seja, uma teoria que envolvesse a análise do Estado deveria objetivar a racionalização dele. Em outras palavras: o Estado deveria ser considerado como algo racional em si, sendo o dever da teoria transformá-lo em algo capaz de ser submetido à racionalidade humana para que ele pudesse existir no mundo; restringindo, dessa forma, o papel da Teoria do Estado em praticar uma análise eminentemente descritiva de como o Estado sucede na realidade, e não uma análise prescritiva de como ele poderia ser naquele momento (HEGEL, 1999a, p.16).

Nessa concepção do *modus procedendi* de uma Teoria do Estado, o Estado assume o papel de consubstanciar o espírito pleno e absoluto, tanto do indivíduo quanto da comunidade.

O Estado é a realidade da vontade substanciada, a qual em sua elevada plenitude tem uma autoconsciência especial, para si e por si é racional. Essa unidade substancial é uma autofinalidade absoluta e inerte, na qual a liberdade é seu maior Direito, assim como sua causa-fim o maior Direito contra os individuais, cujo maior dever é ser membro do Estado.²⁵ (HEGEL, 1999a, p. 208).

²⁵ Tradução livre do original em alemão: “Der Staat ist als die Wirklichkeit des substantiellen *Willens*, die er in dem zu seiner Allgemeinheit erhoben besonderen *Selbstbewußtsein* hat, das an und für sich *Vernünftige*. Diese substantielle Einheit ist absoluter unbewegter Selbstzweck, in welchem die Freiheit zu ihrem höchsten Recht

Acrescentando que, quando o espírito absoluto e pleno se associa a uma corporação, a uma sociedade cristã, sua finalidade acaba por recair no papel de garantir e assegurar os interesses e a propriedade de seus individuais, culminando na definição de que o Estado é a realidade da liberdade concreta (*Wirklichkeit der konkreten Freiheit*), resultado da soma das vontades individuais em um espírito superior (HEGEL, 1999a, p. 214-215).

Tomando por base esta idéia de Estado como o espírito superior da vontade coletiva em garantir a segurança e a propriedade, lança-se a base da idéia de soberania: que nada mais seria que o direito absoluto de um povo representado, ungido num Estado em ser reconhecido como um ser autônomo diante dos demais.

O povo como Estado é o espírito de sua racionalidade substanciada e da sua invariável realidade, desse modo o poder absoluto sobre a Terra; um Estado, conseqüentemente, perante os outros, é uma autonomia soberana. Assim, ser um ‘ser’ perante os outros, isto é, ser reconhecido, é seu primeiro e absoluto direito.²⁶ (HEGEL, 1999a, p. 284).

De tal concepção absoluta da figura do Estado, advém a idéia do Direito estatal externo (*das äußere Staatsrecht*) como base da idéia de uma comunidade formada por “seres” soberanos, ou seja, a idéia de que a comunidade de Estados, e não de indivíduos, é que seria objeto do Direito Internacional, o qual não passaria de um direito estatal externo (ou Direito externo do Estado), lançando as bases racionais da idéia de *ius inter gentes*.

Isto se torna evidente quando Hegel expõe sua forma de atingir a paz eterna, uma resposta direta ao tratado elaborado décadas antes por Immanuel Kant, em que rechaçando o pensamento naturalista implícito do *ius gentium* e sua racionalidade superior metafísica,

kommt, sowie dieser Endzweck das höchste Recht gegen die Einzelnen hat, deren *höchste Pflicht* es ist, Mitglieder des Staats zu sein.”

²⁶ Tradução livre do original em alemão: “Das Volk als Staat ist der Geist in seiner substantiellen Vernünftigkeit und unmittelbaren Wirklichkeit, daher die absolute Macht auf *Erden*; ein Staat ist folglich gegen den anderen in souveräner Selbständigkeit. Als solcher *für den anderen* zu sein, d. i. von ihm *anerkannt zu sein*, ist seine erste absolute Berechtigung.”

determina que uma pessoa seja considerada real e necessita de outra pessoa reconhecê-la como tal; assim o mesmo ocorreria com os Estados uma vez que ele só existiria com outro Estado que o reconheceria e o tornaria real; a denominada autoconsciência da substância do costume (*selbstbewusste sittliche Substanz*) resultante da união entre família e sociedade civil (HEGEL, 1999b, p. 507).

A paz eterna seria conquistada dessa forma, por via do reconhecimento em cada povo e um Estado (base da associação entre nação e Estado), sendo esse reconhecimento da soberania estatal, a base da harmonia de sua comunidade (HEGEL, 1999b, p. 523). Para regulamentar esses diferentes Estados, existiria o Direito Internacional, cujas normas deveriam ser respeitadas sob pena da utilização do Direito de Guerra em caso de seu descumprimento (HEGEL, 1999a, p. 285).

Essas lições influenciariam os subseqüentes pensadores sobre o Direito Internacional, em especial os positivistas, em se basear na comunidade de Estados, na idéia absoluta de soberania e na ausência de uma “vontade especial” na solução de conflitos representada pelo Estado: lançar os fundamentos do Direito Internacional contemporâneo, não mais baseado em um ideal universal idealista do *ius gentium*, mas sim na igualdade soberana dos Estados, base racional do *ius inter gentes*.

1.4.3 O positivismo voluntarista: o Estado-Nação sujeito do Direito Internacional

Por último, no estado positivo, o espírito humano, reconhecendo a impossibilidade de obter noções absolutas, renuncia a procurar a origem e o destino do universo e a conhecer as causas íntimas dos fenômenos, para se dedicar apenas à descoberta, pelo uso bem combinado do raciocínio e da observação, das suas leis efectivas, isto é, das suas relações invariáveis de sucessão e de similitude. A explicação dos factos, reduzida então aos seus termos reais, não é mais, a partir daqui, do que a ligação que se estabelece entre os diversos fenômenos particulares e alguns factos gerais cujo número tende, com os progressos da ciência, a diminuir cada vez mais. (COMTE, 1991, p. 5-6).

A era científica preconizada pelo positivismo de Comte e as ramificações vindas depois dele mantiveram como constante a “idéia de que a Filosofia é algo de inseparável do saber empírico e positivo, uma forma ou momento das próprias ciências, quando não as ciências em sua visão unitária” (REALE, 2002, p. 15), o que implica a concepção da Ciência como um saber parcial unificado, referindo-se sempre a um aspecto delimitado de um universo de outros aspectos possíveis. Tem como condição fundamental a “observação e análise de fatos e de relações entre fatos” (REALE, 2002, p. 15), culminando em um discurso científico de caráter descritivo, limitado a descrever fatos, com a finalidade de encerrar, ou a tentativa de encerrar, os trabalhos meramente especulativos subordinados à teologia e de aspectos metafísicos.

Na visão positivista, opera-se uma inversão: a Filosofia é também algo posto a serviço de algo, não mais um conhecimento subordinado à Teologia, ou que encontre nela um ‘limite’ negativo, mas a serviço da própria Ciência, cujos resultados devem unificar e completar, e de cujas conclusões deve partir. (REALE, 2002, p. 17).

Transformando o campo filosófico, as conseqüências logo viriam a adentrar os ramos do conhecimento humano, dentre eles a Ciência do Direito, em que os estudos da norma jurídica, a lei e o Estado sofreriam inúmeros revezes, em especial destaque, a eliminação do conteúdo metafísico e teológico de sua estrutura (a qual já fora proposta em linhas gerais por Hegel na seção 1.4.3). Ocasionalmente, assim, no campo do direito internacional, na adoção de um conceito “sutil” de soberania como direito absoluto, na separação dualística entre ordenamento jurídico interno e ordenamento jurídico internacional, o surgimento da exclusividade do Estado-Nação como detentor de personalidade jurídica internacional e seu direito ilimitado de promover guerras. Todas teorias tendo em comum a contribuição em conferir uma natureza contratualista às regras e codificações internacionais, ou seja, o caráter voluntarista dessas normas (GREWE, 2000, p. 512).

Esse fenômeno desenvolveu-se com especial intensidade no período de 1830-1914, em que a doutrina positivista do voluntarismo, aproveitando a substituição da figura do Indivíduo pela do Estado, concebeu o Direito Internacional como baseado na livre vontade dos Estados, de maneira a adentrar a jurisprudência da Corte Permanente de Justiça internacional (CPJI), a então Corte Mundial, que, ao julgar em 1927 o Caso do S.S. Lótus (França contra Turquia), decidiu que a lei internacional governa as relações entre os Estados (-nação), e era na livre vontade destes que residia à força vinculativa da lei internacional, sendo, portanto, vedada a presunção de qualquer restrição a um Estado (-nação) independente (TRINDADE, 2002, p. 188-190).

A afirmação final do Estado-Nação no plano internacional, porém, viria seis anos depois dessa decisão, quando em 1933 realizou-se a Convenção sobre Direitos e Deveres dos Estados em Montevideu, que em seu artigo 1.º define que o Estado, para ser considerado pessoa de direito internacional, deverá ter as seguintes qualidades: a) população permanente; (b) território definido; c) governo e d) capacidade para se relacionar com outros Estados; os denominados elementos do Estado (nação) utilizados pela maioria dos juristas para definir a figura do Estado-Nação (BROWNLIE, 2003, p. 70).

Previsão legal internacional determinante para o fechamento da consolidação em âmbito internacional da figura do Estado-Nação, firmando a concepção do direito internacional como um direito interestatal, e assumindo a figura de modelo padrão de organização dos povos (países) do globo, mesmo naqueles onde faltasse o “substrato de uma nacionalidade homogênea na população” (GREWE, 2000, p. 652).

Importa salientar que tal situação caracteriza o pensamento do século XIX e o predominante até meados do século XX, sendo atualmente o próprio positivismo estadista, que une direito ao Estado, e o fundamento do sistema interestatal já se demonstra em estado agonizante (SOUTO, 2000, p.99), resultando, no plano internacional, na gradual sofisticação

das teorias sobre o Direito Internacional e a quebra do monopólio do Estado-Nação como sujeito do direito internacional, como leciona Shaw (2003, p. 45):

[...] Mas a gradual sofisticação da doutrina positivista, combinada com o advento de novos elementos em todo sistema das relações internacionais, tem quebrado essa ênfase exclusivista e estendido o papel desempenhado pelas entidades não-estatais, como os indivíduos, as empresas multinacionais e as instituições internacionais.²⁷

Inegável ainda é o fato de que o Estado-Nação ainda exerce uma função principal e quase monopolista nas relações reguladas pelo Direito Internacional, mas já se admite a existência de outros atores internacionais diferentes dele, o qual pode representar, em seu desenvolvimento, um início de rachadura do sistema interestatal e sua possível extinção em um futuro (bem) distante.

Todas as predições da morte do Estado-Nação e da formação de esferas maiores de controle político provaram-se incorretas ou ao menos prematuras. Pelo contrario, no curso da ‘descolonização’, uma multidão de novos Estados surgiram, os quais, mesmo faltando o substrato de uma população nacional homogênea – como foi caso da maioria dos novos Estados africanos –, foram erguidos de acordo com o modelo tradicional do Estado-Nação.²⁸ (GREWE, 2000, p. 652).

²⁷ Tradução livre do original em inglês: “But the gradual sophistication of positivist doctrine, combined with the advent of new approaches to the whole system of international relations, has broken down this exclusive emphasis and extended the roles played by non-state entities, such as individuals, multinational firms and international institutions.”

²⁸ Tradução livre da edição em inglês: “All predictions of the death of the nation-state and the formation of larger spheres of political control proved incorrect or at least premature. On the contrary, in the course of ‘decolonisation’ a multitude of new States were born which, even if they lacked the substratum of a nationality homogeneous population – as was the case with most of the new African States – were erected according to the model of the traditional nation-State.”

2 O ESTADO-NAÇÃO CONTEMPORÂNEO

2.1 O SIGNIFICADO DE ESTADO-NAÇÃO

Estabelecido o contexto histórico em que o modelo contemporâneo de organização estatal veio a emergir, dotando-se de características, de legitimidade e garantindo sua sobrevivência a todas as transformações ocorridas nos últimos decênios do século XX e do início do século XXI, resta estabelecer o significado da expressão Estado-Nação, ou seja, dar conteúdo ao modelo de organização estatal baseado na nação, principalmente no que se refere aos fatores que lhe conferem personalidade jurídica internacional.

Inicialmente, deve-se rememorar a posição expressada *supra* (1.1) quando, abordando-se a questão do significado e do surgimento da idéia **Estado**, afirmou-se que ele existe a partir do momento em que existia uma comunidade, uma sociedade humana organizada, derivando suas características, seus elementos e sua estrutura do momento do espaço-temporal em que essa organização se produz.

De tal maneira, a expressão Estado-Nação é sinônimo de Estado moderno ou Estado liberal, e é comumente grafada na doutrina sociojurídica como Estado, ou seja, ao deparar-se com alguma obra jurídica contemporânea, principalmente nos ramos do direito público, encontrando-se a palavra Estado, ela se refere ao Estado-Nação, uma forma de organização social cujo desenvolvimento sucedeu (em linhas gerais) conforme exposto *supra* (especialmente 1.2) e, ainda, uma das figuras centrais do Direito Internacional contemporâneo.

Da teoria jurídica contemporânea, poderia argüir-se que, no contexto mundial e no próprio pensamento dogmático contemporâneo, o advento da idéia de “Estado de direito” (ou

Estado democrático de direito), a afirmação de que o Estado contemporâneo poderia ser um modelo do século XIX, em especial do Estado-Nação, seria um equívoco. Contudo, para contornar essa visão, pode-se rememorar uma famosa passagem escrita na mesma época em que o Estado-Nação se racionalizava e consolidava, de modo a sintetizar toda a consideração histórica realizada *supra* (vide 1), passagem que narrava a aventura de uma profeta chamado Zaratustra e sua idéia de sobre-homem (*übermensch*):

E o que faz um Santo na floresta? Indagou Zaratustra.

O Santo respondeu: ‘Eu faço canções e as canto, e quando eu as faço, eu rio, choro e sussurro; louvando a Deus.

Com meu canto, choro, riso e sussurrar louvando a Deus, que é o meu Deus. Mas o que vós nos trás de presente?’

Quando Zaratustra ouviu essas palavras, ele saudava o Santo e disse: ‘O que eu teria de dar para vós! Mas deixe-me continuar minha caminhada, antes que lhe toma algo!’ - E assim se separaram, o Velho e o homem, rindo como duas crianças.

Porém quando Zaratustra ficou só, ele disse para seu coração: ‘Como poderia ser possível! Esse velho Santo em sua floresta ainda não ter ouvido, que *Deus está morto*.’

Quando Zaratustra chegou à próxima cidade, a qual beirava as florestas, ele encontrou as pessoas reunidas no mercado: pois correram rumores de que um dançarino de cordas ia aparecer. E Zaratustra falou para o povo:

‘*Eu ensino a superação humana* [übermensch]. A humanidade é algo a se superar. O que vocês fizeram para superá-la?’²⁹ (NIETZSCHE, 1999, p. 11, grifo do autor).

A resposta a esse questionamento é indubitavelmente em sede jurídica, a figura do então emergente Estado-Nação, o qual nada mais foi que a expressão máxima da superação humana fora dos limites metafísicos, ou seja, totalmente construída dentro dos limites da razão humana.

²⁹ Tradução livre do original em alemão: “[...] ‘Und was macht der heilige im Walde?’ fragte Zarathustra. Der Heilige antwortete: ‘Ich mache Lieder und singe sie, und wenn ich Lieder mache, lache, weine und brumme ich: also lobe ich Gott. Mit Singen, Weinen, Lachen und Brummen lobe ich den Gott, der mein Gott ist. Doch was bringst du uns zum Geschenke?’ ‘Als Zarathustra diese Worte gehört hatte, grüßte er den Heiligen und sprach: ‘Was hätte ich euch zu geben! Aber laßt mich schnell davon, daß ich euch nichts nehme!’- Und so trennten sie sich voneinander, der Greis und der Mann, lachend, gleichwie zwei Knaben lachen. Als Zarathustra aber allein war, sprach er also zu seinem Herzen: ‘Sollte es denn möglich sein! Dieser alte Heilige hat in seinem Walde noch nichts davon gehört, daß *Gott tot* ist.’ Als Zarathustra in die nächste Stadt kam, die an den Wäldern liegt, fand er daselbst viel Volk versammelt auf dem Markte: denn es war verheißen worden, dass man einen Seiltänzer sehen solle. Und Zarathustra sprach also zum Volke: ‘*Ich lehre euch den Übermenschen*. Der Mensch ist etwas das überwunden werden soll. Was habt ihr getan ihn zu überwinden?’”

O resultado dessa construção foi a manutenção do Estado-Nação como modelo dominante, mesmo diante das fortes mudanças que ocorrem no campo jurídico, em especial no Direito Internacional após a 2.^a Guerra Mundial, as quais não foram suficientes para desenvolver uma nova concepção de *Estado*, nem em modificar a situação do Direito Internacional, que continua eminentemente um direito interestatal (IPSEN, 2004, p. 59), ocorrendo, como já mencionado, somente uma quebra parcial do monopólio do Estado nas relações internacionais.

Posta à prova a soberania do Estado pela solidariedade internacional, chegou-se depois de quase dois séculos de evolução a uma pluralidade de sistemas, que faz desaparecer não o sistema interestatal clássico, mas unicamente seu monopólio. Ainda é necessário notar que a organização internacional tal como é concebida hoje em dia não nega a soberania, nem mesmo a limita: é na vontade dos Estados que ela encontra seu fundamento e vai somente permitir uma coexistência das soberanias tão harmoniosa quanto possível. (DINH; DILLIER; PELLET, 2003, p. 67).

Poder-se-ia apontar mais uma falha nesse pensamento ao se afirmar que a idéia de nação já não mais existe na figura da maioria dos Estados contemporâneos, sendo a regra da população destes o plurinacionalismo, cujas exceções somente se encontram nos Estados minúsculos (DALLARI, 2001, p. 135).

Esse apontamento é baseado na idéia de que o termo **nação** significa somente a existência na população, na comunidade de laços de ancestralidade e cultura homogêneos, podendo ser facilmente rebatida com a versão legalista do mesmo termo, ou seja, no vínculo principal que liga o Indivíduo a determinado Estado-Nação contemporâneo, que tem o sugestivo nome de “nacionalidade”, e continua em vigor em todos os países do mundo contemporâneo.

Nacionalidade é a permanente dependência de uma pessoa a determinado Estado, sendo por isso mesmo princípio firme de direito das gentes que cada Estado declara soberanamente quais são os seus súditos, pelo que nenhum Estado pode atribuir a nacionalidade de outro. (CASTRO, A., 2004, p. 198-199).

Superada essa questão terminológica mesmo momentaneamente, verifica-se a necessidade de esclarecer em que consiste a figura do Estado atualmente; no plano interno figura como a ordem jurídica; enquanto no plano internacional, como pessoa jurídica.

Tal divisão conceptual da figura do Estado-Nação no binômio direito interno/internacional decorre da diferente função que este exerce em cada uma delas, em que, no direito interno, ele é o ordenamento jurídico, baseado em uma complexa formulação entre direito e poder (governo, autoridade), pressupondo a existência de um único soberano (o Estado). Essa situação é insustentável na comunidade internacional, onde, na coexistência de diferentes poderes soberanos independentes, assume a figura de pessoa jurídica, ou um ente dotado de personalidade jurídica internacional, que nada mais é que a capacidade de figurar como membro dessa comunidade internacional (sentido de interestatal).

Assim como a teoria do Direito privado pressupõe originariamente que a personalidade jurídica do Indivíduo precede lógica e cronologicamente o Direito objetivo, isto é, a ordem jurídica, assim também a teoria do Estado pressupõe que o Estado, enquanto unidade coletiva que aparece como sujeito de uma vontade e de uma atuação, é independente do Direito e até preexistente ao mesmo. Mas o Estado cumpre a sua missão histórica – ensina-se – criando o Direito, o “seu” Direito, a ordem jurídica objetiva, para depois se submeter ele próprio a ela, quer dizer: para se obrigar e se atribui direitos através do seu próprio Direito. Assim o Estado é, como entidade metajurídica, como uma espécie de poderoso macro-anthropos ou organismo social, pressuposto do Direito e, ao mesmo tempo, sujeito jurídico que pressupõe o Direito porque lhe está submetido, é por ele obrigado e dele recebe direitos. E a teoria da bilateralidade e autovinculação do Estado que, apesar das patentes contradições que, repetidamente lhe são associadas, se afirma contra todas as objeções com uma tenacidade sem exemplo. (KELSEN, 1998b, p. 315).

No direito interno, o Estado é o resultado da organização social da comunidade humana; no caso do Estado contemporâneo, ele é resultado da organização social de determinada comunidade humana, centralizando de forma monopolista a produção do direito e da aplicação do uso da força (MATOS, 2002, p. 149-150), ou seja, ele detém o uso legítimo da força na comunidade.

É no que se pode melhor conceituar como uma complexa representação de todo o poder do agrupamento humano em torno de um ente, em uma instituição: a ordem jurídica, a

ordem à qual se ajustam as ações humanas, a idéia a qual os indivíduos adaptam sua conduta, sendo, dessa maneira, uma sociedade politicamente organizada devido a se tratar de uma comunidade constituída por um poder central e de uma relação de subordinação entre o Indivíduo e a ordem pública, relação comumente denominada de coercitiva (KELSEN, 1998a, p. 272-273).

Nesse contexto, o Estado contemporâneo poderia denominar-se de uma entidade jurídica única que se funde noção de Direito, baseada em uma estrutura divisional do trabalho de uma pessoa jurídica, detendo características próprias – cujos requisitos de existência são um território, população e governo – que em conjunto são denominadas de “condições de estatalidade”.

O **Estado** é a organização de um grupo de pessoas em uma determinada parte da Terra, que tem uma forma originária de poder sobre todas as pessoas a ele submetidas.

Essa organização é uma pessoa jurídica e na forma de corpo administrativo regional. Ela pode agir por via de órgãos, prescrever determinações unilaterais e assim ordenar a vida das pessoas que estão a ela vinculadas, podendo realizar e extinguir contratos, tanto de direito público como de direito privado. O Estado engloba não somente a soma de todos os seus nacionais e, ao mesmo tempo, também uma unidade independente de mudança de nacionalidade. É competente para todas as funções que se ofereçam em seu território. Tendo e construindo uma ordem jurídica fechada, garantida pelo seu poder. Sua soberania é, em princípio, ilimitada e se apresenta sempre originária, assim não sendo sujeito de nenhum outro.³⁰ (REINECK, 2003, p. 13, grifo do autor).

Enquanto admissível no campo do direito interno essa figura metajurídica do Estado, onde praticamente se confunde com o Direito, no plano internacional, tal situação se demonstra inadmissível a ponto de que, até mesmo a denominação do Estado como ordem

³⁰ Tradução livre do original em alemão: “**Staat** ist die Organisation einer Gruppe von Menschen innerhalb eines bestimmten Teils der Erde, die mit einer ursprünglichen hoheitlichen Gewalt über alle in ihm lebenden Menschen ausgestattet ist. Diese Organisation ist eine juristische Person und zwar eine Gebietskörperschaft. Sie kann durch Organe, die für sie handeln, einseitige Anordnungen geben und dadurch das Leben der in ihr lebenden Menschen ordnen, sie kann öffentlich-rechtliche und privatrechtliche Verträge abschließen und kündigen. Der Staat umfasst nicht nur die Summe aller ihm angehörenden Menschen, er ist zugleich eine vom Wechsel der Staatsangehörigen unabhängige Einheit. Er ist zuständig für alle Aufgabe, die sich ihm aus seinem Gebiet heraus stellen. Auch hat er eine geschlossene, durch seine Machtmittel durchsetzbare Rechtsordnung geschaffen. Seine Herrschaftsmacht ist im Grundsatz unbeschränkt und steht ihm originär, d. h. nicht von einer anderen Stelle abgeleitet, zu.”

jurídica necessita ser limitada com a adjetivação de nacional, ou seja, ordem jurídica nacional em oposição à ordem jurídica internacional, que não corresponde a um Estado-Nação, nem mesmo a um Estado, uma vez que está relegada à idéia de sociedade de Estados, uma das facetas da sociedade internacional.

Na *sociedade internacional* há dois aspectos que é necessário bem distinguir, o que nem sempre se tem feito. De um lado está, um conglomerado de Estados, que se associam para mais facilmente alcançar a realização de seus fins; de outro, estende-se um vasto amálgama de indivíduos, que, independentemente das relações de amizade acaso existentes entre os grupos sociais a que pertencem, effectuam os diversos actos a vida commum, compras e vendas, locações de serviços, doações, testamentos, translações de propriedade, matrimônios, etc. É para este segundo grupo de relações que se deve reservar a designação – *sociedade internacional*. (BEVILÁQUA, 2002, p.61, grifos do autor).

O Estado aparece nessa perspectiva como sujeito principal do direito internacional; ou seja, diferentemente de uma ordem jurídica impessoal no contexto interno, o Estado se assemelha a uma pessoa jurídica; ou melhor, uma ficção jurídica dotada de personalidade é a idéia de que o Estado é dotado de vontade (vide *supra* 1.4.3), capaz de contrair direito e deveres como se fosse um indivíduo capacitado qualquer.

Tal ficção decorre da impossibilidade de se transpor para o campo internacional à idéia interna de todo, o Estado no campo interno é a encarnação do todo do sistema, por isso é uma ordem jurídica; mas no campo internacional, existe mais de um **todo**, o que significa que nesse espectro o Estado em realidade é uma parte, parte autônoma ou independente graças a uma característica que ele mesmo criou: a soberania.

Daí a acertada observação de Lefort (2003, p. 63) de o Estado consistir em uma “fórmula paradoxal, pois combina a idéia de *imperium* reservada ao Soberano do mundo com a idéia de um poder que se exerce nos limites de um país”.

Pode-se indagar por que motivo essa fórmula que se consolidou no século XIX continua existindo e predominando no cenário nacional e internacional; indagação essa que encontra uma de suas respostas na figura do mecanismo criado pelos próprios Estados-Nação

para serem considerados Estados com personalidade jurídica internacional: o dever de passagem pelo rito de reconhecimento por outro Estado, ato internacional de reconhecimento, ou seja, preencher as “condições de estatalidade” (*Statehood conditions* (WARBRICK, 2003, p. 207), que são conforme a Convenção de Montevideu sobre Direitos e Deveres do Estado de 1933:

- a) população permanente;
- b) um território definido;
- c) governo;
- d) capacidade de se relacionar com outros Estados, no que a doutrina costuma definir como os Elementos do Estado,³¹ conhecida como “a teoria dos três elementos” desenvolvida em Georg Jellinek.

A expressão ‘um Estado’ não é o nome de qualquer pessoa ou coisa intrinsecamente, ou ‘por natureza’, fora do direito; é um modo de referir dois factos: em primeiro lugar, que a população habitando num território vive sob aquela forma de governo ordenado, conferida por um sistema jurídico com a sua estrutura característica de poder legislativo, tribunais e regras primárias; e, em segundo lugar, que o governo goza de um grau de independência vagamente definido. (HART, 2001, p. 237).

2.2 AS CONDIÇÕES DE ESTATALIDADE

2.2.1 A aquisição de personalidade jurídica internacional

A estatalidade de uma comunidade com poder organizado regulasse pelas características desenvolvidas na Teoria Geral do Estado, retroagindo até Georg Jellinek, da ‘Teoria dos três elementos’. Determinando que somente será considerado um Estado a comunidade humano-territorial quando existir – externamente limitado somente pelo Direito internacional, e autônomo no âmbito interno – uma Autoridade, a qual englobe um *Povo* e um *território* delimitado.

³¹ Adotam esse critério, a via de exemplo, Shaw (2004, p. 178), Brownlie (2003, p. 70), Reineck (2003, p. 13), Amílcar Castro, (2004, p. 1-2) e Mello (2004, p. 355).

Autoridade (governo), o Povo e o território, assim se apresentam os três elementos indispensáveis do Estado.³² (IPSEN, 2004, p. 59-60, grifos do autor).

Ser detentor de personalidade jurídica, em linhas gerais, consiste na habilidade do indivíduo em contrair, em primeiro plano, os direitos assegurados pelo ordenamento jurídico, e no segundo momento, contrair deveres por via da capacidade. Personalidade jurídica destarte é o elemento essencial existente por via da regulação da lei, em que as pessoas físicas, as instituições e os grupos podem operar de forma capaz de manter e assegurar seus pleitos, dotando suas relações de segurança jurídica (SHAW, 2003, p. 175).

A personalidade jurídica, ou seja, a capacidade de contrair direitos e deveres, *a priori*, advém da lei, a lei estabelecida por via do Direito, o qual, no plano interno, é comumente confundido com a figura do Estado, representação (personificação) da ordem jurídica nacional. Assim, é fácil compreender como uma pessoa ou um grupo de pessoas adquire personalidade, torna-se sujeito do Direito.

Tal definição é fácil de compreender quando se adentra o plano do Direito interno, em que o Estado surge como figura que emana o direito e seus comandos. Como explicar, porém, a mesma situação no plano internacional, em que os Estados são o todo de uma determinada ordem jurídica existente em um território, tutelando um povo e estruturado de forma auto-suficiente, ou seja, como determinar quem é sujeito do Direito se, *a priori*, não existe uma autoridade centralizada para determinar tal fato?

No intuito de responder a essa indagação, a doutrina, tanto do Direito Internacional como da Teoria Geral do Estado, estabeleceu três premissas básicas:

a) construir o Estado como uma pessoa jurídica;

³² Tradução livre do original em alemão: “Die Staatseigenschaft eines organisierten Herrschaftsverbandes bestimmt sich nach der in der Allgemeinen Staatslehre entwickelten, auf Georg Jellinek zurückgehenden „Drei-Elementen-Lehre“. Danach ist ein politisch und rechtlich organisierter Gebiets- und Personenverband dann ein Staat, wenn eine – nach außen nur an das Völkerrecht gebundene, nach innen autonome – Gewalt gegeben ist, die einem Volk und einem abgegrenzten Gebiet zugeordnet ist. Staatsgewalt, Staatsvolk und Staatsgebiet stellen somit die drei unabdingbaren Elemente des Staates dar.”

- b) estabelecer, como pessoa jurídica, os critérios do modo de aquisição do *status* de sujeito de direito internacional;
- c) estabelecer a natureza do direito internacional de tal modo que confirme as duas premissas anteriores.

Como já mencionado *supra* (2.1) ao abordar o significado de Estado-Nação, a adequação deste a uma pessoa jurídica, tornando-a a encarnação de uma ordem jurídica nacional em um Indivíduo juridicamente existente, apesar das imperfeições, não é algo inaceitável de se conceber desde que se tenha em mente que o Estado, como pessoa jurídica, assume uma série de características que o diferenciam das pessoas jurídicas de direito interno, como as empresas e as pessoas jurídicas em geral.

Já a segunda premissa, o estabelecimento de critérios para a aquisição do *status* de sujeito de direito internacional, à primeira vista, não aparenta grandes problemas, uma vez que “os Estados são qualificados impropriamente de ‘sujeitos’ da ordem jurídica internacional, se se entende com isso que lhes são sujeitos” (RIGAUX, 2000, p. 7).

O problema dessa premissa está justamente no modo como foi construído: a concepção de auto-restrição voluntária do Estado. A idéia de que o Estado-Nação se torna sujeito do direito internacional por uma limitação que ele mesmo se impõe, ou seja, ele restringe seu poder para possibilitar sua convivência com outros Estados nacionais em regime de sociedade de Estados.

Essa auto-restrição acaba por caracterizar a concepção da personalidade jurídica internacional como uma espécie de convite para que o Estado adentre o sistema interestatal; situação que chega a ser inconseqüente de sustentar, porque equivale à afirmação de que o Estado tem poder absoluto, poder de realizar tudo, a ponto de legitimar a idéia de que pode aniquilar ou submeter e escravizar o homem, não o fazendo por benevolência suprema (GOULART, 1994, p. 38).

Esse problema desemboca na terceira premissa: a questão da natureza do Direito internacional, uma questão que envolve o problema do fundamento de autoridade da norma de Direito Internacional. Essa questão, necessariamente, acaba por ser desenvolvida de forma a confirmar e validar (ao menos no aspecto lógico) as duas premissas anteriores, como fizeram os positivistas voluntaristas ao basear o direito internacional na vontade dos Estados nacionais, o Estado-Nação tornado um ser racionalmente divino (um *übermensch*), ou utilizando-as como categorias de validade para as reflexões contemporâneas acerca do Direito Internacional, dificultando o debate adequado sobre aquelas que visam ao resgate das teorias internacionalistas do período pré-vestefaliano e nas suas reelaborações.

A terceira premissa, dessa forma, acaba por confirmar que o assunto ainda é uma questão aberta, e um dos marcos que impedem a consolidação da figura do Estado-Nação como único sujeito do Direito Internacional, de sua vontade como a mola motriz das normas internacionais.

Na concepção continental do direito internacional, prevaleceu o aumento de um claro e inequívoco positivismo. Este procura basear todo o direito internacional no consentimento dos Estados – a ‘reciprocidade de vontades’ – e conseqüentemente reconheceu somente os tratados (consentimento expresso) e o costume (consentimento tácito) como fontes do direito internacional. As dificuldades dessa construção, que se encontram necessariamente em toda teoria positivista, tornaram-se evidentes por uma gama de tentativas de maior e menor insucesso para achar soluções logicamente coerentes.

O problema fundamental que se posicionou no caminho dessas tentativas foi o mesmo que representa um *stumbling block* para todo o positivismo – que no direito internacional não existe autoridade superior prescrevendo comandos jurídicos e garantindo a eficácia necessária para que eles sejam cumpridos.³³ (GREWE, 2000, p. 504, grifo nosso).

³³ Tradução livre da edição em inglês: “In the continental conception of international law a clear and unequivocal positivism increasingly prevailed. This sought to base all international law on the consent of States – the ‘reciprocity of will’ – and consequently recognized only treaty (express consent) and custom (tacit consent) as sources of international law. The difficulties of construction which every positivist theory necessarily [sic!] encountered were evidenced by a multitude of more-or-less unsuccessful attempts to find logically coherent solutions. The fundamental problem that stood in the way of these efforts was the same as that which represented a stumbling block for all positivism – that in international law there existed no superior authority issuing legal commands and guaranteeing that those commands would necessarily be enforced.”

Essas três premissas, no momento atual, servem como uma advertência de que, por trás de uma definição aparentemente simples do que viria a consistir a personalidade jurídica internacional, existem graves problemas teóricos.

Feita a advertência, pode-se definir, em linhas gerais, que a personalidade jurídica internacional, além de conceder o *status* de Estado-Nação, tem a função de servir como convite para que ele adentre como membro da sociedade internacional (de Estados), com capacidade para celebrar tratados, pelos quais adquire uma gama de direito e deveres além daqueles existentes na ordem jurídica interna (WARBRICK, 2003, p.2 18-219).

O ato de reconhecimento figura como um dos pré-requisitos para que o Estado obtenha personalidade internacional, e figurando as “condições de estatalidade” como requisitos essenciais para obtenção dessa personalidade, que, conforme o artigo 1.º da Convenção de Montevideu sobre Direito e Deveres dos Estados considera, são: povo, território, governo e capacidade de entrar em relação com outros Estados, sendo um visível desdobramento da teoria dos três elementos de Jellinek.

2.2.2 Uma população permanente: o elemento humano

Não existe nada no mundo jurídico sem o ser humano. Assim, as doutrinas jurídicas (principalmente as da TGE e do DIP) são pacíficas em afirmar que o primeiro elemento do Estado, de qualquer Estado, é o elemento humano, comumente denotado de povo, mas tem várias conotações quando relacionado com o Estado (MATOS, 2002, p. 53).

Estado é o resultado do processo que fez o homem, antes errante e vivente nos bosques e florestas, ser tomado de uma vontade – necessidade de se fixar e se aproximar dos outros homens, formando a família, a tribo, o clã até chegar a Nação, unido por costume e espírito advindo de uma lei natural (ROUSSEAU, 2003, p. 99).

Com o desenvolvimento das comunidades humanas, surge a concepção de nação no século XIX, não o termo,³⁴ mas a idéia de que a base da organização social humana derivava de nação, sendo esse o elemento humano do Estado, fazendo consolidar o modelo aqui denominado de Estado-Nação, um elemento que envolve uma série de complexas relações sociais que incluem desde o mesmo idioma até um destino histórico em comum.

Como já mencionado *supra* (2.1), como seria possível o Estado contemporâneo ser um modelo do século XIX, se na realidade mundial predominam as populações plurinacionais, permanecendo somente o vínculo jurídico do Estado com o cidadão como se fosse a idéia da nacionalidade?

Essa situação se explica pela ambivalência de significados do termo nação e da tomada do poder pelo Estado no estabelecimento do vínculo com seus súditos. Ou seja, a troca da idéia de que a comunidade surge por força do indivíduo e suas qualidades, pela idéia da imposição do vínculo pela força legal do Estado, é a consequência direta da definição do poder absoluto e autônomo deste em relação à sociedade, apresentando-se como única autoridade controladora legítima (WOLFF, 2003, p. 33). Dessa maneira, como definir a idéia de nação em relação ao Estado-Nação?

O que é nação? [...] a nação é um produto da História. Ora, seja considerando-se que a nação só merece seu nome a partir do momento em que se afirma como soberana, seja que ela já tinha uma forma no quadro do reino medieval, temos que reconhecer que ela coincide com a existência de um território delimitado por fronteiras sobre o qual se exerce uma autoridade soberana. Na falta dessa característica, o termo não designaria nada mais que uma etnia, isto é, uma população cujos membros têm apego aos mesmos costumes. (LEFORT, 2003, p. 63).

³⁴ Acerca do surgimento do termo Nação, explica Mello (2004, p. 991-992): “Na vida internacional a palavra nação já teve vários sentidos, por exemplo, no Concílio de Constança, a expressão nação alemã servia para designar os delegados da Europa Oriental; nação inglesa para a Europa Setentrional. Parece que a origem da palavra nação vem da Idade Média, na Universidade de Paris, onde os estudantes se agrupavam conforme sua origem comum, e cada grupo era uma nação.”

Essa é a definição mais comum que se encontra na doutrina, mas ela é somente uma das possíveis, e nesse caso particular, ela é baseada na figura do Indivíduo, ou melhor, na idéia de que o Indivíduo pertence à determinada comunidade por força dos laços culturais, familiares, sanguíneos, fundamento da nacionalidade baseada no *jus sanguinis*, ou seja, decorrente do sangue. O laço familiar foi um dos fatores que o Estado não pôde suprir e teve de se conformar em manter como modo de aquisição de vínculo do Indivíduo com a comunidade, com o próprio Estado.

Contudo, com a decadência do conceito de nação como unidade cultural, em razão da grande miscigenação decorrente dos movimentos migratórios humanos, essa forma de adquirir vínculo com uma determinada comunidade somente resta naqueles (poucos) países onde o Estado-Nação se desenvolveu (principalmente a Europa), ou nos países onde os laços familiares são muito fortes, a ponto de se vincularem a certa forma de divindade do ser (países asiáticos).

Nesse jogo lingüístico de significados, pode-se também conceber nação de maneira a possibilitar a idéia de predominância do Estado. Nesse contexto, nação assume a denominação de povo em sentido político, ou o cidadão, afastando-se do conceito naturalista (etnia e raça) caracterizado pela língua ou cultura comum, substituindo-o pelos grupos de pessoas que agem conforme seus ideais, interesses e representações políticas (CANOTILHO, 2003, p. 75).

A concepção de povo político, ou a figura do cidadão, nada mais representa que um mimetismo da idéia de nação por via da ligação da idéia de nacional como derivada da idéia de territorialidade; contribui para que esses novos Estados de origem colonial componham o problema da heterogeneidade de sua população, e os tornem aptos a serem considerados como Estados-Nação.

Um Estado composto de nacionalidades heterogêneas opera sempre em suas relações internacionais colocando seu centro de gravidade naquela parte de territórios e populações que seja o nervo principal da própria força e poder e, por isso, vive e funciona inevitavelmente como uma Nação, isto é, daquela de que tira a mais importante contribuição de seu ser. (MANCINI, 2003, p. 205).

Esse processo de mundialização é que conferiu sobrevida ao Estado-Nação no século XX e início do século XXI, visto que, associando o nacional ao cidadão,³⁵ abriu-se a possibilidade do surgimento de uma concepção de elemento humano que expressa, com maior acerto, a figura da condição do Estado em ter uma população permanente, não caracterizada pelo número de indivíduos que residem ou transitam pelo território do Estado (CASTRO, A., 2004, p. 4), mas sim no que Kelsen (2004, p. 227) denomina de “esfera pessoal de validade de uma ordem jurídica nacional”.

Concepção cuja base unificadora do elemento povo consiste na sujeição de todos os indivíduos (independentemente de raça, crença e idioma) àquela determinada ordem jurídica nacional dominante.

2.2.3 Um território definido: o elemento espacial

A consolidação das fronteiras equipou o Estado moderno com sua específica exclusividade territorial, o qual no direito internacional clássico do século XIX foi considerado uma das marcas essenciais de soberania. Sobre essa base, muitos conceitos jurídicos modernos foram capazes de se desenvolver. Para nomear dois importantes exemplos, o princípio do *ius soli* na lei de nacionalidade e o princípio da territorialidade no direito penal, ambos requereram um conceito claro e preciso dos limites territoriais do Estado.³⁶ (GREWE, 2000, p. 326).

³⁵ Essa posição rompe com a idéia dominante no direito internacional privado contemporâneo em que se distingue nacionalidade e cidadania pelo fator da cidadania consistir “um adicional, de caráter político, que faculta à pessoa certos direitos políticos, como o de votar e ser eleito” (DOLINGER, 2003, p. 157), uma visão puramente abstrata dos dois institutos, que, na realidade do direito interno, consistem na mesma figura: o nacional é cidadão, e o cidadão é nacional.

³⁶ Tradução livre da edição em inglês: “The consolidation of frontiers equipped the modern State with its specific territorial exclusiveness, which in the classical international law of the nineteenth century was considered to be one of the most essential marks of sovereignty. It was only on this basis that many modern legal concepts were able to develop. To name only two important examples, the *ius soli* principle in the law of nationality and the principle of territoriality in penal law both required a clear and precise concept of the State boundary.”

A segunda condição de estatalidade é a existência de um território definido (ou o território), espaço onde o Estado-Nação figura como o único poder centralizado e soberano, exercendo seu poder de forma irrestrita.

O ponto inicial a se abordar sobre essa condição é que o território não surge com o Estado-Nação. A idéia de território, bem como a de territorialidade do direito, já existia desde o momento em que surge a noção de propriedade, assumindo essa feição política com mais profundidade no regime feudal, o feudalismo que se instaurou na Europa após a queda do Império Carolíngio.³⁷

Como adverte Dallari (2001, p. 86), não se deve compreender o território como um elemento intrínseco de toda noção de Estado, uma vez que somente com o Estado-Nação é que assumiu seu *status* de componente necessário, e a afirmação de ser soberano sobre determinado território em vez de engrandecer o poder estatal, na realidade, o diminui e restringe seu exercício a uma parte delimitada do globo terrestre (REINECK, 2003, p. 33-34).

O território na doutrina do Estado-Nação assumiu, no mundo jurídico, a posição de constar como um dos elementos essenciais para a existência do Estado, da ordem jurídica nacional, sendo sua fundamentação teórica, o estabelecimento de um respeito à propriedade privada, ou seja, harmonizar a idéia de domínio terrestre do poder com os direitos reais de seu elemento humano, resultando na regra do *qui in territorio meo est, etiam meus subditus* (“se alguém está no meu território, então ele é, também, meu súdito”) em prol da autoridade estatal.

Desse modo, a expressão “território de um estado” é uma expressão figurativa que não determina o espaço de terra onde o Estado estabelece suas fronteiras e limites de sua

³⁷ Conforme ensina Amílcar Castro (2004, p. 133), a estrutura feudalista da era medieval possui “sua origem na dissolução do império carolíngio, foi causa preponderante no estabelecimento da territorialidade. No meado do século IX, após a morte de *Carlos Magno*, tornou-se impossível a manutenção de seu reino, por falta de força bastante de seus sucessores. Esfacelado o império, patente a fraqueza do poder central, tudo se localiza e se isola. O elemento prevalecente não é mais a sociedade, é o indivíduo”.

soberania, mas sim a esfera territorial de validade da ordem jurídica que o representa (KELSEN, 2003, p. 216).

Conciliando ambas as idéias (propriedade privada e território), ter-se-á como resultado “[...] que o território é o espaço que se aplica o poder do Estado. Onde o Estado exercer o conjunto das competências deduzidas da soberania, existe o território estatal” (DINH; DILLIER; PELLET, 2003, p. 424).

Nesse contexto, o território do Estado contemporâneo pode ser, e deve ser, concebido como aquele espaço tridimensional em que existe somente um poder soberano; só existe uma ordem jurídica nacional válida, implicando o afastamento total de mecanismos de aplicação da lei que não aqueles da ordem soberana. A consequência é o monopólio do Estado-Nação sobre os processos judiciais, um dos aspectos da soberania (*infra* 2.2.5).

Uma vez que se considera o território como elemento ou pressuposto do Estado, de tal maneira que a distinção entre dois Estados se traduza em distinção entre dois territórios, com respeito aos quais cada Estado exerça com exclusividade sua soberania; considerando que, por isso, no território de cada Estado atuam exclusivamente os órgãos judiciais do próprio Estado, o princípio enunciado mais acima pode revestir-se desta fórmula: *o processo se rege pelas normas vigentes no lugar em que atua o órgão judicial, ou seja, pelas normas vigentes no lugar em que se desenvolve o processo próprio, ou seja, o juízo ou a execução.* (CARNELUTTI, 2000, p. 173, grifo do autor).

Uma vez que se considera o território como elemento ou pressuposto do Estado, de tal maneira que a distinção entre dois Estados se traduza em distinção entre dois territórios, com respeito aos quais cada Estado exerça com exclusividade sua soberania; considerando que, por isso, no território de cada Estado, atuam exclusivamente os órgãos judiciais do próprio Estado, o princípio enunciado mais acima pode revestir-se desta fórmula: *o processo se rege pelas normas vigentes no lugar em que atua o órgão judicial, ou seja, pelas normas vigentes no lugar em que se desenvolve o processo próprio, ou seja, o juízo ou a execução.* (CARNELUTTI, 2000, p. 173, grifo do autor).

O território, então, designa o fundamento do monopólio estatal em utilizar de modo legítimo a força; ele não afasta a aplicação das leis de outro Estado-Nação (possibilitando assim a existência do Direito internacional privado), mas impede o uso de normas que regem a aplicação da força, ou melhor, as normas que interfiram no poder Judiciário. Essa concepção segue o que a doutrina denominou de a teoria da soberania e competência – *Herrschafts- und Kompetenztheorie* (REINECK, 2003, p. 34).

Com o progresso tecnológico e a conseqüente descoberta de outros espaços dentro do planeta, bem como fora dele, a concepção de território, inicialmente unidimensional (baseado na largura na crosta terrestre envolvendo um pedaço de terra e, eventualmente, um de mar) desenvolveu-se a um ponto que o território contemporâneo abarca uma concepção tridimensional, ou seja, não mais somente a largura na crosta terrestre, mas também o subsolo e o espaço aéreo existente nessa faixa. Essa concepção é didaticamente ilustrada por Ipsen (2004, p. 279):

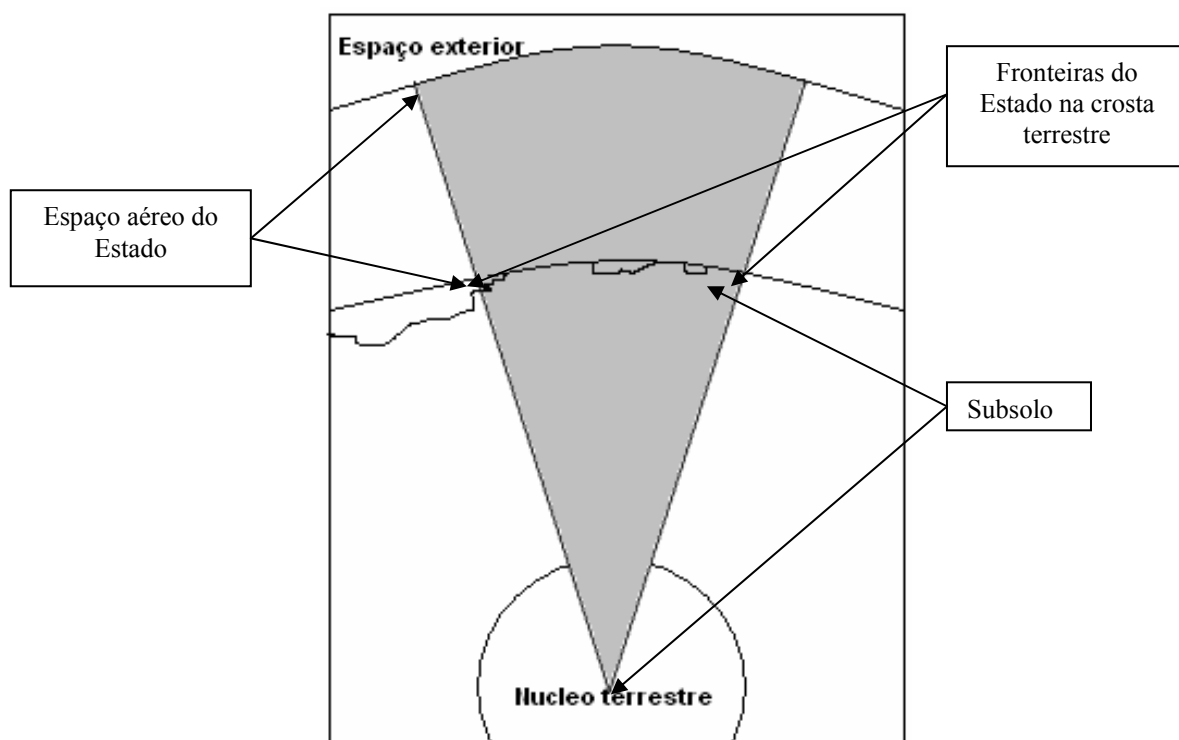


Figura 2 – Território do Estado representado pela área escura

Essa remodelagem da idéia de território, apesar de torná-lo mais abrangente no espaço físico, não consegue suprimir o problema de que no globo terrestre ainda existam áreas fora da soberania de determinado Estado, além de não esclarecer o problema do espaço exterior, bem como o desafio que advirá da exploração de outros planetas pela humanidade. Assim, o Direito ainda necessita trabalhar com dois conceitos que excluem a idéia de território estatal: a *res nullius*³⁸ e, especialmente, a *res communis*.

Em termos esparsos, o direito conhece quatro tipos de regimes: soberania territorial, território não sujeito à soberania de qualquer Estado ou Estados e que têm *status* próprio (zonas de segurança, por exemplo), a *res nullius* e a *res communis*. A soberania territorial estende-se principalmente sobre o território físico, o mar territorial, os solos marítimos e o subsolo existente nesse mar territorial. O conceito de território inclui ilhas, ilhotas, rochedos e recifes. A *res nullius* consiste em um território juridicamente sujeito à aquisição pelos Estados, mas ainda não sujeito à soberania territorial. A *res communis* consiste nos altos mares, os quais, para o presente objetivo, incluem as zonas exclusivas de exploração econômica e o espaço exterior, a qual não é capaz de ser sujeita à soberania de algum Estado.³⁹ (BROWNLIE, 2003, p. 106, grifos do autor).

³⁸ É importante mencionar que essa modalidade de regime territorial não mais tem expressividade no contexto mundial, ou seja, não há mais a aparência dessa forma nos dias atuais (SHAW, 2004, p. 178).

³⁹ Tradução livre do original em inglês: “In spatial terms the law knows four types of regime: territorial sovereignty, territory not subject to the sovereignty of any state or states and which possesses a status of its own

Além de não conseguir suprimir a idéia de existência de uma forma de Estado diverso do Estado-Nação no futuro, bem como deixar em aberto a questão cada vez mais próxima dos eventuais territórios localizados fora do globo terrestre, é algo que não pode estar presente ainda no cotidiano humano, mas que já se demonstra delineado no horizonte do futuro com os recentes avanços tecnológicos.

2.2.4 Um governo

A palavra ‘governo’ é plurissignificativa: (1) é o complexo organizatório do Estado (conjunto de órgãos) ao qual é reconhecida competência de direção política (ex.: forma de governo); (2) conjunto de todos os órgãos que desempenham tarefas e funções não enquadráveis no ‘poder legislativo’ e no ‘poder jurisdicional’ (ex.: ‘poder executivo’); (3) órgão constitucional de soberania com competência para a condução da política geral do país e superintendente na administração pública. (CANOTILHO, 2003, p. 640).

A terceira condição de estatalidade é a existência de um governo o qual, apesar de ter grande importância no campo do direito interno (em especial na estruturação e organização interna do Estado), no campo internacional, tem importância secundária, ou seja, o elemento, a condição de existência de um governo é secundária em relação aos demais, uma vez que a soberania, uma qualidade do governo, é que determina ou não a validade desse elemento para o intuito de reconhecimento, como Brownlie (2003, p. 71) explica: “[...] como sempre, a existência de um governo efetivo é, em certos casos, ou desnecessária ou insuficiente para suportar a estatalidade.”⁴⁰

(trust territories, for example), the *res nullius*, and the *res communis*. Territorial sovereignty extends principally over land territory, the territorial sea appurtenant to the land, and the seabed and subsoil[sic] of the territorial sea. The concept of territory includes islands, islets, rocks, and reefs. A *res nullius* consists of the same subject-matter legally susceptible to acquisition by states but not as yet placed under territorial sovereignty. The *res communis*, consisting of the high seas which for present purposes include exclusive economic ones and also outer space, is not capable of being placed under state sovereignty.”

⁴⁰ Tradução livre do original em inglês: “However, the existence of effective government is in certain cases either unnecessary or insufficient to support statehood.”

Tendo em vista essa insuficiência do governo em figurar como um dos elementos centrais para o reconhecimento do Estado como sujeito do direito internacional, pode-se sintetizar a análise sobre essa condição na definição funcional oferecida por Matos (2002, p. 59), em que “a expressão governo, assim, pode indiciar para alguns quem é o titular da soberania ou para outros quem exerce a soberania”.

No entanto, para não deixar a sensação de que o elemento governo surge neste estudo somente por constar na previsão normativa, invoca-se a lição da doutrina em que se encontra a lição de que a existência do Estado pode ser dividida em dois planos,⁴¹ um político-social, em que figuram os elementos povo, território e governo, e outro jurídico: que é a soberania.

O governo encerra os elementos que compõem o plano sociopolítico do Estado, no que Shaw (2003, p. 180) sintetiza: “[...] para uma sociedade política funcionar de formar razoavelmente eficiente, ela necessita de alguma forma de governo ou controle central. Porém, isso não é uma pré-condição para o reconhecimento de um país independente”,⁴² ou seja, uma espécie de indicador de “civilidade” de determinado Estado.

2.2.5 A capacidade de relação com outros Estados: a soberania

2.2.5.1 Uma noção acerca da idéia de soberania

Palavra de origem latina, *superanus*, soberania significa o grau supremo de hierarquia política. (AGUIAR, 2004, p.117)

Abordar a quarta condição de “estatalidade” exige uma atenção especial, uma vez que a soberania é a síntese de todas as outras condições. Sem soberania, não existe Estado-Nação,

⁴¹ Segue essa linha de pensamento Aguiar (2004, p. 135), mas conforme informação da Dra. Margarida Oliveira Cantarelli, esse modo de pensar começa com Charles Rousseau.

⁴² Tradução livre do original em inglês: “For a political society to function reasonably effectively it needs some form of government or central control. However, this is not a pre-condition for recognition as an independent country”.

visto que a independência e autonomia são requisitos essenciais para que ele esteja habilitado para participar das deliberações da comunidade internacional.

O primeiro passo a se estabelecer quando se está lidando com o termo soberania denota, além da idéia de supremacia e independência, a figura de fonte legitimadora do poder; um poder soberano é, ao mesmo tempo, independente e (pressupostamente) legitimado.

A questão sobre a aceção legitimadora da soberania não se demonstra como interessante aqui para que sejam realizadas abordagens mais longas, uma vez que o assunto acaba por desembocar em um complexo sistema teórico, em que existe a contraposição das concepções pré-modernas (soberania divina, racional e popular) e das concepções modernas – legalismo, normativismo e realismo da soberania (ADEODATO, 2002, p. 53-60). Advertindo-se somente que não se deve confundir, eventualmente, a idéia de soberania exposta neste estudo com eventuais homônimos existentes na questão de legitimidade do poder.

Feita a advertência, a análise do tema se divide em dois pontos: 1) o motivo de associar a capacidade de relação com outros Estados ao conceito de soberania; 2) a questão de existir uma espécie de quarto elemento em uma teoria a qual mencionamos como somente de três elementos.

A associação da capacidade de relacionamento com outros Estados ao conceito de soberania decorre de dois motivos: a) a idéia de independência; b) a “juridicidade” do termo capacidade.

Na enumeração contida na Convenção de Montevideu, o conceito de independência é representado pelo requerimento da capacidade de manter relações com outros Estados. A independência tem sido apontada por muitos juristas como o critério decisivo no critério de estatalidade.⁴³ (BROWNLIE, 2003, p. 71).

⁴³ Tradução livre do original em inglês: “In the enumeration contained in the Montevideo Convention, the concept of independence is represented by the requirement of capacity to enter into relations with other states. Independence has been stressed by many jurists as the decisive criterion of statehood.”

A idéia de independência que essa redação normativa sugere não deve ser compreendida como limitada somente à capacidade de um Estado em se relacionar com outros Estados, o que seria um erro, mas deve ser entendida como um elemento necessário para uma determinada comunidade ser considerada um Estado, porque a essência da independência é a mesma existente na idéia de soberania (SHAW, 2003, p. 181).

Assim, um Estado para ser considerado soberano (independente), necessariamente deve ser capaz de se relacionar com outros Estados; não tendo tal capacidade, não se trata de um Estado soberano.

O segundo motivo, a juridicidade do termo capacidade, decorre de um raciocínio lógico envolvendo a natureza da soberania e da capacidade. Ambos são existentes **somente** no plano jurídico. Tal constatação é decorrente da já mencionada idéia de personalidade jurídica, da possibilidade de determinada pessoa (física ou jurídica) em adquirir direitos e deveres protegidos pelo Direito (no sentido de sistema institucionalizado). Acepção que resulta na existência de uma espécie de categorização de direitos e deveres dentro da comunidade, em que, para cada categoria, existe um requisito jurídico específico, denominado de capacidade.

Desse modo, capacidade “é o poder conferido pela ordem jurídica de manifestar validamente a vontade” (CASTRO, A., 2004, p. 351), o mesmo ocorrendo com a soberania, que é uma qualidade jurídica de determinado ordenamento nacional (IPSEN, 2004, p. 61), daí advindo a expressão governo soberano, ou seja, governo independente, capaz de expressar livremente sua vontade.

É óbvio que essa posição é, em sede doutrinária, temerária, uma vez que o termo soberania veio a ser associado a diversos campos, jurídicos ou não, além de sofrer o que se denomina de perda de conceito, ou seja, não há como se encontrar um conceito unívoco que satisfaça a todos os campos do pensamento humano, restando somente à idéia central do termo soberania: expressão máxima de um poder.

Uma fórmula que, como se verá, é apontada como uma das crises pela qual o Estado-Nação sofre contemporaneamente.

Realiza-se essa advertência para que não se tente compreender essa explanação inicial com um senso demasiadamente crítico ou de uma completa falta desta explanação, uma vez que ela foi concebida para melhor coerência da compreensão do que será exposto nos próximos tópicos relativos ao assunto, que figuram entre um dos mais complexos e tormentosos da ciência jurídica contemporânea.

O conceito de soberania passa, nos dias atuais, por uma completa transformação. Em razão de sua marcada natureza política, das implicações econômicas que lhe são incidentes, das mudanças e dos processos históricos que hoje gravam, sobremaneira, as ordens interna e externa dos Estados, torna-se cada vez mais difícil formular uma definição abrangente de soberania. (PEREIRA, 2004, p. 632).

Outro ponto a ser esclarecido, antes de analisar a soberania, advém da aparente falta de lógica em afirmar que o Estado é concebido como composto por três elementos (cf. *supra* 2.2.1), quando, na realidade, se apontam quatro elementos. Sobre tal situação, insere-se na observação de Dallari (2001, p. 71), em que não se pode afirmar existir na Ciência Jurídica unidade entre os autores quanto ao número de elementos ou de notas características do Estado-Nação (denominado de Estado Moderno).

Pode-se apontar que, apesar de se demonstrarem quatro condições na Convenção de Montevideu, em teoria, existem somente três, os quais foram para fins didáticos divididos em quatro: o povo, o território, o governo e a soberania.

Na realidade, o que ocorre é que a teoria dos três elementos é uma criação da doutrina germânica, em que se trabalha com três elementos: *Staatsvolk*, *Staatsgebiet* e *Staatsgewalt*, os quais em uma tradução literal seriam: o povo do Estado, o território do Estado e a Força/Poder do Estado (Autoridade, Violência do Estado).

Fica claro que, com a tradução mais adequada, seria mais fácil apontar os dois primeiros elementos como o povo e o território; porém, o terceiro elemento, apesar de poder

ser associado à idéia de governo, seria mais bem compreendido como a autoridade do Estado, ou governo soberano.

Ocorre que, juntando governo com soberania, ter-se-ia um elemento que ficaria didaticamente muito extenso para ser analisado como um só; daí a transposição para a doutrina brasileira fez surgir um quarto elemento. Essa situação pode passar de um mero problema terminológico, mas em realidade, no caso específico, é um problema idiomático, em que se pode destacar a explanação realizada por Ipsen (2004, p. 61-62) ao afirmar que a soberania não é um quarto elemento, mas uma qualidade do elemento *Staatsgewalt*:

Die Staatsgewalt erstreckt sich auf das Staatsgebiet und das Staatsvolk. Erst sie formt aus den beiden Elementen den Staat. Sie bedeutet die Fähigkeit, eine Ordnung auf dem Staatsgebiet zu organisieren (Verfassungsautonomie = *innere Souveränität*) und nach außen selbstständig und von anderen Staaten rechtlich unabhängig im Rahmen und nach Maßgabe des *Völkerrechts zu handeln* (*äußere Souveränität*). [...].

Die Souveränität als Eigenschaft der Staatsgewalt und nicht als zusätzliches Merkmal oder gar viertes Element der Staatseigenschaft.⁴⁴ (Grifos do autor).

Tendo em vista essa explicação, pode-se sintetizar que os três elementos seriam: povo, território e o governo soberano, mas para fins didáticos, tomam a aparência de quatro elementos.

2.2.5.2 A crise da soberania: do absolutismo ao relativismo

A soberania é uma expressão que apresenta a peculiaridade de se descrever fenômenos de matizes diversas, em espaço temporais diversos, assim, ligada ao Monarca e seu Reino, à soberania popular, à soberania nacional e à soberania como atributo do Estado. Confrontada com as relações internacionais, a soberania apresenta-se com a idéia de que o Estado não está sujeito a nenhuma autoridade supra-estatal, capaz de coercitivamente obrigá-lo a qualquer ação que não seja de

⁴⁴ Essa passagem não foi traduzida no intuito de se fazer sentir o problema de tradução e de diferentes terminologias no mundo jurídico. Porém, para aqueles que não desejam recorrer ao dicionário, a passagem ilustra que a soberania consiste em uma espécie de qualidade da Autoridade Estatal ter no âmbito interno autonomia constitucional (fazer a própria Constituição) e no âmbito internacional ser independente e poder atuar livremente conforme o Direito das gentes; na segunda passagem, está determinado que não se trata de uma característica, especialidade nem de um quarto elemento na figura do Estado.

sua vontade, sob pena de se estabelecer o conflito. O exercício de um poder supremo sem contraposição de nenhum outro poder de Estado é uma noção tradicional que atualmente encontra incontáveis limitações. (CARVALHO, 2003, p. 53).

Em um dos raros casos de consenso entre doutrinas, o marco inicial do debate acerca do que viria a consistir a soberania, sua concepção e natureza, aponta-se a obra *Les Six Livres de la République*, escrita por Jean Bodin em 1576, como o lançamento dos preceitos fundamentais sobre o tema no pensamento contemporâneo, surgida em um período marcado pelas convulsões religiosas e nos eventos que precederiam as transformações políticas que ocorreriam com a Paz de Vestefália.

Já nessa primeira versão (moderna), o conceito de soberania é dividido em dois aspectos distintos: um interno (soberania no Estado, centralizando o poder na autoridade central contra a difusão de governantes do feudalismo) e um aspecto externo – soberania do Estado, legitimando o monarca francês da época a lutar contra a interferência do poder imperial e do poder eclesiástico (DINH; DILLIER; PELLET, 2003, p. 52).

Nessa época dominada pelo absolutismo e sua variante moderada, em que se justificava o direito ao trono e ao poder sobre a comunidade pela ordenação do rei, como autoridade soberana, como procedente da vontade expressa de Deus (GROTIUS, 2004, p. 120), a idéia de Bodin de que a soberania seria um poder absoluto e perpétuo da República (DALLARI, 2001, p. 77) contribuiu para a centralização do poder em uma pessoa, a tal ponto que surgia como um direito do soberano a não ser punido por seus súditos (HOBBS, 1985, p. 232).

A obra de Thomas Hobbes, *O Leviatã*, datado de 1651, ilustra bem essa personificação absolutista da idéia de soberania: seja em uma pessoa (o monarca), seja em uma assembléia. A primeira imperou na Europa continental e a segunda, na Europa insular e nas colônias inglesas nas Américas.

Isso realizado, a Multidão assim unida em uma Pessoa é denominada de COMUNIDADE, em latim CIVITAS. Essa é a geração daquele grande LEVIATÃ, ou melhor (para falar de modo mais reverencial), daquele *Deus mortal*, a quem devemos, sob o *Deus imortal*, nossa paz e nossa segurança. Nessa autoridade, dada a ele por todos os indivíduos da comunidade, ele concentra o uso de tanto poder e Força, que pelo terror gerado, ele é capaz de formar a vontade de todos, para trazer paz à casa, e ajuda mútua contra os inimigos externos. É nele que consiste a essência da Comunidade; o qual (para defini-lo) é *uma pessoa, cujos atos, por consenso mútuo, uma grande multidão se vincula, a fim de que ele use a força e os meios de todos eles, como ele achar melhor, para a promoção da Paz e da segurança coletiva*.⁴⁵ (HOBBES, 1985, p. 227-228, grifos do autor).

É importante frisar que essa primeira forma de conceber a soberania centrada em uma pessoa, como todo o estudo que posteriormente envolveu a idéia de soberania, é dotada de ambigüidade, especialmente no que tange a explicar de que pessoa se trataria: podendo ser o monarca ou a assembléia, que seria a representação do próprio Estado como alerta Macpherson (1985, p. 53).

Não havia um porquê para a burguesia ter-se objetado a um corpo legislativo e executivo supremo, constituídos por eles mesmos ou por seus indicados; na realidade, era isso que almejavam, e foi algo semelhante a isso que finalmente conseguiram obter em 1689. Enquanto Hobbes oferecia razões de expediência pela preferência de um monarca em vez de uma assembléia como soberana, ele o fez baseando-se sobre julgamentos empíricos, os quais não tinham a certeza de uma dedução principal. Sua prescrição principal, como ele repetidamente indicava, poderia ser rigorosamente preenchida tanto por uma assembléia soberana quanto por um monarca soberano.⁴⁶

Justamente essa ascensão burguesa na Grã-Bretanha e os complexos problemas religiosos que assolaram aquele arquipélago, resultaram no marco inicial da relativização da

⁴⁵ Tradução livre do original em inglês: “This done, the Multitude so united in one Person, is called a C O M M O N – W E A L T H, in latine C I V I T A S. This is the Generation of that great L E V I A T H A N, or rather (to speake more reverently) of that *Mortal God*, to which wee owe under the *Immortal God*, our peace and defence. For by this Authoritie, given him by every particular man in the Common-Wealth, he hath the use of so much Power and Strength conferred on him, that by terror thereof, he is enabled to forme the wills of them all, to Peace at home, and mutuall ayd against their enemies abroad. And in him consisteth the Essence of the Common-wealth; which (to define it) is *One Person, of whose Acts a great Multitude, by mutuall Covenants one with another, have made themselves every one the Author, to the end he may use the strength and means of them all, as he shall think expedient, for their Peace and Common Defence*.”

⁴⁶ Tradução livre do original em inglês: “There was no reason why the bourgeoisie should have objected to a supreme legislative and executive body consisting of themselves or their nominees; indeed this that wanted, and it was something like this that they finally managed to get in 1689. And while Hobbes offered reasons of expediency for preferring a monarch rather than an assembly as the sovereign, he acknowledged that his case for this rested on empirical judgements which did not have the certainty of this main deduction. His main prescription, as he indicated repeatedly, could be rigorously filled by either a sovereign assembly or a sovereign monarch.”

soberania no âmbito interno dos Estados: surgindo por volta de 1681,⁴⁷ a obra *Second Treatise of Government* escrita por John Locke.

A obra de Locke, ao abordar o poder supremo dentro da comunidade, aponta o poder legislativo como detentor desse posto, e esse poder sempre poderia ser limitado e restringido pela comunidade, visto que é nela que surge o poder do Estado e, por consequência, o poder de legislar, como explica:

É a comunidade que perpetuamente retém um poder supremo de salvar-se das tentativas e desígnios de qualquer governo, mesmo se seus legisladores, por mais tolos ou maléficos que sejam a ponto de cumprir os desígnios contra a liberdade e propriedade de um sujeito: pois nenhum homem, ou sociedade de homens, possuindo o poder de abrir mão de sua preservação, ou os meios de a dispor para uma vontade absoluta e arbitrária de domínio de um estranho; mesmo que qualquer um venha a lhes trazer uma condição de escravidão, eles sempre terão o direito de preservar o que eles não possuem, o poder de alienar; e livrarem-se daqueles que invadem esses direitos fundamentais, sacros, e inalteráveis de autopreservação, pelos quais entraram na sociedade. E mais, a comunidade pode ser afirmada nesse aspecto como se fosse sempre o poder supremo, mas não sendo considerado sob qualquer forma de governo, porque esse poder do povo nunca toma o lugar do governo a menos que este seja dissolvido.⁴⁸ (LOCKE, 2003, p. 166).

Essas idéias de transferência do poder supremo (entre os quais se encontra a soberania), da figura de uma pessoa ou de um órgão centralizado, para a idéia de que esse poder esteja no povo, servindo essa pessoa ou órgão centralizado como representante deste,

⁴⁷ Conforme a exposição de Shapiro [2003, p. x], apesar de existirem considerações que a obra de Locke venha a ter sido conhecida em 1690, acredita-se que ele a tenha escrito entre 1679 e 1681 quando ocorriam graves conflitos entre a coroa, a burguesia e entre católicos e protestantes.

⁴⁸ Tradução livre do original em inglês: “And thus the community perpetually retains a supreme power of saving themselves from the attempts and designs of any body, even of their legislators, whenever they shall be so foolish, or so wicked, as to lay and carry on designs against the liberties and properties of the subject: for no man, or society of men, having a power to deliver up their preservation, or consequently the means of it, to the absolute will and arbitrary dominion of another; whenever any one shall go about to bring them into such a slavish condition, they will always have a right to preserve what they have not a power to part with; and to rid themselves of those who invade his fundamental, sacred, and unalterable law of self-preservation, for which they entered into society. And thus may be said in this respect to be always the supreme power, but not as considered under any form of government, because this power of the people can enter take place till the government be dissolved.”

seriam reelaboradas na Europa Continental, quase cem anos mais tarde, quando em 1762 surge a obra *Du Contrat Social* de Jean-Jacques Rousseau.⁴⁹

Se o Estado ou a Cidade não é mais que uma pessoa moral cuja existência consiste na união de seus membros, e se a mais importante das preocupações é a própria preservação, nele necessita de uma força universal e capaz de mobilizar e dispor cada parte da maneira mais conveniente ao todo. Como a natureza deu a cada homem um poder absoluto sobre todos os seus membros, o pacto social dá ao corpo político um poder absoluto em todos os sentidos, e é o mesmo poder, que, dirigido pela vontade geral, recebe, como já afirmado, o nome de soberania.⁵⁰ (ROUSSEAU, 2002, p. 194).

Seguindo nesse assunto, um modo de concepção da soberania similar ao de Locke expressando a soberania como o poder resultante da expressão da vontade geral derivada do pacto social – portanto absoluto, sacro e inviolável, mas limitado a não ultrapassar os limites estabelecidos nesse pacto social –, é algo que pode ser sintetizado na visão de que o súdito está obrigado a contribuir para a comunidade, o soberano não poderia demandar desse súdito uma contribuição inútil para ela (ROUSSEAU, 2002, p. 197).

A centralização do pensamento em torno do ser humano, do indivíduo em vez de Deus, ou algo divino, começava a demonstrar seu potencial no campo científico, notadamente nas áreas sociais e políticas, em que a evolução teórica começava a acompanhar a realidade dos reinos e Estados.

Demonstrando cada dia mais a queda do poder das monarquias absolutistas em face da crescente importância da burguesia e do comércio, já se demonstrando os fundamentos do capitalismo e sua associação à figura do Estado, tal situação resultaria na segunda grande

⁴⁹ Conforme Shapiro (2003, p. 309), a teoria democrática tem seus pilares lançados nas idéias de Locke, porém é posição dominante a visão de que foi a partir de Rousseau que as idéias democráticas tomaram feição. Nesse quesito, há de se concordar com Shapiro em vez da doutrina majoritária.

⁵⁰ Tradução livre do original em francês: “Si l’Etat ou la Cité n’est qu’une personne morale dont la vie consiste dans l’union de ses membres, et si le plus important de ses soins est celui de sa propre conservation, il lui faut une force universelle et compulsive pour mouvoir e disposer chaque parties de la maniere la plus convenable au tout. Comme la nature donne à chaque homme un pouvoir absolu sur tous ses membres, le pact social donne au corps politique un pouvoir absolu sur tous les siens, et c’est ce même pouvoir, qui ,dirigé par la volonté générale porte, comme j’ai dit, le nom de souveraineté.”

transformação do conceito de soberania e da estrutura do Estado: a queda do príncipe e o surgimento do Estado independente, nacional.

O princípio da soberania nacional colide com a *origem* do poder no Estado, não com o poder do Estado, mas se o Estado não desaparece, deixa de ser do domínio do príncipe para se identificar com a nação e se fundir com ela. Assim, já não é o Estado senhorial e patrimonial, torna-se um Estado nacional e, como tal, está a serviço da nação, cujas aspirações deve realizar e cujas necessidades deve satisfazer. (DINH; DILLIER; PELLET, 2003, p. 63).

Essa mudança do poder soberano da figura do monarca para a nação, além de propiciar o elemento necessário para a consolidação racional do Estado (vide *supra* 1.4), consolidava a idéia absoluta da soberania no aspecto interno, porque advindo a soberania do povo, ela seria una, indivisível, inalienável e seria expressa no poder de pôr o direito: o Poder Legislativo.

Assim, a Revolução Francesa, além de abrir caminho para a substituição da *Raison d'État* pela *Realpolitik*, contribuiria para estabelecer uma ruptura na noção absolutista da soberania (em nacional e internacional) e emanciparia o Estado-Nação para o surgimento das construções teóricas que surgiriam no século XIX, entre elas, o positivismo voluntarista, conferindo ao Estado o poder de ter vontade, vinculando todo o sistema internacional a essa vontade.

O protagonista ideológico da Revolução completou o processo de render a doutrina da soberania como absoluta. Quase todos os postulados que proclamavam o respeito à lei das nações seguiram essa linha de pensamento, incluindo o direito de autodeterminação nacional e outros direitos fundamentais, tais como a igualdade dos Estados, o princípio da não-intervenção e a idéia de fronteiras naturais. A contribuição deles para o pensamento sobre uma sociedade de Estados baseada na lei das nações serviu, em essência, somente para fortalecer a posição da soberania individual dos Estados. As idéias revolucionárias sobre a lei das nações foram, até o ponto que conseguiram alcançar, uma reflexão precisa dessa filosofia política do individualismo, a qual eles aplicaram em um nível muito superior das relações entre Estados. [...]. Dessa transferência da idéia de soberania popular para o estágio internacional, a conclusão que surgia de que a nação não deveria somente governar a si mesma nos quesitos domésticos, mas também que ela deveria decidir o próprio destino livremente no mundo exterior e de forma independente. A soberania nacional não poderia tolerar nenhuma autoridade superior – exceto a aliança de segurança coletiva restrita à proteção mútua. Cada obrigação dos Estados poderia somente ser baseada na própria livre vontade. Toda a lei das nações desde então se

assentou em um acordo de vontade entre os Estados.⁵¹ (GREWE, 2000, p. 415-416).

A Revolução Francesa, as guerras napoleônicas e a restauração pelo Congresso de Viena, de 1815, abriram o caminho para a multiplicação de Estados e o conseqüente fortalecimento da idéia de unidade de nação, conseqüência da perda do *status* da França como potência continental para outros Estados, em especial a Prússia, cumulando com o surgimento das idéias de Estado de Hegel (*supra* 1.4.2).

A concepção de soberania não passaria despercebida desses fatos, ressurgindo a necessidade de se delimitar os aspectos da soberania: a idéia de soberania nacional e soberania internacional, que na sua primeira variante no Direito internacional seguiu a idéia do Estado como se fosse o intérprete soberano Emmerich de Vattel (MELLO, 2004, p. 365), lançando as bases do positivismo voluntarista no Direito internacional (DINH; DILLIER; PELLET, 2003, p. 58-60). MARÉS (2003, p. 239) explica como o esquecimento por parte do Estado-Nação do próprio povo, arrebatando para si a soberania de toda a comunidade, racionalizado pela lógica de legitimidade popular por via do estabelecimento de uma Constituição.

O crescimento do número de Estados nacionais, todos se autoproclamando soberanos, tornara necessário que a concepção do elemento soberania tivesse de sofrer uma necessária adequação para continuar tendo validade no contexto internacional emergente. A solução

⁵¹ Tradução livre da edição em inglês: “The ideological protagonist of the Revolution thus completed the process of rendering the doctrine of sovereignty absolute. Almost all of the postulates which they proclaimed in respect of the law of nations followed this line of thought, including the right of national self-determination and other fundamental rights such as the equality of States, the principle of non-intervention and the idea of the natural boundary. What they contributed to thinking about a society of States based on the law of nations served, in essence, only to strengthen the position of the sovereignty of individual States. The Revolution’s ideas about the law of nations were, in so far as they went, a precise reflection of its political philosophy of individualism, which they applied at the higher level of inter-State relations. [...] From this transfer of the idea of the sovereignty of the people to the international stage the conclusion was drawn that a nation should not only govern itself in respect of its domestic affairs, but also that it should decide its own fate in the outer world freely and independently. National sovereignty could not tolerate any superior authority – except a collective security alliance restricted to mutual protection. Each obligation of the State could only be based on its own free will. All of the law of nations therefore had to rest on an agreement of wills among States.”

encontrada foi a criação do dualismo significativo do termo, a perda de sua feição absoluta, tendo como consequência, a perda da possibilidade de se conceber a soberania de forma satisfatória para todos os campos, tornando-se dotada de ambigüidade (PEREIRA, 2004, p. 625) e tendo como único ponto comum a idéia de poder supremo, daí decorrente a tendência de se associar a soberania a uma pessoa acima do direito (HART, 2001, p. 237).

Esse modo de pensar acerca da soberania, e até do Estado-Nação, como se fosse sujeito único do Direito internacional, foi impulsionado pela nova cientificidade do Direito, mantendo-se como dogmas firmes, apesar de flexíveis, em linhas gerais, até o fim da 2.^a Guerra Mundial. Nesse momento, em que não era mais possível flexibilizar o conceito de absoluto com a realidade internacional, iniciou-se o processo de relativização do conceito de Soberania, resultando no dualismo existindo atualmente, em que a soberania nacional é absoluta enquanto a soberania internacional seria relativa.

É certo que direito e soberania são incompatíveis se definirmos esta última como um poder absoluto e ilimitado. Mas, se pode ser possível tomarmos essa definição no interior do Estado, tal não pode ocorrer no plano internacional: dentro do Estado, há apenas um único soberano; qual seja o Estado, o povo ou a nação não têm importância; o que importa é que existe apenas um, e que o mesmo não é nem subordinado nem igual a nenhum outro poder. Diversamente ocorre no plano internacional. (PELLET, 2004, p. 5).

Esta análise histórica realizada de forma sintética serviu para estabelecer uma base sobre o assunto envolvendo soberania, porque o grande interesse nesta análise não é definir o que viria a ser a soberania, algo temerário com o vasto campo de definições e de transformações pelo qual o mundo passa atualmente, mas sim estabelecer um suporte de conhecimento básico para melhor compreensão da divisão e dos argumentos expostos no próximo tópico entre soberania internacional e soberania nacional, um dos pontos centrais para a compreensão deste estudo em sua totalidade.

2.2.5.3 Soberania e jurisdição: o aspecto externo da soberania estatal

Como mencionado no tópico anterior, a soberania adentra definitivamente o debate do Direito Internacional com a máxima expressa por De Vattel (apud TRINDADE, 2002, p. 177) em que “qualquer um que maltrate um cidadão, está indiretamente ofendendo o Estado, o qual deve proteger esse cidadão”, movido pela força das construções positivistas sobre os ensinamentos historicistas de Hegel, desenvolvendo-se, principalmente na Alemanha, um conceito absoluto da soberania, ou melhor, na tentativa de desenvolver um conceito absoluto. No entanto, como já mencionando (*supra* 2.2.5.1), a doutrina alemã concebeu uma forma diferente de fundir a idéia de governo com a idéia de soberania, a qual denominou de *Staatsgewalt*.

O terceiro elemento do Estado é a *Staatsgewalt* (força do Estado). *Staatsgewalt* significa **domínio sobre povo e território**. Ela deve servir para assegurar, garantir uma vida comunitária entre seres humanos de forma ordenada. A *Staatsgewalt* é plena, podendo ser exercida sobre todas as pessoas e coisas que se encontram no território do Estado.⁵² (REINECK, 2003, p. 36, grifo do autor; grifos em itálico nossos).

Poder-se-ia afirmar que essa *Staatsgewalt* seria sinônimo de soberania, mas logo adiante, na mesma obra, ocorre a definição de que a soberania, em seu aspecto interno, é uma característica da *Staatsgewalt*, e no seu aspecto externo, significa “liberdade perante poderes de Estados estrangeiros”.

Essa pequena reflexão tem o intuito de advertir que na própria doutrina alemã o resultado foi algo superior à própria soberania, a qual veio a ser fracionada em dois significados diferentes.

⁵² Tradução livre do original em alemão: “Das dritte Element des Staates ist die Staatsgewalt. Staatsgewalt bedeutet **Herrschaft über Land und Leute**. Sie soll dazu dienen, ein geordnetes Zusammenleben von Menschen zu gewährleisten. Die Staatsgewalt ist umfassend, sie kann gegenüber allen Personen und allen Sachen im Staatsgebiet ausgeübt werden.”

Para os limites deste estudo e da dualidade de significado do termo soberania, considerar-se-á o elemento da *Staatsgewalt* como a autoridade estatal (do Estado), tendo em sua essência⁵³ ou âmago, a existência de um direito ou poder de criar leis (comandos obrigatórios) e de utilizar a força de modo legítimo para assegurar a execução desses comandos, ou seja, solucionar os conflitos.⁵⁴

Estabelecendo esse marco inicial sobre o que consistiria a essência da autoridade do Estado e utilizando a regra do Direito Civil, em que o acessório segue o principal, considerar-se-á a autoridade estatal o principal, e a soberania como acessório; logo, a essência da soberania também está no monopólio da produção do direito e no monopólio do uso da força pelos motivos que serão aqui expostos.

Soberania interna significa que o Estado é supremo dentro do Estado. Soberania interna surge então, quando o Estado em o poder de regramento superior sobre todas as pessoas, grupos de pessoas e coisas. Esse poder de regramento [sic] do Estado não pode ter concorrência – ou ser subordinado.⁵⁵ (REINECK, 2003, p. 38, grifo do autor).

A discussão sobre a soberania nos séculos que precederam à paz de Vestefália, dominantes até a mundialização do sistema de Estado-Nação no século XIX e até metade do século XX, girava em torno da soberania no aspecto interno, ou seja, a hoje denominada soberania nacional concebida como um poder absoluto dentro do Estado, ou da ordem jurídica nacional, buscando-se estabelecer na ordem interna um poder de criar o Direito. Algo que no primeiro momento foi materializado juridicamente na figura do monarca, posteriormente na nação e, no momento atual, o próprio Estado, ou a própria ordem jurídica autocriando o Direito.

⁵³ Entenda-se o termo essência como uma espécie de qualidade cognoscível, o algo que é evidente. Não se pretende adentrar a questão filosófica do termo essência.

⁵⁴ Essa concepção é uma variante da oferecida por Kelsen (1998a, p. 544): “A afirmação de que a soberania é uma qualidade essencial do Estado significa que o Estado é uma autoridade suprema. A ‘autoridade’ costuma ser definida como o direito ou poder de emitir comandos obrigatórios.”

⁵⁵ Tradução livre do original em alemão: “**Innere Souveränität** bedeutet, daß dem Staat die höchste im Staat zusteht. Innere Souveränität ist dann gegeben, wenn der Staat gegenüber allen Personen, Personengruppen und Sachen die oberste Regelungsbefugnis hat. Dieser Regelungsbefugnis [sic!] des Staates darf keine andere gleich – oder übergeordnet sein.”

Com a evolução das idéias sobre o conceito, a soberania foi distinguida do poder soberano, ou seja, o Estado passou a não mais ser confundido com a figura do governante, tendo existência própria. Em uma versão inicial, a principal característica da soberania seria o poder de editar leis desvinculada de qualquer atrelação com outra autoridade. (AGUIAR, 2004, p. 118).

Esta análise do que venha a consistir a perspectiva normativista, em que o âmago da soberania interna está intrinsecamente relacionado com o “poder de decidir por normas gerais [legislar]” (RIGAUX, 2000, p. 25), demonstra-se a mais adequada para definir o que soberania consiste no sentido interno.

Defende-se essa posição de soberania interna estar centrada no poder de criar o direito em vez do monopólio do uso da força, uma vez que não existe seu uso sem a existência de um direito legitimador dessa força, daí a possibilidade de existirem inúmeros titulares para o uso da força, mas somente aquele que tiver o poder de criar as normas componentes do sistema jurídico (o Direito), fonte legitimadora da força, poderá ser considerado o Estado, ou melhor, a autoridade da comunidade personificada no Estado.

Assim, para poder conferir independência, exclusividade e o *status* de autoridade suprema, a soberania interna necessariamente se vincula à criação do direito, em que o uso legítimo da força é uma consequência. Não significa que esse poder do uso da força não esteja implícito na soberania interna, mas sim que ele não é o motivo de sua existência, não representando sua essência.

É por esse modo de pensar que se pode conceber a idéia de soberania como um poder absoluto nos moldes como Bodin e os pensadores dos séculos XVII e XIX a elaboraram; conferindo a posição do Estado como autoridade suprema por controlar a fonte de legitimação da força, que é o poder de criar o direito, de legislar.

A força física, por si, não é um elemento jurídico: elemento do direito é a força que este determina. Isto quer dizer que a força é um elemento determinado e acidental em relação à formulação científico-positiva atualmente insuperável de que se

informa o sentido básico permanente do ‘dever ser’. E justamente porque é a formulação científico-positiva atualmente incontestável de que se informa o sentido básico permanente do dever ser, o direito pode existir fora das formas de coercibilidade ou em oposição ao conteúdo normativo dessas formas. (SOUTO, 2000, p. 58).

Ainda reforça esse posicionamento acerca da soberania interna como sinônimo de supremacia legislativa, a concepção de que as normas eventualmente elaboradas no campo internacional – as quais contemporaneamente são consideradas como resultado de um acordo de vontade entre dois ou mais Estados – somente terão validade e eficácia se forem recepcionadas, ratificadas pelo ordenamento interno. Ou seja, o Poder Legislativo interno absoluto deve aquiescer com as promulgações do Poder Legislativo externo relativo, sob pena de invalidá-lo.

Uma estranha fórmula em que um Estado, ao mesmo tempo em que figura como um dos participantes na elaboração da norma internacional, figura também como controlador absoluto da aceitação dessa norma em seu âmbito interno, porque, como constata Savigny (2004, p. 123), “o legislador exerce em seu Estado uma dominação exclusiva e em seus limites não é obrigado a admitir a ingerência de qualquer direito estrangeiro”.

Estabelecida essa idéia de soberania interna, sendo está um poder absoluto, a soberania externa, ou internacional, só pode exercer uma finalidade subsidiária, ou relativa, servindo de anteparo para garantir seu modal interno, daí a afirmação de que a soberania internacional tem sua essência envolta no uso da força legítima, ou melhor, no monopólio da força legítima pelo Estado, qual remete ao antigo direito de guerra.

Para desenvolver essa idéia de soberania internacional, sobre a qual boa parte deste estudo se apóia, partir-se-á de uma conceituação ampla do que viria a constituir esse modal da soberania:

Soberania externa significa liberdade de poderes advindos de Estados estrangeiros. A soberania externa não é um poder da Autoridade do Estado ou do

próprio Estado. Nesse contexto existem estados soberanos e não soberanos.⁵⁶ (REINECK, 2003, p. 38, grifo do autor).

Considerando a soberania externa como uma espécie de característica que confere ao Estado independência no campo internacional, só se pode concluir que a essência dessa acepção do termo soberania só pode ser um anteparo, ou melhor, a garantia de eficácia de algo: a força legítima.

A soberania externa considerada relativa e não constituindo um poder, entenda-se, não constituindo um poder originário, só pode ser uma característica ou poder derivado. Considerando poder principal o de criar o Direito, o poder de assegurar e de aplicar o direito são seus derivados; é a constatação da força legítima como uma derivação do Direito; portanto, um poder secundário, essência da soberania internacional, situação bem sintetizada por Rigaux (2000, p. 7): “Os Estados jamais aceitaram, e tampouco aceitam hoje, ser submetidos a atos de coerção.”

Essa definição da soberania internacional baseia-se no monopólio do uso da força, e, como consequência, exerce a função de garantir o absolutismo da soberania interna por evitar a intrusão de uma força legitimada por outro ordenamento (o fenômeno do uso da força de fora para dentro). Essa concepção é baseada em três motivos: 1) falta de eficácia das normas internacionais; 2) idéia de igualdade dos Estados; 3) o Direito de Guerra dos Estados.

O primeiro fundamento dessa associação soberania internacional–uso da força advém da ineficácia *in concreto* das normas internacionais; uma ineficácia que advém não do aspecto lógico (conduta-sanção), mas sim da falta de uma estrutura independente do Estado-Nação, ou seja, da ausência de um poder centralizado capaz de assegurar o cumprimento dessa prescrição normativa pelo Estado; ocasionando a assimilação dessa norma internacional em

⁵⁶ Tradução livre do original em alemão: “**Äußere Souveränität** bedeutet Freiheit von fremdstaatlicher Macht. Die äußere Souveränität ist kein Merkmal der Staatsgewalt oder des Staates. Insoweit gibt es souveräne und nicht souveräne Staaten.”

norma interna para gozar da eficácia do sistema estatal de uso da força, ou a esdrúxula concepção de que o Estado deva-se autopunir, uma situação que resulta na crença de alguns da não-existência de um Direito internacional propriamente dito (principalmente quando defrontados com a realidade contemporânea do cenário internacional).

O Direito internacional apresenta-nos o caso oposto. Isto porque, embora seja compatível com os usos dos últimos 150 anos a utilização aqui da expressão ‘direito’, ausência de um poder legislativo internacional, de tribunais com jurisdição obrigatória e de sanções centralmente organizada tem inspirado desconfianças, pelo menos no espírito dos teorizadores do direito. (HART, 2001, p. 230).

Da inexistência de um órgão jurisdicional superior aos Estados decorre o segundo fundamento da associação da soberania internacional à idéia de uso da força, é a formulação *par in parem non habet iurisdictionem*, determinando a igualdade jurisdicional e formal dos Estados, além de fundamentar a imunidade de um Estado perante os poderes de outro Estado, como explica Ipsen:

O fundamento, que um Estado serem imunes perante os tribunais de outros Estados, baseia-se no pensamento jurídico ‘*par in parem non habet iurisdictionem*’ e assim no princípio, de que em suas relações os Estados são iguais, nenhum Estado então poderá figurar perante outro como juiz. Justamente na era da Globalização, esse fundamento surge como um pré-requisito para as relações internacionais entre Estados. Se um Estado tivesse o temor de que sem seu consentimento estivesse sujeito a ser julgado por tribunais estrangeiros, nenhum Estado com seus órgãos, missões ou riquezas se atreveria a sair de seu território.⁵⁷ IPSEN (2004, p. 373).

Nesse contexto, é inegável a presença de que a igualdade formal dos Estados está fundamentada no uso da força legítima, ou seja, a aplicação do Direito na solução de conflitos, a Jurisdição em sentido estrito, demonstrando a finalidade de anteparo da soberania

⁵⁷Tradução livre do original em alemão: “Der Grundsatz, daß ein Staat vor den Gerichten anderer Staaten immun ist, basiert auf dem Rechtsgedanken ‘*par in parem non habet iurisdictionem*’ und somit auf dem Prinzip, daß die Staaten im Verkehr untereinander gleich sind, kein Staat also über einen anderen zu Gericht sitzen darf. Gerade im Zeitalter der Globalisierung ist dieser Grundsatz eine notwendige Voraussetzung für den internationalen Verkehr zwischen den Staaten. Müßte eine Staat befürchten, ohne seinen Willen dem Zugriff ausländischer Gerichte ausgesetzt zu sein, würde kein Staat mit seinen Organen, Unternehmen oder Vermögenswerten sich außerhalb seinen Staatsgebiet begeben.”

internacional em prol da soberania interna. Contudo, ainda existe um terceiro fundamento que torna mais concreta a associação proposta: o Direito da Guerra.

Ao tratar do direito da guerra devemos ver o que é a guerra e de que direito se trata. Cícero definiu a guerra como ‘um debate que se resolve pela força’. O uso, porém, acabou por designar por esta palavra não uma ação, mas um estado. Assim a guerra é o estado de indivíduos, considerados como tais, que resolvem suas controvérsias pela força. Esta definição geral compreende todos os tipos de guerra (GROTIUS, 2004, p. c71-72).

Assim estabeleceu o próprio Grotius (2004, p. 159) a divisão dos tipos de guerra em: particulares, públicas e mistas, dentre as quais, a guerra pública surge como foco de nossa atenção; a “guerra pública é aquela que se faz pela autoridade de um poder civil”, que atualmente se incorpora no Estado-Nação, titular desse Direito.

Essa delimitação do termo “guerra” ainda implica uma gama de significados, alguns fiéis à concepção fornecida por Grotius, outras não, uma vez que o uso da força é algo bem vago. Assim, limitar-se-á a abordagem ao Direito da Guerra como fundamento, premissa da concepção aqui defendida da associação entre soberania internacional ao monopólio da força legítima.

Na esteira desse pensamento, considerando a soberania internacional como característica que confere a independência e a igualdade jurisdicional entre os Estados, ela significa também no Direito do Estado em iniciar uma guerra, hipoteticamente em prol de proteger justamente essa independência.

Trata-se de um Direito que somente um Estado independente pode utilizar, ou seja, o uso excessivo da força para defender ou para impor seus interesses (dentre os quais, eventualmente, a própria independência). Daí a observação de Reineck (2003, p. 61): existem Estados soberanos e Estados não soberanos, uma vez que se o Estado não tem o direito de utilizar a força excessiva no campo internacional (não podendo utilizar de seu direito de

guerra), ele acaba por transformar o conceito de sua soberania de independência para autonomia no campo interno.

Isso se dá pela constatação de que mesmo ceifado da capacidade de utilizar e monopolizar o emprego da força no plano internacional (seja por uma revolta interna, seja por outro Estado), sua soberania interna permanece absoluta (relativamente intacta), visto que continua a produzir o Direito.⁵⁸

Pragmaticamente, essa constatação advém dos exemplos dos Estados ocupados, os quais não foram integrados ao território dos Estados ocupantes como ocorreu na Alemanha do pós-guerra e atualmente no Iraque, ambos incapazes de exercer seu Direito de Guerra, mas com um sistema normativo relativamente intacto pela instauração de um governo provisório.

Estabelecida essa associação, deixar-se-á a soberania interna em um segundo posto, e adentrar-se-á a análise da soberania internacional, em que um dos expoentes do monopólio do uso da força legítima surge na figura da Jurisdição (em sentido estrito), ou seja, o poder de solucionar conflitos.

A soberania internacional (termo que muitos internacionalistas afastam preferindo o conceito de *independência*) é, por natureza, *relativa* (existe sempre o *alter ego* soberano de outro Estado), mas significa, ainda assim, a igualdade soberana dos Estados que não reconhecem qualquer poder superior acima deles (*superiorem non recognescunt*). (CANOTILHO, 2003, p. 90, grifos do autor).

⁵⁸ Não ignoramos o fator de que a perda do direito de guerra, por via de uma conseqüente revolução ou ocupação por força estrangeira, não deixará de ter conseqüência no sistema interno, mas sim que essa influência só começará com o estabelecimento, ou reconhecimento da comunidade internacional de que aquela nova situação do Estado incapacitado fora legitimada.

3 A JURISDIÇÃO INTERNACIONAL

3.1 O EMPREGO DA FORÇA E SEUS SIGNIFICADOS

3.1.1 Considerações acerca de Direito x força

Na longa caminhada da humanidade da caverna ao computador, a idéia de direito sempre manteve um papel central – a idéia que ordem é necessária e o caos inimigo para uma justa e estável existência. Cada sociedade, seja grande, seja pequena, poderosa ou fraca, criou para si um sistema de princípios dentro o qual desenvolve.⁵⁹ (SHAW, 2003, p. 1).

Desde o surgimento da idéia de Estado-Nação, e até muito antes desse modelo ser concebido, houve sempre um debate acerca do que seria o estado natural do ser humano, como o ser humano se comportaria em seu estado de plena liberdade fazendo surgir inúmeras teorias acerca desse estado (situação).

Não adentrando essas diversas teorias, destaca-se somente uma para servir como guisa de esclarecimento do significado do emprego (uso) da força: no sentido de essência da soberania internacional, é a idéia de que o ser humano nasce para buscar o poder, cuja consequência maior dos poderes humanos é a união, a comunidade.

O maior dos poderes humanos é aquele composto pelos poderes da maioria dos homens, unidos por consentimento em uma pessoa, Natural ou Civil, a qual possui o uso de todos os poderes dependendo de sua vontade, assim como o poder de uma

⁵⁹ Tradução livre do original em inglês: “In the long march of mankind from the cave to the computer a central role has always been played by the idea of law – the idea that order is necessary and chaos inimical to a just and stable existence. Every society, whether it be large or small, powerful or weak, has created for itself a framework of principles within which to develop.”

comunidade: ou dependente da vontade de cada particular; assim como o poder de uma facção, ou de diversas facções unidas.⁶⁰ (HOBBS, 1985, p. 150).

Essa inclinação de procurar o poder, somada à insegurança de viver sozinho, e a necessidade natural do ser humano em se socializar, levando à conclusão de que o ser humano, em seu estado natural ou de plena liberdade, nada mais é do que um animal como qualquer outro, regido pelas leis da natureza, em especial a lei do mais forte, marcado pela capacidade de compreender essa situação de sujeição total ao ambiente, acaba por se tornar diferente dos demais animais e se autodenominar racional.

A racionalidade humana serve como instrumento para que o ser humano tente romper a regra da dominação do mais forte e estabelecer uma regra de mútua assistência em busca de segurança e estabilidade em relação aos demais humanos. Contudo, cada ser humano é dotado de racionalidade e sua inclinação natural ao poder resulta na ambição de dominar seu ambiente e aqueles que estão nele.

Situação que invariavelmente resulta em um conflito entre os próprios seres humanos, surgindo como requisito para a existência de estabilidade e segurança na sua comunidade, a necessidade de se estabelecerem regras para conter a ruptura da ordem e manter a civilidade nas relações entre si, necessidade que se traduz no surgimento do Direito.

O Direito surge dessa forma, dentre suas infinitudes de atribuições, como instrumento que determina e legitima a autoridade na comunidade que pode empregar a força para resolver conflitos. Dessa forma, estabelece-se que o Direito assuma para si a função de legitimar o uso da força e coibir que os indivíduos isoladamente recorram a ela sem a devida legitimação sacionormativa.

A força não mantém nada unido. Força é um substituto para a unidade. Enquanto ela governar, não existe unidade nem desenvolvimento. Força como serva da

⁶⁰ Tradução livre do original em inglês: “The Greatest of humane Powers, is that which is compounded of the Powers of most men, united by consent, in one person, Naturall, or Civill, that has the use of al their Powers depending on his will; such as is the Power of a Common-wealth: Or depending on the wills of each particular; such as is the Power of a Faction, or of diverse factions leagued.”

inteligência prepara o caminho para a unidade, mas o crédito pertence sempre mais ao mestre que ao servo. A força sempre vai destruir a menos que seja sujeita à vontade comum.⁶¹ (MACIVER apud SCOTT, 1939, p. 21).

É dessa constatação acessória da idéia de Força que nasce a Autoridade Pública, cuja finalidade maior é a de tentar, por via da composição entre Direito e Força, manter a ordem e estabilidade comunitária, organização que se traduz na estrutura designada atualmente de Estado, e nos oferece as guisas necessárias para delimitar o que significa força e o que significa empregar a força contemporaneamente.

No intuito de realizar tal delimitação, faz-se necessário realizar uma abordagem de cunho bilateral, uma vez que a idéia de força assume diferente significado, variando conforme a organização social se encontrar centralizada ou não e mantendo somente duas características: subserviência a uma autoridade e instrumento de fazer valer o Direito, conhecido como sanção.

3.1.2 Compreendendo o processo de centralização

A ameaça, como o efetivo emprego da força, quando associada ao Direito, transforma-se no instrumento para harmonização e pacificação dos conflitos que, inevitavelmente, surgem entre os membros sujeitos dessa ordem jurídica comunitária. É imperativo, no entanto, esclarecer sobre o que consiste o processo de centralização antes de analisar os aspectos da força no direito nacional e no direito internacional, o que implica abordar, de forma abstrata, a questão dos modos de solução de conflitos entre os seres humanos.

Centralização é um fenômeno muito complexo. Nesse contexto, somente uma das facetas do fenômeno interessa. Falamos de centralização, de uma ordem jurídica

⁶¹ Tradução livre do original em inglês: “Force holds nothing together. Force is a substitute for unity. So far as it rules, there is no unity and no development. Force as servant of intelligence at times prepares the way for unity, but the credit belongs more to the master than to servant. Force will always disrupts unless it is made subservient to common will.”

centralizada, se as normas dessa ordem são criadas e aplicadas, e especialmente se as sanções são executadas por órgãos especiais que funcionam de acordo com o princípio da divisão do trabalho. Conseqüentemente os órgãos criadores e aplicadores da ordem jurídica, especialmente os órgãos executivos das sanções, são diferentes e mais ou menos independentes dos indivíduos sujeitos àquela ordem.⁶² (KELSEN, 2004, p. 101).

Centralização nada mais significa que uma especialização e legitimação social do emprego da força, ou seja, o termo força, quando dentro de um sistema centralizado, de uma ordem institucionalizada, assume a feição de coerção, de sanção institucionalizada.

Essa perspectiva acaba tendo como conclusão: quanto mais centralizada uma comunidade se encontrar, mais racional e mais civilizada é essa comunidade. Conseqüentemente, a centralização pode ser conceituada como um lento e gradual processo que as comunidades humanas sofrem, passando do estágio natural de total anarquia para um estágio em que surge uma ordem social comunitária determinando as condições e os indivíduos autorizados a interferir, por meio do emprego da força, nas esferas individuais dos membros em prol da harmonização da sociedade.

O monopólio da força na comunidade pode ser centralizado ou descentralizado. É centralizada se a ordem social institui, de acordo com o princípio da divisão do trabalho, órgãos especiais para a execução das sanções providas pela ordem. Isso, como já fora apontado, é o caso quando a ordem legal institui tribunais competentes para solucionar, por via de um procedimento determinado pela ordem, qualquer delito que tenha sido cometido e quem fora o responsável por ele, e quando a ordem

⁶² Tradução livre do original em inglês: “Centralization is a very complex phenomenon. In this connection only one side of the phenomenon is of interest. We speak of centralization, of a centralized legal order, if the norms of this order are created and applied, and especially if the sanctions are executed, by special organs functioning according to the principle of division of labor. Consequently the organs creating and applying the legal order, and especially the organs executing the sanctions, are different from and more or less independent of the individuals subject to the order.”

⁶³ Tradução livre do original em inglês: “The force monopoly of the community may be centralized or decentralized. It is centralized if the social order institutes, according to the principle of division of labor, special organs for the execution of the sanctions provided for by the order. This, as has been pointed out, is the case when a legal order institutes tribunals competent to ascertain in a procedure, determined by the law, whether a delict has been committed and who is responsible for it, and when the legal order institutes special organs to execute the sanctions ordered by the tribunals.”

jurídica institui órgãos especiais para a execução das sanções ordenadas pelos tribunais.⁶⁴ (KELSEN, 2004, p. 9).

É óbvio que nesse processo de centralização existirão diferentes etapas evolutivas, divididas na teoria geral do processo em três modalidades: autotutela, autocomposição e heterotutela.

O estágio da autotutela é o do estado de natureza predominando o que se conhece de vingança (a justiça privada), em que o emprego da força fica a cargo do próprio Indivíduo, sendo em regra a não-existência de uma autoridade capaz de monopolizar o emprego da força ou ser incapaz de determinar o modo de solução a ser adotado pelas partes em conflito.

A autotutela é comumente associada à organização social das comunidades primitivas, consideradas como se tivessem um Direito descentralizado pela ausência de órgãos especializados para promover a pacificação social, sendo o emprego da força o instrumento primário para solucionar o conflito.

O estágio da autocomposição consiste em um meio termo entre o estado natural-anárquico e o estado racional-ordenativo, pois predomina a idéia de se evitar o recurso da violência (da vingança) como modo predominante de solucionar conflitos, dando preferência às composições, á busca de denominadores comuns entre os litigantes para solucionar as divergências. O emprego da força começa a ser transferido para um plano secundário, começando a ser visualizado como instrumento de garantia da composição, do pacto.

O estágio da heterotutela consiste no estágio mais racional da comunidade; retira-se a capacidade do indivíduo de empregar a força e a centraliza na mão de órgão com a finalidade de promover a pacificação social. É o estágio em que surge a idéia de ordem, baseada em uma

⁶⁴ Tradução livre do original em inglês: “The force monopoly of the community may be centralized or decentralized. It is centralized if the social order institutes, according to the principle of division of labor, special organs for the execution of the sanctions provided for by the order. This, as has been pointed, out is the case when a legal order institutes tribunals competent to ascertain in a procedure, determined by the law, whether a delict has been committed and who is responsible for it, and when the legal order institutes special organs to execute the sanctions ordered by the tribunals.”

autoridade que monopoliza o emprego da força e determina a solução dos conflitos sociais. O emprego da força é instrumento dessa autoridade, tornando-se conhecida como sanção jurídica.

É importante salientar que, dentre esses três estágios, somente o estágio da autotutela pode ser considerado como ter existido sozinho em determinado momento da história humana, tendo essa existência compartilhada com os outros estágios evolutivos a partir do momento em que eles forem atingidos.

Situação que demonstra que, por mais civilizadas que as comunidades possam ser, não existe uma extirpação total da autotutela, mas sim um abrandamento até ela ficar restrita a casos raríssimos e, costumeiramente, enumerados taxativamente pela ordem jurídica, tornando-se exceção em vez de regra.

A grande indagação sobre essa exposição poderia ser o motivo pelo qual se realiza esta breve exposição acerca dos gêneros de forma de solução de conflitos. Esta brevíssima exposição tem o fito de estabelecer um pequeno aporte para compreender a exposição que se adotará nos três tópicos subseqüentes, em especial a associação do termo força ao de violência e o de sanção em determinados momentos, sendo retomada mais adiante ao abordarmos a concepção de jurisdição (*infra* 3.2.1).

3.1.3 O emprego da força no ordenamento jurídico nacional

A paz é definida de modo genérico por Agostinho: 'Concórdia ordenada.' Ordem é a correta distribuição das coisas, o que, no dizer da maioria e de nós juristas, é precisamente a natureza da Justiça. (GENTILI, 2004, p. 436).

Seja pela razão, seja pela insegurança, o ser humano em determinado momento da história rompe com seu estado natural, estabelecendo-se em comunidades e como

consequência limita sua liberdade, sujeitando sua força – ou o direito de empregar e recorrer a ela – à autoridade estabelecida pela comunidade.

Essa situação ilustra de forma genérica o processo de centralização do emprego da força e do surgimento de uma ordem jurídica, em que o Direito nacional, a ordem jurídica nacional regida pela autoridade personificada no Estado-Nação figura como seu expoente contemporâneo máximo, titular da função de pacificar conflitos.

Essa função emerge por via da reserva do uso da força dentro da comunidade, significando a determinação das condições pelas quais os súditos imbuídos de autoridade (exercendo o papel de órgãos da autoridade, do Estado) podem interferir de maneira compulsória na esfera de interesses privados (nos súditos vinculados àquela autoridade comunitária) de maneira a assegurar ordem e paz na comunidade (KELSEN, 2004, p. 17).

Desse modo, no âmbito da ordem jurídica estatal, ocorre a justaposição entre Direito e Força, ou seja, o resultado da composição ideal entre esses dois elementos é, atualmente, uma ordem jurídica nacional.

É dentro dessa ordem que o Direito se torna o mestre que comanda a Força e regula todos os aspectos relacionados com ela; não há mais a idéia de violência, agressão na idéia de força, mas sim a idéia de pacificação, de harmonia por via da imposição de uma decisão baseada em uma autoridade com força para garantir seu cumprimento, nasce a idéia de sanção.

No âmbito do direito nacional moderno, existem duas espécies de sanção, a pena e a execução forçada. A pena consiste na restrição à vida, à liberdade ou a um bem por emprego da força. Nesses casos as denominamos de pena capital, aprisionamento ou multa, mas trata-se todas de sanções relevantes do direito penal. A execução forçada é, pelo contrário, uma sanção do Direito Civil.⁶⁵ (KELSEN, 1953, p.14).

⁶⁵ Tradução do original em francês: “Dans le droit national moderne il y a deux especes de sanctions, la peine et l’exécution forcée. La peine consiste dans l’enlèvement par la force de la vie, de la liberté ou d’un bien. Suivant les cas nous l’appelons peine capitale, emprisonnement ou amende, mais il s’agit toujours de sanctions relevant du droit pénal. L’exécution forcée est au contraire une sanction ou droit civil.”

Em suma, o emprego da força fica incorporado dentro do sistema comunitário dominante, transformando-se como instrumento de pacificação e do surgimento dentro da organização do poder comunitário, a denominada “função pacificadora”, a qual, em razão do extraordinário fortalecimento da idéia de Estado, tornou-se exercício quase exclusivo do poder estatal, transformando-se no seu aspecto judiciário (poder, função judiciária).

É também nessa modalidade de ordem jurídica que emerge a idéia de responsabilidade pelos danos (o sujeito da sanção) como determinada individualmente pelos órgãos especializados, detentores, em última instância, da função de resolver conflitos entre as pessoas sujeitas àquela ordem.

É importante lembrar que em tal sistema o indivíduo tem quatro opções quando entra em conflito de interesses com outro indivíduo:

- a) não resolver o problema deixando-o do modo como está;
- b) buscar um acordo (autocomposição) para resolver o problema;
- c) recorrer aos órgãos especializados da comunidade para resolver esse problema (acessar o Judiciário);
- d) recorrer a meios alternativos de solução permitidos pela ordem, tais como a mediação e a arbitragem (TIBÚRCIO, 2004, p. 741).

3.1.4 O emprego da força na ordem jurídica internacional

Diverso do que se constata em âmbito nacional, na ordem jurídica internacional, existe a característica da carência de uma força pública organizada e capaz de fazer respeitar as normas do Direito Internacional. Isso não significando a ausência de diplomas legais (no caso tratados) que estabeleçam sanções, mas sim a ausência de uma autoridade capaz de as impor de forma inquestionável (ARAÚJO, 2004, p. 18), podendo chegar a ponto de considerar a

não-existência de sanções jurídicas propriamente ditas no campo internacional contemporâneo (vide *infra* 3.1.5).

Do cenário internacional, advém a constatação de que a ordem internacional contemporânea é descentralizada, implicando não a ausência de uma eventual “função pacificadora”, mas sim um campo difuso de solução de conflitos, em que a autotutela (no caso agressão bélica e econômica), a autocomposição (através de tratados internacionais) e, de certo modo, a heterotutela (arbitragem e tribunais internacionais) coexistem de forma eqüitativa. Isto é, uma não prevalece sobre a outra pela ausência de uma estrutura eficiente (no caso um Poder Judiciário internacional) capaz de lidar com os conflitos internacionais (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2001, p. 24).

Constata-se forçosamente que, além da descentralização do emprego da força, existe a predominância do emprego da força (bélica ou não) como instrumento principal de solucionar conflitos, apresentando uma estrutura que varia entre o Direito primitivo e o Direito semi-organizado. Isso tendo por conseqüências nas características dessa ordem descentralizada, em que – em vez da existência de uma relação de subordinação entre comunidade–indivíduo e a conseqüente idéia de responsabilidade individual – existe uma relação de coordenação, ou horizontal, entre seus membros e a conseqüente predominância da idéia de responsabilidade coletiva.

Não existindo autoridade institucionalizada e forte o bastante para impor decisões para delimitar eventuais responsáveis pelo dano, nem a ponderação do emprego da força para a reparação desse dano, recai aos membros por si resolverem seus conflitos; gerando uma tendência à aplicação de represálias e do *Direito* de guerra, expoentes internacionais da vingança privada, que, segundo Dal Ri Júnior (2004, p. 92), figura como uma teimosia constante entre os governantes de algumas das principais potências do mundo globalizado do século XXI.

É necessário, porém, atenuar essa visão pessimista da realidade internacional no que diz respeito ao emprego da força, explicando que nessa ordem difusa o que ocorre é que existem projetos de autoridade internacional, as denominadas organizações internacionais, mas elas consistem um “fenômeno recente” (CARVALHO, 2003, p. 44).

Nem se deve achar que a regra nas condutas dos Estados nacionais é a de contrariar as regras internacionais, quando em realidade o que ocorre é justamente o contrário, porque existe a tendência do Estado-Nação de cumprir as normas internacionais às quais se submete, porém, quando as viola, acaba por atingir em cheio todo o centro do frágil sistema internacional contemporâneo, como explica Shaw (2003, p. 6):

Ao contrário da crença popular, Estados tendem a observar o direito internacional, e sua violação é relativamente rara. Porém, tais violações (como ataques armados e opressão racial) são bem noticiadas e acertam o coração do sistema de criação e preservação da paz e justiça internacional. Mas como os incidentes de homicídio, roubo e estupro ocorrem dentro de uma ordem jurídica nacional sem destruir essa ordem, analogicamente o assalto sobre as normas jurídicas internacionais aponta a fraqueza do sistema sem denegrir sua validade ou sua necessidade. E mais, apesar da ocorrência ocasional de uma violação grave, a vasta maioria das provisões do direito internacional é seguida.⁶⁶

Essa amenização da realidade internacional não chega a ponto de tornar o assunto envolvendo o emprego da força no Direito Internacional como um tema pacífico na doutrina; sendo, ao contrário, um dos temas mais controversos desse direito (GRAY, 2003, p. 589).

Retomando o foco da proposta, pode-se afirmar que não existe uma função pacificadora nem a idéia de sanção jurídica associada ao emprego da força no plano internacional, consistindo-se mais em um instrumento de agressão e retaliação, cuja limitação é, se não inexistente, de difícil ponderação.

⁶⁶ Tradução livre do original em inglês: “Contrary to popular belief, states do observe international law, and violations are comparatively rare. However, such violations (like armed attacks and racial oppression) are well publicized and strike at the heart of the system, the creation and preservation of international peace and justice. But just as incidents of murder, robbery and rape do occur within national legal orders without destroying the system as such, so analogously assaults upon international legal rules point up the weakness of the system without denigrating their validity or their necessity. Thus, despite the occasional gross violation, the vast majority of the provisions of international law are followed.”

Levando à conclusão de que o Direito Internacional, no estágio atual, é eminentemente voltado para restringir e prevenir a utilização da força por parte dos membros na resolução de conflitos, conforme a previsão normativa do artigo 2.º Carta das Nações Unidas ao prescrever: “Todos os membros deverão evitar em suas relações internacionais a ameaça ou o uso da força contra a integridade territorial ou a independência política de qualquer Estado, ou qualquer outra ação incompatível com os propósitos das Nações Unidas” (CARTA das Nações Unidas apud MAZZUOLI, 2004, p. 31). Desse modo, comprova o intuito de, atualmente, o cenário internacional ser dominado pela idéia de limitar excessos no emprego da força por parte dos Estados em vez de estabelecer uma autoridade universal.

É salutar acrescentar que essa situação resulta em duas conseqüências diretas: a relação de coordenação e a da responsabilidade.

Não há entre direito internacional geral e direito interno senão a seguinte diferença: este [direito interno] tem órgãos centrais. Mas não se pode apontar essa diferença deste (o direito interno) é um sistema de subordinação, e aquele (o direito internacional) um sistema de coordenação.⁶⁷ (KELSEN, 1932, p. 132).

Um sistema baseado na coordenação sofre do problema de não ter uma unidade centralizada para a solução de conflitos, implicando um estágio de relativa anarquia, dominado pela idéia de vontade dos seus membros em manter a harmonia e estabilidade, a base do pensamento positivista voluntarista (*supra* 1.4.3).

Decorre daí a necessidade de se atingir um acordo por consentimento mútuo entre os Estados envolvidos, não somente acerca da existência do delito, mas também referente à reparação devida.

Sem esquecer da necessidade da boa-fé do Estado em cooperar na solução pacífica do conflito, cooperação advinda da vontade em assumir a obrigação internacional e cumpri-la, já

⁶⁷ “Il n’y a donc entre le droit international général et le droit interne que la différence suivante: celui-ci seul a des organes centraux. Mais on ne peut exprimer cette différence en disant que celui-ci (le droit interne) est un système de subordination, celui-là (le droit international) un système de coordination.”

que esse acordo, mesmo estabelecido, não confere ao Estado-vítima o direito de reparação, pois não há compulsoriedade do Estado-infrator em cumprir esse dever. Situação que no Direito nacional é inaceitável em razão da existência de autoridade imbuída de, coercitivamente, exigir essa reparação (KELSEN, 2004, p. 21).

Resultando na constatação de que o instituto da responsabilidade, em sede pragmática, tem uma existência precária dentro da ordem internacional (descentralizada) pela ausência de uma jurisdição compulsória e de procedimentos executivos de aplicação imediata e automática (BROWNLIE, 2003, p. 485).

A segunda consequência é o problema da responsabilidade no Direito Internacional, instituto que retroage no tempo e volta a se basear na idéia de responsabilidade coletiva, na ausência de um parâmetro socialmente legitimado em ponderar os atos “executivos” tomados por um membro contra o outro e, no mais grave, na interposição da figura do Estado-Nação soberano diante do ato cometido por um de seus súditos.

Em linhas gerais, a relação de coordenação acrescida com o ambiente social dominado pela responsabilidade coletiva acaba por significar que, no campo internacional, não há uma averiguação propriamente dita de quem cometeu o delito, nem há a limitação da responsabilidade de um Indivíduo por um delito internacional. Existindo como dogma principal, a necessidade da aquiescência do Estado-Nação envolvido quanto à vontade de se submeter ou deixar um de seus súditos ser submetido à apreciação de um órgão internacional, estabelecendo a regra da ausência de individualização da sanção (pena), que, por consequência, faz o dever de reparação recair sobre a comunidade nacional em sua totalidade.

Essas questões são somente alguns dos pontos que se destacam acerca de um assunto cuja controvérsia assola as relações internacionais desde o surgimento do Direito Internacional moderno, em que o cenário internacional acaba por demonstrar o vácuo que existe entre a teoria e a prática.

3.1.5 Um esclarecimento: força, sanção e violência

Diante de uma gama de informações levantadas durante o desenvolvimento deste estudo, constatou-se a necessidade de ao menos tentar esclarecer o critério de associação força-sanção e força-agressão utilizada nos dois subcapítulos anteriores para explicar a função do emprego da força no direito nacional e no direito internacional. Uma questão que resulta em abordar, de forma indireta, o que se denomina de problema da sanção no Direito Internacional.

O ponto de partida para essas considerações explicativas consiste em analisar alguns pontos referentes à natureza horizontal que domina o campo do Direito Internacional em razão das características de inexistir uma autoridade central (entenda-se a ausência de órgãos especializados em empregar a força – ausência de monopólio da força) e a conseqüente igualdade (formal) dos membros da comunidade internacional, ou seja, na ausência de um superestado (Estado universal).

Não há uma relação política de subordinação entre um superestado e os Estados, porque todos os sujeitos do direito internacional são, eles mesmos, entidades soberanas posicionadas em pé de igualdade. Por essa razão, o direito internacional não pode ser um direito verificável. Sendo melhor denominá-lo uma moral internacional positivada, como faz John Austin, a grande autoridade que aponta esse modo de pensar.⁶⁸ (KELSEN, 1953, p. 73).

Poder-se-ia questionar se tal situação ainda é verificável no campo internacional em razão da presença de organizações internacionais, em especial a ONU com seu caráter universal, sendo a resposta afirmativa. As organizações internacionais atualmente ainda têm o papel de figurarem como mediadoras de conflito, e não como órgãos decisórios, não passando

⁶⁸ Tradução livre do original em francês: “Il n’y a pas relation politique entre un super-Etat et des Etats qui lui seraient subordonnés, car tous les sujets du droit international sont eux-mêmes des entités souveraines, placées comme tel tes sur un pied d’égalité. Pour cette raison le droit international ne pourrait pas être tenu pour un véritable droit. On pourrait au mieux l’appeler une morale internationale positive, pour reprendre la terminologie de John Austin dont la grande autorité vient appuyer unetelle manière de Raisonner.”

de projetos para um ideal de justiça internacional, e um lembrete de que ainda existem antigos dogmas no pensamento humano apesar de toda a evolução.

Nesse papel de mediadoras, as organizações internacionais detêm a função de legitimar e (tentar) restringir a aplicação do emprego da força (econômica, militar ou ideológica), com o objetivo de solucionar os conflitos (na medida do possível) da forma menos violenta e injusta. O mesmo ocorrendo com os tribunais internacionais, os quais detêm autoridade para julgar, mas não a força de “fazer valer” suas decisões sobre conflitos entre Estados nacionais.

A solução de disputas entre Estados por via judicial é somente uma das facetas do enorme problema que é a manutenção da paz e segurança internacional. No período da Carta das Nações Unidas, o emprego da força individualmente pelos Estados como instrumento de solucionar conflitos é proibido. A solução pacífica é a única via disponível. Porém, não existe uma obrigatoriedade no direito internacional geral em *solucionar* os conflitos, e os procedimentos jurídicos e formais para a pacificação se fundamentam no consentimento das partes envolvidas.⁶⁹ (BROWNLIE, 2003, p. 671, grifo do autor).

A partir da perspectiva do significado de um ambiente dominado por relações dessa modalidade, pode-se constatar que a forma de solucionar conflitos no campo internacional ainda se encontra em um estágio de quase-civilidade, decorrente da predominância da idéia de autotutela mesclada com mecanismo de autocomposição.

No fundo da realidade contemporânea, ainda persiste o dogma da independência dos Estados, isso resultando no Direito por parte dos próprios membros da comunidade em estabelecer o grau, o gênero e o número no assunto tangente a divergências de interesse.

Acrescente-se a idéia de justiça privada e boa vontade dos Estados em obedecerem e se submeterem a uma autoridade internacional para solucionar suas contendas. Situação que

⁶⁹ Tradução livre do original em inglês: “The settlement of disputes between States by judicial action is only one facet of the enormous problem of the maintenance of international peace and security. In the period of the United Nations Charter the use of force by individual states as a mean of settling disputes is impermissible. Peaceful settlement is the only available means. However, there is no obligation in general international law *to settle* disputes, and procedures for settlement by formal and legal procedures rest on the consent of parties.”

remonta à idéia de *Realpolitik* (cf. *supra* 1.3), o que pragmaticamente define um cenário em que, invariavelmente, os Estados hegemônicos de maior força econômica ou militar detêm uma espécie de prerrogativa de ignorar, em certos momentos, a ordem internacional em prol da perseguição de seus interesses (GOYOS JÚNIOR, 2004, p.128).

Mesmo nessa exposição sintética, essa situação faz transparecer que o emprego da força é sinônimo de coação, assumindo duas acepções distintas: 1) indução de um determinado membro a se conduzir de maneira adequada à comunidade (sanção); 2) capacidade de impor interesses sobre outros na comunidade (agressão).

Para induzir os indivíduos a uma determinada conduta, uma autoridade pode ameaçá-los com um mal a ser forçadamente infligido sobre eles no caso de agirem contrariamente [...]. Chamamos de sanção essa ameaça de mal.⁷⁰ (KELSEN, 2004, p. 4).

Na primeira hipótese, o emprego da força assume um papel estritamente secundário, uma vez que somente será empregado quando o Indivíduo se conduzir de maneira contrária à ordem jurídica estabelecida, ou seja, o indivíduo sabe, conhece os limites de sua conduta, porque existe uma autoridade (que monopoliza o emprego da força e a centraliza em órgãos específicos) que monitora sua conduta. Existe uma relação de subordinação que envolve a liberdade do indivíduo e a autoridade da comunidade, daí surgindo à noção de sanção jurídica.

Considera-se uma sanção jurídica, porque é legitimada e determinada por normas jurídicas contidas no ordenamento jurídico, fonte do poder e da legitimidade da autoridade, que sujeita a conduta do indivíduo uma vez que detém a função pacificadora entre suas prerrogativas.

Na segunda hipótese, o emprego da força assume um papel primário, servindo de instrumento para garantir a independência e a extensão dos interesses sobre os demais

⁷⁰ Tradução livre do original em inglês: “In order to induce individuals to a certain conduct, an authority may threaten them with an evil to be forcibly inflicted upon them in case they act contrarily [...] the threatened evil we call a sanction.”

membros da comunidade; ou seja, existe igualdade entre os membros, e sua conduta é somente limitada à extensão de sua força, capacidade de defesa e agressão. Nessa situação, o emprego da força se associa à idéia de agressão.

Como há de se notar, trata-se de um jogo de palavras, porque, no fundo, tanto o termo sanção quanto o termo agressão, dependendo do contexto empregado, assumem significação semelhante ou até homônima, restando esclarecer o motivo de se empregar esse jogo de palavras.

A resposta a essa questão está justamente nas diferentes abordagens que existem quanto à existência de sanção ou não no Direito Internacional, um debate que parte desde a visão do Direito Internacional como uma moral positivada até a abordagem que considera o Direito de Guerra e a represália como sanção no Direito Internacional (KELSEN, 1932, p. 129). Esse problema deriva da natureza jurídica complexa do sistema envolvido pelo Direito Internacional uma vez que existem normas de difícil classificação, principalmente na ótica do Direito interno.

Assim, como explica Shaw (2003, p. 4), na ausência de um sistema unificado e institucionalizado, existe o problema de se defender a idéia de sanção jurídica no plano teórico quando no campo pragmático não existe reciprocidade, uma âncora para tal concepção.

Nesse campo controverso que envolve a sanção, contaram três motivos principais para a adoção desse critério associativo sobre o emprego da força:

- a) a diferença de acepção que existe entre o mesmo vocábulo quando analisado na ótica do Direito nacional e no Direito internacional, o que implicaria uma confusão terminológica se fosse adotada uma terminologia única;
- b) a concordância com a observação realizada por Shaw (2003, p. 5) de que a represália e o direito de guerra não podem ser considerados sanções (jurídicas), uma

vez que seus executores (titulares) não são autoridade internacional, mas sim os próprios membros da comunidade internacional (os Estados), implicando a descentralização do emprego da força;

- c) a dominância no sistema internacional do papel das organizações internacionais em restringir o emprego da força, e não de centralizá-lo em uma autoridade internacional, resultando na ausência de um requisito fundamental do instituto da sanção jurídica: a relação de subordinação comunidade–membro.

3.2 A JURISDIÇÃO

3.2.1 Jurisdição como forma de heterotutela

Assim como se observa um problema terminológico ao se abordar a questão do Estado na Ciência Jurídica, a palavra jurisdição se apresenta como outro termo cuja significação pode variar conforme o contexto, o local e o tempo em que se utiliza.

Portanto, para se poder compreender a jurisdição, necessita-se estabelecer os requisitos fundamentais para que o emprego da força seja considerado como função pacificadora (*supra* 3.1.3) e a feição que a Jurisdição toma dentro de um sistema centralizado, o que resulta na correlação entre os dois fundamentos existentes em sua idéia: a criação de normas jurídicas e o monopólio do emprego da força. Binômio que, associado às diferentes fases de solução de conflitos existentes (a autotutela, a autocomposição e a heterotutela), servirá como parâmetro delimitador de um esboço conceitual do significado de jurisdição neste estudo.

Relembrando a breve exposição feita *supra* (cf. 3.1.2), a função pacificadora, conforme o contexto espaço-temporal em que se realiza a análise, recaíra em três instrumentos: as próprias mãos do injustiçado (a vingança), o acordo (a composição) e a

decisão impositiva (decisão judicial), respectivamente, símbolo da autotutela, da autocomposição e da heterotutela.

Como há de se notar, a decisão imperativa (judicial) é a que predomina nos sistemas centralizados, marcando a existência da heterotutela compulsória como requisito do sistema ser considerado centralizado; uma vez que a autoridade soberana detém a função pacificadora conferida a ela para tratar de forma imparcial e justa os conflitos que possam ocorrer na comunidade. Daí a afirmação de que o objetivo-síntese do Estado e de toda organização social baseada na relação de subordinação é procurar o bem-estar comum e a pacificação com justiça (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2001, p. 25).

Para que essa heterotutela estabeleça uma relação de subordinação entre o membro e a autoridade, é necessário que a busca da solução dos conflitos seja compulsoriamente sujeitada à apreciação da autoridade a fim de que ela imponha a solução mais apropriada, resultando na pacificação com justiça: a heterotutela compulsória.

A consequência do prevalecimento da heterotutela compulsória é a quase extinção da possibilidade de os membros utilizarem o emprego da força própria para solucionar eventuais contendas em que se envolvam: essa situação se denomina, em sentido *lato*, Jurisdição, termo comumente inserido no poder (função, atividade) judicial do Estado.

3.2.2 A estrutura do poder estatal: os três poderes

A jurisdição começa a sofrer um movimento centrípeto, em torno do príncipe, ganhando a perspectiva de atividade pública, entregue ao Estado, responsável pela paz social e administração da coisa pública, característica que vai predominar durante o período da monarquia absoluta e que encontrou sua sustentação filosófica e política na necessidade de restauração da república, formando-se, porém, algo novo que perduraria pelos séculos. A decisão a ser proferida não era mais em nome do povo, mas sim do *princeps*, detentor da soberania. (MACEDO, 2005, p. 37).

Por via do jusnaturalismo racionalista, o surgimento da idéia do poder da autoridade comunitária baseado em uma espécie de contrato, de pacto social, garantindo-lhe maior

segurança e legitimidade, trouxe como consequência a necessidade do estabelecimento de limites da cessão de poderes por parte do Indivíduo à comunidade (FIORATI, 1999, p. 7).

Situação que se pode apontar como marco inicial da concepção tripartida do poder estatal, que fora fundamental para a ruptura com a tradição de concentração do poder nas mãos do monarca absolutista de direitos divinos, personificação do Estado, detentor do *status* do legislador, administrador e juiz supremo do Reino (MARÉS, 2003, p. 233).

Como já mencionado *supra* (capítulo 1), a idéia de divindade da autoridade e de sua soberania, bem como a necessidade de consolidar a coisa pública em torno do monarca, viriam a ruir ao se confrontarem com a idéia de nação, de povo. Ou seja, o contratualismo de que a autoridade soberana da comunidade advinha do povo (em especial a nação), e seria exercida pelos representantes eleitos pelo povo.

Evitando remontar aos ideais monárquicos, estruturou-se a idéia de que o poder estatal estaria dividido em diferentes funções, a denominada teoria da separação dos poderes, em que, para maior segurança e efetividade da nova autoridade, estaria partida em três poderes (funções ou atividades): criar normas, denominada de Legislativo; executar as leis (o Executivo); solucionar conflitos ou aplicar as leis (Judiciário).

Para alguns, essa estruturação do poder estatal remonta aos ensinamentos *iluminatas* de Montesquieu, o qual determinava existir em cada Estado, em cada comunidade, três poderes conforme ele explica:⁷¹

Há em cada Estado três tipos de poderes: o Poder Legislativo, o Poder Executivo das coisas que dependem do direito das gentes e o Poder Executivo daquilo que

⁷¹ Existem atualmente alguns críticos acerca da posição de que a tripartição contemporânea seja fruto da tripartição de Montesquieu; dentre eles, destacam-se Silva (2005, p. 12, grifos do autor), que afirma: “A teoria de separação de Poderes, atribuída a Montesquieu, na verdade é mais um mito do que uma realidade. O célebre filósofo francês não a defendeu como geralmente se supõe, nem considerou o *judiciário* um autêntico *poder*, de vez que, ao referir-se ao poder judicial (*puissance de juger*) num Estado democrático, Montesquieu [...] afirma ser tal poder ‘invisível ou nulo’, pois ‘os juizes não são senão [...] a boca que pronuncia as palavras da lei’.” Pessoalmente, a posição mais correta no assunto parece considerar que Montesquieu lançou as bases da tripartição, a qual evoluiu para a compreensão contemporânea.

depende do direito civil. No primeiro, o príncipe ou o magistrado fazem as leis por um tempo ou para sempre, e corrigem ou revogam aquelas ineficazes. No segundo, é fazer a paz ou a guerra, enviar ou recolher embaixadores, estabelecer a segurança, prevenir invasões. No terceiro, é a punição de crimes, ou julgar as diferenças entre particulares. Denomina-se esse último como poder de julgar, e outro simplesmente o poder de executar do Estado.⁷² (MONTESQUIEU, 2003, p. 327).

Sendo Montesquieu ou não o criador de tal estrutura, o importante é que ela perdura até os dias atuais; todo Estado-Nação contemporâneo adota a separação dos poderes em Legislativo, Executivo e Judiciário. Essa divisão é seguida da previsão de independência e harmonia entre si, compondo a gestão do Estado-Nação de forma a propiciar o bem comum, a segurança e a justiça da comunidade tutelada.

É nessa teoria que nasce a idéia de jurisdição e seu significado aqui adotado, a que Silva (2005, p. 11-12) denomina de “a autêntica e verdadeira jurisdição independente e desvinculada de valores estritamente religiosos”.

3.2.3 As diversas acepções de Jurisdição

3.2.3.1 A questão de estabelecer uma definição

Por mais surpreendente que possa parecer, de todas as questões relacionadas com o sistema jurídico comunitário, a denominação da Corte foi uma das mais difíceis em resolver – isso se realmente foi solucionado, e assumindo que a IGC não introduza novas mudanças. São bem conhecidas as dificuldades que surgem do fato de que todas as versões idiomáticas dos tratados comunitários usam nomes diferentes para designar a Corte e a CFI. Por exemplo, a versão inglesa utiliza a designação ‘Corte’

⁷² Tradução livre do original em francês: “Il y a dans chaque État trois sortes de pouvoirs : la puissance législative, la puissance exécutrice des choses qui dépendent du droit des gens, et la puissance exécutrice de celles qui dépendent du droit civil. Parle a première le prince ou le magistrat fait des lois pour un temps ou pour toujours, et corrige ou abroge celles qui sont faites. Par la seconde, il fait la paix ou la guerre, envoie ou reçoit des ambassades, établit la sûreté, prévient les invasions. Par la troisième, il punit les crimes, ou juge les différends des particuliers. On applera cette dernière la puissance de juger, et l’autre simplement la puissance exécutrice de l’État.”

para ambas as instâncias, enquanto a versão espanhola e a portuguesa somente mencionam a palavra ‘Tribunal’.⁷³ (TIZZANO, 2003, p. 414).

A situação ocorrida com a denominação da Corte Comunitária Européia e o Tribunal de Primeira Instância demonstra bem o problema que surge ao se elaborar um estudo que envolve diferentes doutrinas e idiomas e estruturas jurídicas totalmente diferentes ou semelhantes, mas nunca iguais.

Esse problema também ocorre com a palavra Jurisdição, que, advinda do latim *iurisdictio*, assume um significado literal não pouco abrangente: o de administrar justiça ou dizer o direito, “significando tanto propor uma regra de direito quanto aplicar uma regra preexistente” (PETIT, 2003, p. 816).

Aqui, procura-se evidenciar que um dos pontos acompanhantes deste estudo é a tentativa de estabelecer certa uniformidade terminológica, procurando evitar a utilização demasiada e, até certo ponto temerária, de algumas expressões e palavras que aparentam ter um sentido unívoco; mas quando defrontadas em uma análise mais abrangente e detalhada, mostram-se plurívocas; algo inevitavelmente leva a uma má interpretação e confusão acerca de alguns assuntos, e entre essas palavras, está a Jurisdição.

Não procurando alongar muito sobre esse problema, mas também não deixando de abordá-lo, delimitar-se-ão somente algumas acepções que a palavra assume e a estruturação que sua significação assume em um sistema estrangeiro, particularmente no sistema anglo-saxônico, e no brasileiro.

O sistema anglo-saxônico merece especial atenção, uma vez que no idioma germânico se pode minimizar o problema terminológico utilizando a palavra *gerichtsbarkeit* em vez de

⁷³ Tradução livre do original em inglês: “Surprising as it may seem, of all the issues related to the Community judicial system, the denomination of the Court was among the most difficult to solve – if it has indeed been solved, and assuming the IGC does not introduce any further changes. It is well known that difficulties arise from the fact that not all language versions of the Community treaties use different names for the Court and the CFI. For example, the English version refers to the ‘Court’ in both instances, while the Spanish and Portuguese versions only mention the word ‘Tribunal’.”

Jurisdição,⁷⁴ o mesmo não ocorrendo na cultura jurídica anglo-saxônica, que utiliza a palavra *jurisdiction*, com uma definição tão ampla no que diz respeito aos significados literais de Jurisdição:

Jurisdição concerne ao poder do estado em afetar as pessoas, propriedade e circunstâncias refletindo o princípio básico da soberania estatal, da igualdade dos estados e a não-interferência nos assuntos domésticos. Jurisdição é um ponto central e vital da soberania estatal, pois é um exercício da autoridade que pode alterar ou criar ou terminar relações e obrigações jurídicas.⁷⁵ (SHAW, 2003, p. 572).

Tal definição é tão ampla quanto a idéia literal da palavra Jurisdição, mas bem diferente do que ocorre no Brasil, a doutrina anglo-saxônica define as três funções (atividades e poderes) do Estado como parte integrante do significado de jurisdição (aspecto da soberania), algo que não ocorre no sistema interno brasileiro.

Jurisdição refere-se a um aspecto particular da competência jurídica geral dos Estados comumente referida como 'soberania'. Jurisdição é um aspecto da soberania e refere-se à competência judicial, legislativa e administrativa. Diferente do poder de fazer decisões ou leis (jurisdição prescritiva ou legislativa) é o poder de tomar ações executivas com o objetivo, ou em consequência, de tomada de decisões ou leis.⁷⁶ (BROWNLIE, 2003, p. 298).

Dessa forma, pode-se resumir a situação na doutrina anglo-saxônica como existindo três modalidades de jurisdição:

- a) jurisdição legislativa (*prescriptive jurisdiction* ou *legislative jurisdiction*) referente à supremacia constitucional dos órgãos estatais em criar leis;

⁷⁴ Não há de se olvidar que o sinônimo direto de Jurisdição em alemão é *Rechtsprechung*, tão ampla quanto o termo em português, mas diferentemente do aparente pleonasmo que ocorre na língua portuguesa de jurisdição judicial, o alemão tem uma palavra específica que é *gerichtsbarkeit* (cf. IPSEN, 2004, p. 1.178).

⁷⁵ Tradução livre do original em inglês: "Jurisdiction concerns the power of the state to affect people, property and circumstances and reflects the basic principles of state sovereignty, equality of states and non-interference in domestic affairs. Jurisdiction is a vital and indeed central feature of state sovereignty, for it is an exercise of authority which may alter or create or terminate legal relationships and obligations."

⁷⁶ Tradução livre do original em inglês: "Jurisdiction refers to particular aspects of the general legal competence of states often referred to as 'sovereignty'. Jurisdiction is an aspect of sovereignty and refers to judicial, legislative, and administrative competence. Distinct from the power to make decisions or rules (the prescriptive or legislative jurisdiction) is the power to take executive action in pursuance of or consequent on the making of decisions or rules (the enforcement or prerogative jurisdiction)."

- b) jurisdição executiva (*executive jurisdiction*), conferindo a capacidade do Estado em agir dentro da esfera jurídica de outro Estado;
- c) jurisdição judicial (*enforcement jurisdiction* ou *judicial jurisdiction*), designando o poder dos tribunais e juizados de um país julgar casos quando existe um fator estrangeiro.⁷⁷

Mantendo-se como regra no sistema interno brasileiro, a idéia de jurisdição (também denominada jurisdição doméstica) como uma das funções do poder estatal, juntamente a função administrativa e legislativa, tendo por objetivo solucionar os conflitos de interesses ocorridos dentro da esfera de validade da ordem jurídica nacional a qual está vinculada (WAMBIER; ALMEIDA; TALAMINI, 2002, p. 37), que é o ponto de partida para se obter o conceito de jurisdição adotado neste estudo.

3.2.3.2 Definindo jurisdição

A ciência jurídica tradicional opõe a função de criar leis à função de aplicar as leis. Ela considera a função dos órgãos judiciais somente aplicar a lei, e a função dos órgãos legislativos somente criar as leis.⁷⁸ (KELSEN, 2004, p. 304).

Essa transcrição demonstra, de forma sintética, o critério base de todos os ordenamentos (ao menos ocidentais) na concepção da divisão dos poderes, cujos fundamentos foram lançados por Montesquieu (*supra* 3.2.2), definindo que o poder do Estado, bem como sua soberania, pode ser dividido em dois aspectos distintos: um baseado na criação das leis e outro baseado na aplicação das leis, o que significa sua centralização, monopolização e função pacificadora.

⁷⁷ As terminologias *prescriptive* e *enforcement* vêm de Lowe (2003, p. 338, 351), bem como Brownlie (2003, p. 298) enquanto *executive*, *legislative* e *judicial* vêm de Shaw (2004, p. 576 - 578).

⁷⁸ Tradução livre do original em inglês: “Traditional jurisprudence opposes the function of creating law to the function of applying law. It considers the function of judicial organs only as application of law, and the function of legislative organs only as creation of law.”

Destarte, dependendo da acepção que se dê a jurisdição, altera-se seu significado e sua função no sistema. Conclusão que deriva da constatação de que no sistema anglo-saxônico posiciona-se a jurisdição no mesmo patamar da soberania (uma espécie de essência da soberania em sua totalidade), levando todas as subdivisões a serem adjetivadas pela palavra jurisdição; algo não condizente com a acepção mais comum de jurisdição na doutrina brasileira.

Para se delimitar o significado mais adequado e condizente com o título deste estudo, utilizar-se-á como ponto de partida a lição de Kelsen (2004, p. 3): “Qualquer tentativa de definir um conceito deve proceder de um determinado uso da linguagem, do significado mais comum da palavra da qual nós temos intenção de designar um conceito”, sendo o ponto de partida, a idéia de poder de dirimir conflitos.

O poder estatal, hoje, abrange a capacidade de dirimir os conflitos que envolvem as pessoas (inclusive o próprio Estado), decidindo sobre as pretensões apresentadas e impondo as decisões. No estudo da jurisdição, será explicado que esta é uma das expressões do poder estatal, caracterizando-se este como a capacidade de o Estado tem, de decidir imperativamente e impor decisões. O que distingue a jurisdição das demais funções do Estado (legislação, administração) é precisamente, em primeiro plano, a finalidade pacificadora com que o Estado a exerce. (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2001, p. 24, grifos do autor).

O conceito de Jurisdição como poder (ou atividade, função) do Estado em dirimir conflitos – como função pacificadora – é o mais difundido (senão o único) na doutrina brasileira,⁷⁹ e em uma associação a uma doutrina mais complexa (em âmbito de significação), verificar-se-á que esse significado é o mais apropriado para ilustrar o significado que a palavra jurisdição assume neste estudo.

Resultando em uma idéia que resume todas as características de um sistema centralizado: a existência de órgãos específicos em solucionar conflitos, a quase total restrição

⁷⁹ Conforme se verifica em Cintra, Grinover e Dinamarco (2001, p. 23); Wambier, Almeida e Talamini (2002, p. 37; Macedo (2005, p. 67; Silva (2005, p. 27), entre outros.

do emprego da força (sentido de ato de violência) por parte dos membros, resulta na monopolização da força nesses órgãos (autoridade), estabelecendo a harmonia da comunidade baseada na razão ou civilidade.

Substituindo-se o princípio anárquico do domínio do mais forte, comum do estado de natureza (animal), por um princípio de ordem na existência de uma comunidade organizada e racional em prol de todos, baseada em um ideal de paz e justiça que se concretizou no Estado-Nação contemporâneo.

Em suma, jurisdição significa a função de dirimir conflitos de forma compulsória e efetiva, demonstrando a forma mais civilizada de promover a pacificação e manter a ordem de uma comunidade, ou como alguns preferem afirmar: um direito que confere a um tribunal capacidade de dirimir conflitos de forma eficaz e justa.

O termo 'jurisdição' é também comumente usado no direito internacional para descrever o escopo do direito de um tribunal internacional, como a Corte Internacional de Justiça ou a Corte Criminal Internacional, em adjudicar sobre casos e a fazer ordens sobre as partes envolvidas. Em termos abstratos, a jurisdição dos Estados e a jurisdição dos tribunais são ambas as instâncias do conceito de poder de determinada instituição jurídica; mas são tradicionalmente e, de forma mais prática, distinguidas e tratadas de forma separada.⁸⁰ (LOWE, 2003, p. 330).

3.3 A JURISDIÇÃO INTERNACIONAL

3.3.1 As variações da jurisdição internacional

'Jurisdição', um termo jurídico *par excellence*, tem diversos significados. No direito público interno, o termo usualmente denota o poder de uma corte. Em direito

⁸⁰ Tradução livre do original em inglês: "The term 'jurisdiction' is also commonly used in international law to describe the scope of the right of an international tribunal, such as the International Court of Justice or the International Criminal Court, to adjudicate upon cases and to make orders in respect of the parties to them. In abstract terms, the jurisdiction of States and the jurisdiction of tribunals are both instances of the concept of the powers of a legal institution; but it is traditional and practically useful to distinguish between them and to treat them separately."

internacional, porém, jurisdição é utilizada com muito mais liberalidade.⁸¹ (REYDAMS, 2004, p. 4, grifo do autor).

Estabelecido o significado de Jurisdição como o poder de determinado órgão (daqui por diante denominado Tribunal ou Corte) em monopolizar a coerção (emprego da força socialmente legitimada) e utilizá-la como instrumento de pacificação, resta delimitar o âmbito de que viria a ser a jurisdição internacional e, mais importante, a questão da titularidade dessa modalidade de jurisdição.

A constatação mais óbvia definirá que a jurisdição internacional é, justamente, a jurisdição no plano das relações internacionais, tanto as que envolvem indivíduos de diferentes nacionalidades, como os conflitos entre sujeitos do Direito Internacional (Estados e organizações internacionais).

O mais importante em adequar o conceito de jurisdição no plano internacional é a questão de quem tem titularidade de tal forma jurisdicional, ou seja, quais as variações detêm a jurisdição internacional, ou função pacificadora internacional. Análise que recairá sobre três variáveis:

- 1) a jurisdição internacional nos tribunais nacionais;
- 2) a jurisdição internacional regional e comunitária;
- 3) a jurisdição internacional universal.

É necessário esclarecer, porém, que a palavra Tribunal está sendo utilizada como designador daqueles órgãos especializados dotados de jurisdição, excluindo-se qualquer questão terminológica; bem como a forma de heterotutela não-compulsória denominada de arbitragem não figurando como objeto deste estudo, e a questão envolvendo a forma de agir e prerrogativas dos denominados tribunais administrativos existentes em cada organização

⁸¹ Tradução livre do original em inglês: “[...] ‘Jurisdiction’, a legal term *par excellence*, has various meanings. In municipal public law the term usually denotes the power of a court. In international law, however, jurisdiction is sued much more liberally.”

internacional, cuja jurisdição, apesar de internacional, refere-se aos problemas internos da organização internacional a que está vinculado.

3.3.2 A jurisdição internacional nos tribunais nacionais

Um Tribunal nacional pode ser considerado titular de jurisdição internacional em duas hipóteses: 1) ao julgar um conflito que apresenta elementos internacionais (extranacionais); 2) ao ocorrer o fenômeno da jurisdição universal. Ambas as hipóteses, decorrentes da inexistência de fronteiras absolutas entre o Direito nacional e o Direito internacional (KELSEN, 1998a, p. 463).

A primeira hipótese é, no entendimento aqui proposto, uma versão viciada da idéia de jurisdição internacional que se pretende analisar neste estudo, uma vez que ela ocorre quando um tribunal nacional, sob exercício da jurisdição da autoridade nacional (do Estado), tem a tarefa de julgar um conflito que envolve elementos internacionais (mais especificamente, extranacionais), mas tendo como fonte legitimadora e estrutura procedimental, a ordem nacional.

Um tribunal nacional poderá aplicar o direito internacional e quando o faz, não é mais *meramente* um órgão do sistema jurídico nacional: mas também não age de forma independente do sistema nacional, ele não está julgando conflitos entre pessoas jurídicas no plano internacional, e sua jurisdição não reside sobre um acordo internacional.⁸² (BROWNLIE, 2003, p. 676, grifo do autor).

Esses conflitos, que contêm elementos internacionais (extranacionais), são objeto de estudo da disciplina Direito Internacional Privado, agrupando, sob sua temática, desde a diferença de nacionalidade entre as partes envolvidas até a aplicação de legislação estrangeira

⁸² Tradução livre do original em inglês: “A municipal tribunal may apply international law and when it does so is no longer *merely* an organ of the national system of law: but it is not acting independently of the national system, it is not settling issues between legal persons on the international plane, and its jurisdiction does not rest on agreement on the international plane.”

ou de tratados internacionais, sendo mais uma exceção do que regra no âmbito da jurisdição dos tribunais nacionais.

Já a segunda hipótese, que envolve o princípio da jurisdição universal, trata-se de uma forma de jurisdição internacional a ser atingida no campo internacional, preferencialmente tendo por titular um tribunal internacional, mas que atualmente reside primeiramente nas mãos dos tribunais nacionais.

[...] ‘Jurisdição universal’ significa que um Estado, sem procurar proteger sua segurança ou seus interesses, procura punir a conduta independentemente do lugar onde esta ocorreu, a nacionalidade do perpetrador, e a nacionalidade da vítima.⁸³ (REYDAMS, 2004, p. 81).

Sob esse significado e sob titularidade dos tribunais nacionais, o princípio da jurisdição universal pode ser associada ao fenômeno da extraterritorialidade da jurisdição punitiva de um Estado-Nação, representando um modo de extensão de seu poder sobre todo o globo terrestre nos casos em que se permite a aplicação desse princípio.

É decorrente desse princípio a complementaridade da jurisdição do Tribunal Penal Internacional (TPI) – preâmbulo e artigo 1.º do Estatuto de Roma de 1998 (cf. MAZZUOLI, 2004, p. 691) –, acrescentando a existência de dispositivos nas diversas legislações penais nacionais do fenômeno da extraterritorialidade⁸⁴ da jurisdição nacional em determinados crimes.

Atualmente, os tribunais nacionais poderão exercer jurisdição universal reconhecida expressamente, caso o Estado-Nação tenha ratificado o Estatuto de Roma, nos crimes de competência do TPI, expressos no artigo 5.º do referido estatuto:

⁸³ Tradução livre do original em inglês: “[...] ‘Universal Jurisdiction’ means that a State, without seeking to protect its security or credit, seeks to punish conduct irrespective of the place where it occurs, the nationality of the perpetrator, and the nationality of the victim.”

⁸⁴ Para um compreensivo estudo acerca de algumas das mais importantes legislações nacionais acerca do tema jurisdição universal e extraterritorialidade, recomenda-se a leitura de Reydamas (2004, p. 81-210).

Art. 5.º Crimes da Competência do Tribunal.

1. A competência do Tribunal restringir-se-á aos crimes mais graves, que afetam a comunidade internacional no seu conjunto. Nos termos do presente Estatuto, o Tribunal terá competência para julgar os seguintes crimes:

- a) O crime de genocídio;
- b) Crimes contra a humanidade;
- c) Crimes de guerra;
- d) O crime de agressão. (ESTATUTO de Roma apud MAZZUOLI, 2004, p. 692).

Como esse tipo de jurisdição internacional (ou extranacional) não é objeto de análise deste estudo, encerra-se o assunto com a observação sobre a importância que representou o TPI para o princípio da jurisdição universal, um determinado grau de ruptura da antes intangível na esfera da jurisdição nacional.

Jurisdição universal destes crimes, não significa apenas que o Estado onde os crimes foram cometidos (*locus delicti*) ou ao qual o suspeito ou vítima pertençam [...] deva processar estes crimes; implica, também, processos em nível interestatal, i.e., processos por terceiros Estados se aqueles antes mencionados estão impossibilitados ou pouco dispostos a processar. (CHOUKR; AMBOS, 2000, p. 5-6).

3.3.3 A jurisdição internacional nos tribunais regionais

3.3.3.1 A jurisdição internacional especial e a regional

As OIs de natureza política podem pretender congregar a totalidade do mundo, como a Sociedade das Nações (SdN) ou a Organização das Nações Unidas (ONU), ou somente parte deste, caso das organizações de alcance regional. (SEITENFUS, 2004b, p. 136).

Excetuando-se as hipóteses em que um tribunal nacional detém jurisdição internacional, no plano internacional, a existência de um tribunal, como toda organização de cunho internacional, depende da existência de um tratado que o institui e determina o alcance de sua jurisdição (DINH; DILLIER; PELLET, 2003, p. 905).

Como existem diversos tipos de OI, adentra-se o problema da múltipla significação da palavra internacional, em que, desde logo, destacam-se dois gêneros: um sentido tendente a universal e outro sentido tendente ao bilateralismo (individualismo internacional).

A perspectiva universal se apresenta pelos tribunais internacionais (TPI, TIM e CIJ) que pretendem deter, ou hipoteticamente detêm jurisdição sobre todos os membros da comunidade internacional, enquanto a perspectiva bilateralista (ou individualista internacional) é composta por aquelas áreas do Direito Internacional que se limitam a determinados membros da comunidade internacional, podendo-se subdividir em: direito internacional particular, regionalismo e, mais recente, direito comunitário.

Por direito internacional entendemos somente o direito internacional geral e não o direito internacional particular. O direito internacional geral é um direito costumeiro, criado pelo comportamento habitual dos Estados na comunidade internacional. *Enquanto o Direito internacional particular, não passa de normas criadas e aplicadas por Estados determinados. Por tratados que valem somente para os Estados contratantes.*⁸⁵ (KELSEN, 1953, p. 28, grifo nosso).

A expressão direito internacional particular está atualmente em desuso, sendo relacionado com acordos internacionais que envolvessem um determinado número de Estados-Nação, número de envolvidos não suficiente para elevar aquele acordo a ser considerado comunitário nem regional, tendo como exemplo maior a idéia de um contrato entre dois Estados nacionais sobre alguns pontos.

Em questão jurisdicional, um exemplo de tribunal derivado dessa forma de direito internacional seria o Tribunal Americano-Iraniano de Queixas (*US – Iran Claim Tribunal*) criado em 1981 entre EUA e Iran como parte dos acordos que asseguraram a liberação dos reféns americanos no Iran pós-revolução de 1979, para resolver as disputas que envolvessem os dois países contratantes.

Utilizando a interpretação extensiva, pode-se chegar à conclusão, apesar da terminologia haver caído em desuso, de que todos os acordos internacionais de alcance

⁸⁵ Tradução livre do original em francês: “Par droit international nous entendons seulement le droit international général et non le droit international particulier. Le droit international général est un droit coutumier, créé par le comportement habituel des Etats appartenant à la communauté internationale. En revanche le Droit international particulier ne vaut que pour certains Etats et il comprend notamment les nommer créé. Par des traités valables seulement pour les Etats contractants.”

inferior à universalidade e ao regionalismo, ou que fogem às características dessas duas formas, podem ser inclusas como parte integrante do direito internacional particular, ou especial – como exemplo, as organizações como a OPEC, denominadas de organizações internacionais especiais por seus membros estarem espalhados pelo mundo (IPSEN, 2004, p. 448), e eventuais tribunais vinculados a essas organizações (sejam administrativos para julgamento de funcionários, seja para solucionar conflitos entre os contratantes).

A segunda categoria de tribunal internacional é a que deriva de acordos regionais, detendo uma jurisdição internacional regional; esse tipo de jurisdição tem como sujeitos os membros de um tratado internacional firmado entre países de uma mesma região (de um mesmo continente ou área do globo terrestre), ou sendo “resultado de uma comunhão de interesses, de contigüidade geográfica e de cultura semelhante” (MELLO, 2004, p. 735).

A jurisdição dos tribunais advindos desses acordos é a denominada jurisdição internacional regional, tendo-se como destaque a Corte Interamericana de Direitos Humanos, estabelecida no Pacto de San José da Costa Rica de 1969, com competência para solucionar conflitos envolvendo direitos humanos entre os membros ratificadores (PACTO de San José da Costa Rica apud MAZZUOLI, 2004, p. 536-551).

3.3.3.2 A jurisdição internacional na versão comunitária

Não é aceitável dizer que houve uma elaboração e implementação contínua da jurisdição e adjudicação internacional e que ‘na esfera regional um progresso ainda maior foi atingido’. O mais certo seria que, em havendo progresso, este não ocorreu ‘também’, mas ‘exclusivamente’ no contexto regional.⁸⁶ (GREWE, 2000, p. 667).

Se a primeira metade do século XX se viu dominada pela proliferação e afirmação contínua do modelo de organização estatal baseado no modelo europeu de nação pelo globo

⁸⁶ Tradução livre da edição em inglês: “it is not acceptable to say that there was a continuous elaboration and implementation of international adjudication and jurisdiction and that ‘in the regional sphere further progress was also achieved’. At best, progress occurred, not ‘also’, but ‘exclusively’ in regional contexts.”

terrestre, a segunda metade do mesmo século presenciou uma mudança profunda no cenário europeu das relações entre as nações européias devastadas pela 2.^a Guerra Mundial: o fenômeno da integração comunitária das nações européias.

O fenômeno da integração comunitária das nações européias é um processo que se iniciou com a assinatura do acordo de Montan (*Montan Vertrag*), em 18 de abril de 1951, instituindo a Comunidade Européia do Aço e Carvão e consolidada no acordo instituindo a União Européia, assinado em 7 de fevereiro de 1992, na cidade Maastrich (REINECK, 2003, p. 393), fazendo surgir, ou evidenciando, uma nova forma ou sub-ramo do Direito no campo das relações internacionais: o Direito Comunitário.

Por fim, cumpre ressaltar que o processo de integração da União Européia atingiu um nível em que aqueles clássicos elementos estatais: povo, território e governo foram praticamente descaracterizados, porquanto o Direito Comunitário é supranacional (supra-estatal). Isso significa o fim do paradigma do Estado-Nação. Em nome do bem comum, os Estados nacionais abriram mão de suas soberanias. (SORIANO, 2004, p 94).

Nesse contexto histórico, surge a jurisdição comunitária que, por abarcar membros da comunidade internacional, é uma versão de jurisdição internacional, mas, por suas particularidades, não se enquadra nem na jurisdição internacional universal nem nas formas de jurisdição internacional especial ou regional.

É relativamente fácil concluir o motivo de não se incluir a jurisdição advinda do Direito comunitário como não sendo de caráter universal nem de caráter particular, mas o assunto mais complexo pode estar relacionado com a não-inclusão da versão comunitária dentro dos limites da jurisdição internacional regional, ou o motivo de não enquadrá-la como um regionalismo, tal como a Corte Interamericana de Direito Humanos.

O não-enquadramento da jurisdição comunitária na jurisdição internacional regional decorre pelas diferenças que ambas apresentam: a jurisdição internacional regional contemporânea não tem a feição de se integrar às jurisdições nacionais a ela sujeitos, ou

harmonizar-se com elas; uma realidade que não ocorre na jurisdição comunitária, que procura integrar as jurisdições nacionais dentro da estrutura comunitária por força da uniformização das jurisprudências.

O segundo motivo que leva à não-inclusão decorre da possibilidade de acesso ao tribunal comunitário pelo indivíduo-pessoa física de forma direta, algo que, em regra, não ocorre nos tribunais regionais, exclusivo para os Estados-Nação.

Deve-se destacar, ainda, nesta breve consideração que, diferentemente dos tribunais internacionais regionais, os quais são somente compostos por um tribunal ou corte de instância única, o Tribunal de Justiça da Comunidade Européia, expoente da forma mais avançada (e única) de Direito Comunitário, é composto por duas instâncias; a primeira instância, é o Tribunal de Primeira Instância e a instância recursal, o Tribunal de Justiça da Comunidade Européia sediado em Luxemburgo (DINH; DILLIER; PELLET, 2003, p. 939-940).

A jurisdição comunitária, portanto, diversa das jurisdições internacionais, baseia-se em uma estrutura de integração supranacional por via da uniformização da jurisprudência das jurisdições nacionais sujeitas a ela, e das marcas de monismo de primazia das normas de direito comunitário sobre o direito nacional na jurisprudência do Tribunal de Justiça Comunitário (PESCATORE, 2003, p. 330), o que implica uma aplicação do princípio da aplicação preferente no lugar do princípio da subsidiariedade/complementaridade, comum nos demais tribunais internacionais.

Nesse sentido, o Tribunal de Justiça da comunidade tem sistematicamente repetido que o juiz nacional encarregado de aplicar, no âmbito de sua competência, as disposições de direito comunitário, deve garantir a plena eficácia dessas normas, desaplicando qualquer disposição contrastante da legislação nacional mesmo posterior. **O princípio da aplicação preferente** (*Anwendungsvorrang*) exigirá, pois, a não aplicação da norma jurídica nacional e a aplicação da norma comunitária com ela colidente na solução de um caso pelo juiz ou pela administração. (CANOTILHO, 2003, p. 828, grifo do autor).

3.4 A JURISDIÇÃO INTERNACIONAL E O IDEAL DOS TRIBUNAIS MUNDIAIS

A última variante a ser abordada no problema terminológico é a referente à acepção de jurisdição internacional que procura atingir todo o globo, ou tem a pretensão de ser universal; tendo o órgão detentor de tal jurisdição a competência de resolver todos os conflitos entre os membros da comunidade internacional, bem como tutelar aqueles assuntos que ultrapassaram a capacidade de um só ordenamento nacional resolver, ou que se tornaram assuntos envolvendo toda a humanidade.

A título de exemplo de questões que envolvem toda a humanidade, destacam-se os mares e oceanos, o meio ambiente, os crimes transnacionais, a rede mundial de computadores (internet) e futuramente as colonizações e explorações espaciais.

Na obtenção dessa modalidade de jurisdição, emerge o motivo determinante para a criação dos conhecidos Tribunais internacionais (a CIJ, o TIM e o TPI). Contudo, atualmente, eles não passam de um espectro de justiça internacional, um projeto ambicioso, limitado por uma série de barreiras – as quais serão analisadas no capítulo 4.

A CIJ é comumente referida de modo não técnico como a “Corte Mundial”, mas isso talvez seja enganador. Essa denominação pode sugerir um equivalente internacional às cortes supremas nacionais, um corpo de jurisdição global, capaz de julgar os direitos e deveres dos Estados de uma posição de superioridade e de supervisão. Porém não existe tal tribunal. A Corte Internacional pode ser mais bem vista como um mecanismo permanente para a solução pacífica de disputas entre Estados, ao limite que estes a desejam utilizar.⁸⁷ (THIRLWAY, 2003, p. 559).

A jurisdição internacional-universal é a acepção utilizada no título deste estudo, porque os problemas que existem na jurisdição da CIJ, do TIM e do TPI são os mesmos

⁸⁷ Tradução livre do original em inglês: “The International Court of Justice is often referred to in non-technical contexts as the ‘World Court’, but this is perhaps misleading. Such appellation may suggest the international equivalent of a national supreme court, a body of worldwide jurisdiction, empowered to pass judgment on the legal rights and duties of all States from a position of superiority and supervision. No such tribunal however exists. The International Court can better be seen as a standing mechanism available [sic] for the peaceful settlement of disputes between States, to the extent that they wish to make use of it.”

aplicáveis a todos aqueles organismos internacionais que desejam se posicionar acima dos interesses dos Estados-Nação, com exceção as peculiaridades da jurisdição comunitária, que é o ideal de ser atingido na comunidade internacional geral: o estabelecimento de um organismo de caráter supranacional.

Esse organismo com poder de sujeitar os soberanos com suas decisões e estabelecer racionalidade nas relações entre os diferentes povos; promovendo a transferência da idéia de soberania do sentido dominante de independência, para o sentido de autônomo, comprometido com o ideal maior: a nação e os próprios interesses, ou seja, a humanidade.

Quanto à finalidade desse processo de unificação internacional, é evidente que esta é constituída pelo Estado universal, a *civitas máxima*, na qual deve desaparecer a distinção entre direito interno e direito internacional (CAMPAGNOLO, 2002b, p.106).

4 BARREIRAS A UMA JURISDIÇÃO INTERNACIONAL COMPULSÓRIA

4.1 AS BARREIRAS: O VOLUNTARISMO E A COMUNIDADE DE ESTADOS

Somente a partir do século XVIII se completa uma significativa mudança, cujo resultado determinou – englobando indivíduos e comunidade de indivíduos – a passagem do *jus gentium* para um *jus inter gentes*, no sentido de que esse direito estava reduzido a regulamentar as condutas entre Estados. (IPSEN, 2004, p. 3).

Toda a explanação realizada sobre o Estado-Nação e a Jurisdição teve por finalidade estabelecer as premissas para a compreensão da relação entre ambos no pensamento jurídico contemporâneo, em que se concebeu também a idéia do *ius inter gentes* e sobre esta elaborou a estrutura contemporânea do Direito e da comunidade internacional.

Nessa sistemática, constatou-se que o Estado-Nação figura como titular da Jurisdição, situação que lhe confere o direito de independência e autonomia diante dos demais Estados-Nação, resultando essa estruturação na idéia de soberania do poder estatal nacional. Soberania traduzida, no aspecto interno, no poder de criar leis e normas jurídicas e, no aspecto externo, em assegurar o monopólio da função pacificadora nas esferas de validade daquele poder soberano, imunizando as esferas de validade deste de qualquer poder externo à estrutura nacional dominante.

Dessas constatações nasce, em linhas gerais, a comunidade e o Direito Internacional contemporâneo, caracterizados pela igualdade de seus membros e a inexistência de um poder superior: a comunidade interestatal.

‘Direito internacional’ deve ser então considerado como sinônimo do direito que regula as relações entre os Estados, ou direito interestatal. Paralelamente, a

sociedade internacional, regida por este Direito interestatal é, também ela, uma 'sociedade interestatal' ou ainda, 'sociedade de Estados'. (DINH; DILLIER; PELLET, 2003, p. 38). Concepções resultado do pensamento positivista denominado de voluntarismo, pensamento que concebe o fundamento do Direito internacional como a vontade do Estado, o dogma de que a comunidade internacional é, em primeiro plano, composta por Estados, ou interestatal, acabando por estabelecer uma série de novos paradigmas.

Dentre essas séries de novos paradigmas, destaca-se a divisão do Direito Internacional em público e privado, além de concentrar o foco do debate acadêmico na promoção de explicações, ou discursos descritivo-explicativos, sobre tais concepções. Resultando em uma inserção cada vez maior de ficções e na criação de teorias cada vez mais passíveis de graves críticas na teoria do Direito Internacional, mantidas pela aparente força lógica que têm.

Portanto, a adoção de tal fundamento (comumente criticado, mas ainda seguido por grande parte da comunidade jurídica), confere a permanência do Estado-Nação como ponto central do Direito internacional, além de resultar na (quase) automática limitação do debate teórico-filosófico na controvérsia monista – dualista (pluralista) da relação entre normas jurídicas internas e normas jurídicas internacionais, mantendo a doutrina positivista (ainda) predominante no discurso do Direito internacional contemporâneo, cuja preferência óbvia é a figura do Estado-Nação como modelo de organização comunitária humana.

Esse posicionamento da teoria internacionalista na polarização do pensamento voluntarismo-positivista, contribui para que o real debate necessário fique encoberto (esquecido) por ficções (TRINDADE, 2002, p. 165-166), em especial o debate acerca do fundamento do Direito internacional e, por consequência, a amplitude de sua aplicação.

Dessa forma, idéias que já deveriam constar como ultrapassadas ainda se conservam e proliferam na mente de muitos juristas (inclusive internacionalistas), acabando por dogmatizar muito mais a figura do Estado-Nação, a ponto de torná-lo requisito de existência para o Direito internacional.

Juristas internacionalistas, deparando-se com a morte do Estado, deparariam-se também com a morte do direito internacional. O império de um Estado mundial não tem lugar para o direito internacional, nem a redução dos Estados em unidades paroquiais ou funcionais, subservientes à globalização, não sustentariam entidades capazes de ter as qualidades de soberania e independência que caracterizam o Estado, desse modo o direito internacional também ia desaparecer.⁸⁸ (WARBRICK, 2003, p. 208).

Dogma que, além de limitar a visão e o pensamento do Direito internacional a uma moldura aparentemente fixa, esquece uma das lições mais importantes que existe dentro do conhecimento humano: a mutabilidade e a capacidade de adaptação dos institutos criados pelo pensamento humano.

A idéia voluntarista do Direito internacional, ao se tratar de jurisdição internacional, acaba por legitimar toda a estrutura soberana do Estado-Nação, estabelecendo uma série de obstáculos à compreensão de poderes e sistemas acima dele, obstáculos esses que aqui se denominam barreiras.

A denominação barreiras designa o resultado direto do dogma da vontade do Estado, podendo ser considerada barreira todo instituto que tem ótica predominante da ordem nacional, sendo destacadas aqui:

- a) o problema da formação do jurista;
- b) a exclusão do Indivíduo como sujeito do direito internacional;
- c) o domínio reservado do Estado;
- d) o problema da responsabilidade internacional;
- e) a cláusula facultativa de jurisdição obrigatória;
- f) o poder de veto do Conselho de Segurança.

⁸⁸ Tradução livre do original em inglês: “International lawyers, faced with the death of the State, would be faced also with the death of international law. The Empire of the World State has no place for international law and the fission of States into parochial or functional units subservient to the currents of globalization would not sustain entities able to assert the qualities of sovereignty and independence which characterize States, so international law would disappear this way, too.”

Todas essas barreiras são resultado da vontade dos Estados em se submeterem ao direito internacional.

4.2 A FORMAÇÃO DO JURISTA EM RELAÇÃO AO DIREITO INTERNACIONAL

Na verdade, há alguns juízes na sociedade internacional – a começar pela Corte Internacional de Justiça –, mas eles apareceram em um período relativamente recente e, ao passo que, em um Estado de Direito, todo litígio pode terminar sendo solucionado diante de um juiz, a competência da Corte de Haia (que é limitada aos conflitos entre Estados) só pode ser exercida se as Partes consentirem. Isso constitui uma das grandes diferenças entre o direito interno e o Direito Internacional: dever-se habituar a ‘pensar’ em uma perspectiva não contenciosa, não jurisdicional. Como disse a própria CIJ, ‘no domínio internacional, a existência de obrigações cuja execução não pode ser objeto de um procedimento jurídico [leia: ‘jurisdicional’] sempre constitui mais a regra que a exceção. (PELLET, 2004, p. 14).

A primeira barreira a ser analisada, a que pode ser considerada a mais inusitada, é a questão acerca da formação jurídica dos cientistas do Direito (ou dos operadores jurídicos), uma barreira constatada não na doutrina, em que a abordagem deste tema é escasso, reduzido e controvertido, mas sim no amplo reflexo das decisões dos tribunais internacionais e dos corpos diplomáticos que defendem os interesses dos Estados-Nação nos debates internacionais.

A matriz de todos os problemas para a implementação de uma jurisdição compulsória no plano internacional é a visão da comunidade internacional ser uma comunidade de Estados soberanos, isso se traduzindo no pensamento jurídico na idéia de uma comunidade que, por si só, somente pode ser descentralizada por causa da idéia de igualdade decorrente da soberania de seus membros.

Como todo Estado-Nação é uma construção de caráter mais ideológica do que racional, ao figurarem em uma comunidade sem um poder superior, tendem a se guiar mais pelos interesses e conveniências políticas de seus governantes do que por algum ideal de

justiça; implicando a tendência deles de não abrir mão, não se desgarrarem dos eventuais direitos e poderes que acreditam possuir na esfera internacional.

No entanto, essa panorâmica não se baseia somente nas complexas teorias fundamento da comunidade interestatal, mas sim na formação das pessoas por trás dessas teorias; as mentes que as produziram, todas produto do meio social⁸⁹ em que vivem; meio dominado pela figura da família e da comunidade com que tem contato: **a nação**.

Senhores, logo na aurora da vida um incerto raio de luz ilumina a inteligência do homem. Quais são os primeiros conhecimentos que adquire, os primeiros afetos que brotam em seu coração? Conhece e ama aqueles de quem nasceu e que o criam, a casa ou a choça em que abriu os olhos à luz. Depois, bem cedo, conhece e ama a terra e quem vive, as muralhas do vilarejo natal, os homens que nele habitam juntamente com ele. Esses instintos da criança são o germe de duas poderosas tendências do homem adulto, especialmente de duas leis naturais, de duas formas perpétuas da associação humana: a família e a nação. (MANCINI, 2003, p. 53).

Destacando essa situação, Dr. Sylvio Loreto em suas lições sempre alerta que a perspectiva que se tem do Direito Internacional (em especial o DIPrv) é intrinsecamente ligada à formação do jurista que a está analisando. Daí, a consequência de um jurista com formação predominantemente baseada no Direito interno e suas rígidas estruturas dogmáticas compreender o Direito Internacional de uma forma totalmente diversa daquele que tem uma formação internacionalista, em regra mais flexível com os dogmas e mais receptivo a mudanças, transformações.

Constatação já realizada durante a existência da CPIJ, em que se encontrava no depoimento dos próprios juízes membros, os quais, em suas decisões, quase sempre se posicionavam de forma a favorecer os interesses dos próprios Estados.

⁸⁹ A carga histórica e da tradição do indivíduo que inegavelmente faz parte do seu ser e do seu modo de pensar, conforme Gadamer (2002, p. 443-444).

Um fato (nem sempre) resultante de alguma forma de corrupção ou de parcialidade do juiz, mas sim de sua formação jurídica, que o levava, até involuntariamente, a agir desse modo, como explica:

O problema era – e é – muito mais complexo. Com um notável senso de autocritica, o juiz inglês Lord Davey resumiu o problema com a seguinte afirmação: ‘Todos os juizes ingleses são imparciais, mas nem todos têm a força de libertarem-se de seus preconceitos.’⁹⁰ (GREWE, 2000, p. 615).

Panorama em que a idéia da jurisdição compulsória no campo internacional sofre de uma espécie de barreira invisível, cujo início ocorre a partir do momento em que se tenta retirar força ou alterar as estruturas internas do Estado-Nação e da noção interestatal da comunidade internacional, cujo instrumento principal, invariavelmente, é a da ruptura de dogmas e paradigmas consolidados no âmbito interno.

Daí a constatação de que a crença de serem efetivadas grandes alterações é acusada como utópicas ou inatingíveis em curto prazo, como constata Behrens (2000, p. 81) ao afirmar que um tribunal internacional com jurisdição complementar em assuntos tão graves e importantes, como os existentes na área criminal, não era vislumbrado pela maioria da comunidade jurídica como possível dentro do futuro próximo, afirmando que “poucas pessoas acreditavam que tal construção jurisdicional seria possível há dez ou cinco anos”.

Merecendo destaque a interessante, e até cômica, pseudo-resolução sobre os efeitos perniciosos dos internacionalistas, que exprime bem a visão fechada que se apodera de muitos que lidam com as ciências jurídicas e com a realidade internacional:

Ou ainda, talvez seja efeito de uma ‘pseudo-resolução’ preparada pela Delegação da Austrália na Conferência das Nações Unidas sobre algumas armas convencionais (Genebra 1979-1980) de que vamos reproduzir alguns trechos (apud Ph. Bretton):

⁹⁰ Tradução livre da edição em inglês: “The problem was – and is – much more intricate. With remarkable self-criticism, the English judge Lord Davey summarized the problem with the following remark: ‘All English judges are impartial, but not all of them have the strength to free themselves from their prejudices’.”

“Resolução acerca dos Efeitos Perniciosos dos Internacionalistas; A Assembléia Geral:
Consciente da tendência dos internacionalistas ao sofisma, à hipérbole e à bruxaria;
Lembrando suas conspirações para minar a lógica aristotélica e a pureza das línguas Inglesa, Francesa, Espanhola, Russa, Árabe e Chinesa; [...] Convencidos do excessivo sofrimento mental que seus sortilégios causam na população e em diplomatas colocados fora de combate;
Reconhecendo que a participação de internacionalistas é discrepante com o princípio da boa vizinhança entre as nações e constitui uma ameaça à paz e à segurança internacionais;
Recomenda que os governos expulsem todos os internacionalistas para o Vaticano, Trípoli ou para as Ilhas Virgens até que eles tenham alcançado um estado de catarse decorrente da contemplação de fantasmas, libios [...];
Convida os governos a incluírem os internacionalistas em delegações nacionais quando não causarem dano excessivo com efeitos indiscriminados.
(MELLO, 2004, p. 37-38).

Então, como esperar que se acredite na criação de um tribunal internacional rompendo as bases já seculares das relações internacionais contemporâneas, tendo jurisdição inquestionável sobre não só conflitos entre Estados, mas também sobre assuntos que fogem à esfera de regulação de um só membro da comunidade internacional se começa a faltar de geração em geração a convicção e a formação teórica de muitos internacionalistas em elaborar suas teorias? Situação gerada pela emersão do debate internacionalista em polêmicas ultrapassadas e falaciosas, no desencanto da disciplina que, transposta na prática, bane os valores maiores em prol de interesse mais imediatos (TRINDADE, 2002, p. 144).

Resultando como efeito direto e “imediato”, caso a comunidade internacional estabelecesse tal organismo, a possibilidade de faltar juízes à altura da tarefa de fazê-lo prosperar. Fator decorrente da ausência de uma formação acadêmica apta a torná-los receptivos e preparados para lidar com situações conflituosas em um ambiente bem diverso da rígida esfera do poder estatal, cuja necessidade maior é a flexibilidade e receptividade necessária pela dinâmica das relações em plano internacional.

4.3 A EXCLUSÃO DO INDIVÍDUO COMO SUJEITO DO DIREITO INTERNACIONAL

Pessoas jurídicas de direito internacional público são os *Estados soberanos* (aos quais se equipara, por razões singulares, a Santa Sé) e as *organizações internacionais* em sentido estrito. Aí não vai uma verdade eterna, mas uma dedução segura daquilo que nos mostra a cena internacional contemporânea. (REZEK, 2005, p. 151, grifos do autor).

A segunda barreira para implementação de uma jurisdição compulsória deriva da constatação de que o indivíduo não é detentor de personalidade jurídica internacional: a exclusão da figura da pessoa humana do âmbito de incidência (direta) das normas que constituem o Direito Internacional, e na conseqüente interposição do ordenamento jurídico nacional representado pelo Estado em eventuais questões internacionais que possam envolver um indivíduo ou um grupo de indivíduos.

Essa interposição do Estado-Nação entre o Direito internacional (e assim um eventual tribunal internacional) e a figura do indivíduo implica, basicamente, dois problemas para a implementação de uma jurisdição internacional: 1) ineficiência; 2) eficácia condicionada de suas decisões.

A eventual ineficiência de uma jurisdição internacional pelo não-reconhecimento do indivíduo em ter personalidade internacional decorre notadamente das prerrogativas e imunidades que o indivíduo, vinculado diretamente à ordem nacional por via do instituto da nacionalidade, possa eventualmente gozar. Isto é, a soberania do Estado-Nação (nada mais que personificação da ordem interna) acaba por acolher sob sua tutela seus súditos e seus atos, traduzindo-se na transferência da responsabilidade no plano internacional do indivíduo ou empresa para o Estado-Nação ao qual se vincula.

Já a eficácia condicionada ocorre no momento em que para o indivíduo ser sujeitado ao julgamento por corte internacional, existe a necessidade do Estado-Nação aquiescer para

tal fato. Ou em uma variante advinda da criação do TPI: antes da entidade internacional poder pensar em julgar o indivíduo por algum ato, o Estado-Nação tem de se demonstrar favorável a tal situação e declinar de seu poder jurisdicional sobre aquele em prol da entidade internacional.

Em outras palavras, em ambos os casos, a jurisdição internacional só viria a ocorrer se o Estado-Nação aquiescesse que ela pudesse julgar diretamente um de seus súditos, algo que implicaria uma espécie de desvinculação temporária do indivíduo do manto protetor do ordenamento nacional e sua conseqüente exposição direta ao organismo internacional, ao Direito internacional.

Para que uma idéia científica – e não declamatória – da personalidade jurídica do Indivíduo em direito das gentes pudesse fazer algum sentido, seria necessário pelo menos que ele dispusesse da prerrogativa ampla de reclamar nos foros internacionais, a garantia de seus direitos, e que tal qualidade resultasse de norma geral. (REZEK, 2005, p. 153).

Em sede teórica, constata-se que o problema da personalidade jurídica internacional do indivíduo é semelhante à idéia de uma faca com dois gumes, isso porque os dois pontos principais que servem como base são ambíguos.

Os dois pontos em questão são as afirmações do indivíduo não participar da elaboração de normas internacionais, e a eventual sujeição do indivíduo a uma jurisdição internacional somente seria possível se o Estado-Nação possibilitasse tal situação, sendo bem didático o exemplo oferecido por Rezek (2005, p. 153) em que o acesso dos indivíduos aos foros internacionais decorre da existência de um “compromisso estatal tópico”.

Exemplificando com a situação hipotética de que se a Itália viesse a se retirar da União Européia, teria por conseqüência a retirada dos cidadãos e as empresas italianas da jurisdição da Corte de Justiça da Comunidade, a qual não estaria mais acessível pela saída do soberano.

Como há de se notar, trata-se de um argumento de aparente facilidade em desconstruir, sendo o principal meio a aplicação da velha máxima de que “todo Direito é regulamentação

da conduta humana. A única realidade social a que as normas jurídicas podem se referir são as relações entre seres humanos” (KELSEN, 1998a, p. 487).

Contra-argumento que, por sua vez, acaba esbarrando no problema de que muitas das normas de Direito Internacional contemporâneo têm tanto o fito de somente regular condutas dos Estados, como estabelecer direitos e deveres aos indivíduos, tornando-o tão insatisfatório quanto o argumento da não-existência de personalidade jurídica internacional no indivíduo.

Essa insatisfação argumentativa decorre de inúmeras peculiaridades da dinâmica internacional, em que se podem destacar três como principais:

- a) a ainda existência de resistência em parte da doutrina em estabelecer a primazia do Direito internacional sobre o Direito nacional;
- b) a natureza mista das normas contidas dentro do Direito internacional, as quais acabam não só regulando condutas de Estados, mas também estabelecendo direitos e deveres a indivíduos;
- c) a dificuldade (e a escassez de abordagem) em se conceber uma sociedade internacional sem ter o Estado-Nação como figura central.

Tentar visualizar sociedades puramente inter-humanas, transnacionais e comunidades não acompanhadas de um sistema de estados leva o pensamento longe da história e numa área inexplorada. Levantando questões sobre até onde se pode conceber uma sociedade mundial independente do sistema de estados (e assim tendo a mesma base ontológica), ou até que ponto é dependente da existência de uma sociedade internacional (sendo somente um *epiphenomena*)⁹¹.⁹² (BUSAN, 2004, p. 123, grifo nosso).

Finalizando esta breve abordagem acerca do tema indivíduo no Direito Internacional, é necessário acrescentar que se trata de um assunto cuja ramificação que resultasse no

⁹¹ Conforme o dicionário do Microsoft Word 2003, *epiphenomena* é o um fenômeno resultante de outro, ou um fenômeno secundário.

⁹² Tradução livre do original em inglês: “Trying to visualize [sic] pure transnational and interhuman societies and communities set apart from an accompanying states-system takes one away from much of history and onto unfamiliar ground. It raises questions about whether the concept of world society can be thought of independently from states-systems (therefore having the same ontological standing), or whether it is somehow dependent on an accompanying international society (therefore only an epiphenomenon).”

reconhecimento do indivíduo como sujeito, tanto de Direito interno como internacional, poderia ser, conforme Trindade (2002, p. 547), uma revolução jurídica.

Embora (muito) lentamente, revolução que começa a ser trilhada especialmente após a instituição do TPI, cuja jurisdição (apesar de complementar) sacramenta (provavelmente em definitivo) a idéia de que um indivíduo possa figurar diante de um órgão julgador internacional sem estar coberto pelo manto protetor de seu Estado-Nação.

4.4 O DOMÍNIO RESERVADO DO ESTADO-NAÇÃO

4.4.1 Delimitando o significado de domínio reservado

Honramos a Cláusula de jurisdição doméstica do artigo 2 (7) da Carta das Nações Unidas, porque pressupomos que ela contém a habilidade de autodeterminação das comunidades a levar a vida que elas desejam. Mas o que seria se fosse demonstrado que a debilitação da camada de ozônio e as mortes por câncer não têm nenhuma relação com a emissão de CFC, ou que a jurisdição doméstica serve meramente para proteger o reino arbitrário de um tirano?⁹³ (KOSKENNIEMI, 2003, p. 97-98).

A terceira barreira que se destaca é a superestrutura que reveste a figura soberana do Estado-Nação, denominada pelo artigo 2(7) da Carta das Nações Unidas como a cláusula de jurisdição doméstica e, doutrinariamente, conhecida como o domínio reservado do Estado-Nação.

O domínio reservado é a tradução, a síntese de todas as implicações que resultam da concepção do Estado-Nação como sujeito principal do Direito internacional, tratando-se de um conceito ao mesmo tempo vago e abrangente, uma vez que em “última análise, não há

⁹³ Tradução livre do original em inglês: “We honor the domestic jurisdiction clause in Article 2(7) of the UN Charter because we assume it upholds the ability of self-determining communities to lead the kinds of life they choose. But what if it were shown that ozone depletion or slain cancer bear no relationship with the emissions of CFC’s, or that domestic jurisdiction merely shields the arbitrary reign tyrants?”

critério ou categorização rígida para determinar as questões que pertençam ao domínio reservado dos Estados” (TRINDADE, 2002, p. 471).

Em conformidade com essa constatação e somada à linha de raciocínio adotada (em especial ao termo jurisdição), optou-se em utilizar a expressão domínio reservado como termo designador do agrupamento de argumentos e dos fundamentos mais notórios da idéia de Estado-Nação e de comunidade internacional interestatal; ou seja, é a síntese de todas as elaborações teóricas e práticas que foram com o passar do tempo elaboradas sobre a idéia de soberania e de personalidade internacional do Estado-Nação.

Superestrutura que, nos limites do objetivo deste estudo, fora delimitada em três tópicos principais: (1) a teoria dos atos de Estado; (2) a jurisdição doméstica; (3) a limitação de aplicabilidade de normas internacionais.

4.4.2 A teoria dos atos de governo

Na prática forense anglo-saxônica surgiu a assim denominada doutrina dos ‘atos de Estado’, a qual não é parte integrante do Direito Internacional, mas tem grande significação no Direito americano. Essa doutrina determina que os Tribunais de um Estado não detêm competência para analisar a efetividade ou a legalidade de um ato soberano de outro Estado ou de uma de suas autoridades.⁹⁴ (IPSEN, 2004, p. 368).

Invariavelmente, o primeiro tópico a ser abordado é o referente à teoria dos atos de Estado, cujo bojo nada mais é que a defesa da idéia de que um ato emanado diretamente de um poder soberano, ou derivado da soberania de um Estado-Nação, não poderá ser sujeito à análise de nenhuma lei ou à apreciação de nenhum tribunal (seja ele nacional, seja internacional) quanto à sua legalidade ou à sua legitimidade.

⁹⁴ Tradução livre do original em alemão: “In der angloamerikanischen Rechtspraxis hat dies zur Entstehung der sog. ‘act of State’ – Doktrin geführt, die zwar kein Bestandteil des Völkerrechts ist, gleichwohl aber weiterhin groß Bedeutung im amerikanischen Recht hat. Diese Doktrin besagt, daß die Gerichte eines Staates keine Befugnis zur Überprüfung der Wirksamkeit oder Rechtmäßigkeit von Hoheitsakten eines anderen Staates oder dessen Behörden haben.”

Utilizando a analogia com o Direito Administrativo brasileiro, a teoria dos atos de Estado se assemelha em muito com o tema do controle judicial de atos administrativos discricionários e o fato do príncipe, os quais traduzem a autonomia da Administração Pública diante do Poder Judiciário no que tange à análise quanto ao conteúdo de seus atos, ou um eventual dever de ressarcimento ao alterar unilateralmente contratos administrativos formalizados com terceiros, mesmo que provoque prejuízo a eles.

Abstraindo-se dessa breve analogia, o mais importante a se destacar sobre a teoria dos atos de Estados é que ela é, predominantemente, uma técnica para evitar o julgamento de determinado assunto ou interesse de um Estado-Nação por outro ente que não seja ele mesmo.

Comumente servindo como exceção conveniente, as regras de conexão do DIPrv, em especial, a que determina a aplicação da lei do território onde ocorre o fato (FOX, 2003, p. 376-377). Algo que em sede processual pode ser explicado como a invocação do fundamento de autoridade no lugar de um fundamento jurídico ou legal válido para evitar a apreciação jurisdicional devida.

Em forma autorizada e quase unânime, se impôs um costume ou um princípio de Direito internacional, a teor do qual nenhum Estado pertencente à comunidade internacional poderia exercitar sua função processual frente a outro Estado ou, em geral, frente a um sujeito de Direito internacional. Esta afirmação é aceita aqui mais por sua autoridade do que pelas razões aduzidas para sufragá-la, as quais podem deixar mais de uma dúvida, como pelo demais é natural acontecer, ao faltar uma norma expressa. (CARNELUTTI, (2000, p .385).

4.4.3 A jurisdição doméstica

4.4.3.1 A titularidade jurisdicional do Estado: a jurisdição doméstica

Cada Estado, no contexto internacional, é detentor de soberania, razão pela qual a jurisdição, como expressão do poder dela decorrente, encontra natural barreira nas jurisdições dos demais Estados. (WAMBIER; ALMEIDA; TALAMINI, 2002, p. 93).

No decorrer deste estudo, tem-se reiteradamente afirmado que o Estado-Nação é titular exclusivo do poder jurisdicional dentro de suas esferas de validade, consistindo essa situação a essência de sua soberania no plano internacional. Contudo, até o momento, limita-se a tentar explicar essa situação nos moldes da concepção do Estado contemporâneo, conseqüentemente do Direito internacional contemporâneo.

Essa relação vai ser retomada neste segundo tópico ligado à barreira denominada domínio reservado do Estado-Nação, cuja análise abordará justamente a questão dos aspectos da soberania daí resultantes, os quais reunidos em um grupo acabam por ser denominados de jurisdição doméstica.

Um fator de maior relevância é a importância crucial da doutrina da Jurisdição doméstica. Esta constituindo a proibição jurídica de se interferir nos assuntos de ordem interna de uma entidade, enfatizando a supremacia do Estado dentro das próprias fronteiras.⁹⁵ (SHAW, 2003, p. 414-415).

A idéia de jurisdição doméstica remete diretamente à idéia de inviolabilidade do Estado-Nação dentro de suas fronteiras; uma espécie de anteparo da ordem nacional diante de outras possíveis ordens, um manto quase absoluto erguido, principalmente, por dois pilares fundamentais: a territorialidade e a nacionalidade (LOWE, 2003, p. 336).

Análise que acaba por focalizar os sete princípios que se retira do conceito de soberania, ou seja, os sete aspectos jurisdicionais, dos quais dois se mostram de suma importância.⁹⁶

A doutrina identifica até sete princípios: (1) o princípio da territorialidade, (2) o princípio da nacionalidade do ofensor (ou princípio da personalidade ativa), (3) o princípio da nacionalidade da vítima (ou princípio da personalidade passiva), (4) o

⁹⁵ Tradução livre do original em inglês: “One major factor that is relevant is the crucial importance of the doctrine of domestic jurisdiction. This constitutes the legal prohibition on interference within the internal mechanisms of an entity and emphasizes the supremacy of a state within its own frontiers.”

⁹⁶ Não se optou por expressar a doutrina civilística, uma vez que se acabaria por adentrar o complexo campo dos elementos de conexão e da diversidade das legislações e doutrinais nacionais, o que resultaria na necessidade de se estabelecer um estudo comparado que tornaria o assunto mais exaustivo e confuso do que ele já se apresenta.

princípio da bandeira [pavilhão], (5) o princípio da proteção, (6) o princípio da universalidade, e (7) o princípio da representação.⁹⁷ (REYDAMS, 2004, p. 21-22).

Para rápida compreensão, esclarece-se que os princípios da proteção e o da representação, não são muito difundidos na doutrina brasileira. Têm o seguinte significado: o princípio da proteção designa que o Estado detém jurisdição toda vez que um de seus direitos fundamentais venha a ser lesado; enquanto o princípio da representação significa que um Estado poderá ter jurisdição sobre um fato como representante de outro Estado quando ocorre a outorga do direito de persecução (REYDAMS, 2004, p. 22).

Esses sete princípios podem ser reduzidos em quatro grupos:

- 1) baseado no elemento território (princípio da territorialidade);
- 2) baseado na nacionalidade (princípios da nacionalidade do ofensor, da vítima, da bandeira);
- 3) baseado no fenômeno da jurisdição universal (princípio da universalidade e da representação);
- 4) na doutrina dos atos de Estado (princípio da proteção).

O fenômeno do princípio da universalidade, ou jurisdição universal já fora abordado e trata-se de uma expressão de extraterritorialidade, a qual ganhou muito mais força com o Estatuto do TPI e não impede a jurisdição compulsória internacional, mas torna-a complementar (*supra* 3.1.1); enquanto o princípio da proteção se associa mais à idéia de jurisdição no sentido de executar, de ato do poder estatal, e compõe a problemática da soberania do Estado-Nação (*infra* 4.3.2).

Por consequência, constata-se a redução dos aspectos nos dois princípios restantes: os baseados no território e na nacionalidade que, não por coincidência, se referem às duas

⁹⁷ Tradução livre do original em inglês: “Doctrine identifies up to seven principles: (1) the principle of territoriality, (2) the principle of the nationality of the offender (or active personality principle), (3) the principle of the nationality of the victim (or passive personality principle), (4) the principle of the flag, (5) the principle of protection, (6) the principle of universality, and (7) the representation principle.”

maiores proteções do Estado-Nação contemporâneo: a não-intervenção e a autodeterminação dos povos.

4.4.3.2 O princípio da territorialidade: o direito de não-intervenção

Que um Estado deveria ser capaz de julgar as ofensas cometidas sobre seu solo é uma manifestação lógica de uma ordem mundial de Estados independentes, e é toda arrazoada, e as autoridades estatais são responsáveis pela aplicação da lei e da manutenção da boa ordem dentro desse Estado.⁹⁸ (SHAW, 2003, p. 579).

O primeiro princípio guia que se relaciona com a jurisdição doméstica advém da exclusividade do poder estatal nacional em regular a conduta jurídica de seus súditos de forma (quase) absoluta em seu território, representação da essência do princípio da territorialidade; expressão da soberania interna do Estado-Nação (*supra* 2.2.5.3), que transposto para o campo internacional, resulta na concepção de inviolabilidade territorial, expressando sua independência por via do direito da não-intervenção, consagrado no artigo 2.º (4) da Carta das Nações Unidas, em que:

4. Todos os membros deverão evitar em suas relações internacionais a ameaça ou o uso da força contra a integridade territorial ou a independência política de qualquer Estado, ou qualquer outra ação incompatível com os Propósitos das Nações Unidas. (CARTA das Nações Unidas apud MAZZUOLI, 2004, p. 33, grifo nosso).

O princípio direito da não-intervenção concebido originalmente para conter o poder da Igreja Católica em perseguir os dissidentes religiosos, em especial os protestantes, abria a possibilidade para a denominada intervenção religiosa no principado.

Essa possibilidade de violar os interesses internos de um principado, ao ser extinta com a queda do poder papal e com o início de surgimento dos Estados nacionais na Europa,

⁹⁸ Tradução livre do original em inglês: “That a country should be able to prosecute for offences committed upon its soil is a logical manifestation of a world order of independent States and is entirely reasonable since the authorities of a state are responsible for the conduct of law and the maintenance of good order within that state.”

levou a que se apresentasse como justificativa para a consolidação das fronteiras estatais. Consolidação que também teve o fito de inibir a expansão baseada em poder bélico sobre os povos mais fracos, tendo somente como exceção os eventuais fatos que envolvessem questões humanitárias, que foi chamada de intervenção de cunho humanitário, e se tornou um dos grandes problemas contemporâneos.

No que se refere ao respeito pela soberania dos Estados no âmbito das relações internacionais, é necessário recordar o momento delicado pelo qual tem passado o princípio de não-intervenção nos últimos anos. Um problema complexo que se impõe, principalmente, é o relativo à manipulação das doutrinas sobre direitos humanos para a flexibilização de tal princípio. O último conflito ocorrido no Oriente médio parece estar desenhado no horizonte macabras encenações que conjugam o radicalismo de algumas “seitas” pró-direitos humanos com interesses políticos, estratégicos e comerciais de quem sempre está disposto a ganhar com a desgraça alheia. (DAL RI JÚNIOR, 2004, p. 93).

No entanto, o princípio da não-intervenção, além de ter servido como mola propulsora da conseqüente idéia de autodeterminação dos povos, por via da consolidação fronteiriça, acabou por determinar a não-obrigatoriedade da jurisdição interna do Estado em obedecer a normas internacionais nem a garantir executividade das decisões dos tribunais internacionais se os tratados versando sobre esses assuntos não forem ratificados, estabelecendo a regra *a priori* da não-cooperação.

4.4.3.3 O princípio da nacionalidade: o direito de autodeterminação

Desde que cada Estado tenha soberania e poderes jurisdicionais, e desde que cada Estado deva consistir de uma conexão com indivíduos humanos, torna-se essencial que uma conexão jurídica deve ser estabelecida entre esses dois. Essa conexão do Estado com o povo que habita seu território é provida pelo conceito de nacionalidade.⁹⁹ (SHAW, 2003, p. 584).

⁹⁹ Tradução livre do original em inglês: “Since every state possesses sovereignty and jurisdictional powers and since every state must consist of a collection of individual human beings, it is essential that a link between the two be legally established. That link connecting the state and the people it include in its territory is provided by the concept of nationality.”

O segundo princípio de importância é o relativo à nacionalidade, cuja transposição para o campo das relações internacionais assume a feição do princípio-direito de autodeterminação dos povos; princípio que remonta à idéia de nação originada da Revolução Francesa (WARBRICK, 2003, p. 214) e convertida na idéia de cidadania durante o processo de mundialização do Estado-Nação, pois, invariavelmente, o princípio-direito de autodeterminação de um povo é resultado do mítico conceito de nação, da força da idéia de nacionalidade associada à idéia de soberania popular.

Ambas as idéias são os resultados mais importantes da Revolução francesa dentro do Direito internacional, uma vez que resultaram na dissolução das monarquias absolutistas e na total emancipação do Estado-Nação, levando o espectro da soberania a conter não somente a inviolabilidade territorial, como também a nacionalidade na composição dos fundamentos da sua independência internacional (GREWE, 2000, p. 414).

Ampliando o conceito de soberania e somando aos elementos do Estado-Nação a idéia de uma população, o princípio da autodeterminação tornou-se o principal instrumento de conduta das relações entre os Estados, servindo como fonte legitimadora para o processo de mundialização do modelo de organização social europeu.

A visão de que cada povo (inicialmente, referindo-se às nações européias) tem o direito de autodeterminação, acabou por estabelecer que o poder do Estado não mais estava nas mãos divinas do monarca, mas sim na unidade de um povo, que, dentro de um determinado território, não estaria sujeito a nenhum outro; consagrando, assim, a igualdade, ao menos formal, entre os diversos povos (de nacionalidade homogênea ou não).

Historicamente, o princípio da autodeterminação foi o elemento teórico que faltava para a troca do monarca pela soberania popular (DINH; DILLIER; PELLET, 2003, p.63-66).

Com a queda dos grandes impérios coloniais que se concebiam como Estados nacionais puros, o princípio da autodeterminação, e sua idéia de soberania popular, viu-se

pulverizado entre as ex-colônias e, como consequência do processo de mimetização (*supra* 2.2.2), tornou-se de um princípio de conteúdo puramente moral e político (BROWNLIE, 2003, p. 553) um conceito jurídico fundamental para o Estado-Nação.

A autodeterminação dos povos estabeleceu-se como uma regra do direito internacional contemporâneo (e não simples postulado moral ou político), de aplicação universal; argumentou um participante que ‘ainda que se admitisse que o sistema colonial houvesse se baseado em regras costumeiras, estas haviam perdido sua força obrigatória pela ausência de uma *opinio necessitatis*’. (TRINDADE, 2002, p. 124).

Superada essa breve exposição histórica e, até certo ponto, complementar à exposição realizada *supra* 2.2.2, adentra-se a análise desse princípio como uma barreira jurisdicional, situação decorrente da extremada conexão que se estabeleceu entre soberania e nacionalidade, ou melhor, do indivíduo com seu Estado-Nação.

De forma geral, costuma-se definir autodeterminação como a capacidade de um povo em se auto-organizar, bastando que manifestem esse desejo expressamente, algo que em regra ocorre por via de plebiscito, marco inicial da criação de outro Estado (REINECK, 2003, p. 21).

No entanto, como toda idéia humana pode sempre resultar, ao menos, em duas construções pragmáticas diferentes, o princípio de autodeterminação acabou por desemborcar na variante mais extremada, assumindo a feição de extraterritorialidade de um ordenamento nacional.

Essa concepção de extraterritorialidade acaba resultando na idéia de que o domínio de validade pessoal de determinado ordenamento jurídico nacional possa acompanhar e, naturalmente, proteger com seu manto soberano aquele indivíduo que lhe está vinculado, mesmo quando o indivíduo se encontrar em uma esfera territorial diversa de seu Estado.

Despertando, desse modo, uma espécie de egoísmo do ordenamento nacional em submeter seus súditos a outros ordenamentos, sejam eles nacionais, sejam internacionais e enclausurando o Estado-Nação como um mundo dentro de outro mundo.

Para alguns, o princípio de nacionalidade é sempre a negação da sociedade humana e, portanto, não representa um progresso no Direito das gentes, mas significa o isolamento, o egoísmo exclusivo de cada Nação e, pois, enterra em si necessariamente elementos de reação. (MANCINI, 2003, p. 203).

Conseqüentemente, determina que a jurisdição sobre seus nacionais seja, em primeira linha, exercida somente pela autoridade estatal vinculada, e sendo somente passível a utilização de jurisdição diversa sobre esse indivíduo com o expreso consentimento da autoridade vinculada. Além de legitimar, de certo modo, e proteger as diversas formas de manifestações políticas xenófobas baseadas em ideologias como superioridade racial de determinado povo ou o mito da segurança da nação, as quais também inibem a submissão de litígios à jurisdição da CIJ (MELLO, 2004, p. 687).

4.4.4 A limitação de aplicação de normas jurídicas internacionais

4.4.4.1 A decisão judicial como norma jurídica: esclarecimento

O juiz não tem qualidade – nem pretende tê-la – para elaborar normas, senão para aplicá-las ao caso concreto que se lhe submete. (RÉZEK, 2005, p. 142).

Antes de partir para a análise dos elementos que compõem a limitação de aplicação das normas jurídicas internacionais, é importante traçar uma breve explicação do que se deve entender por norma jurídica, em especial considerar a decisão judicial como uma norma desse tipo.

Com já mencionado no capítulo 3, o termo jurisdição tem, na tradição ocidental, duas acepções principais: criar e aplicar direito. Também se mencionou (*supra* 1.4.3) que o

advento do positivismo no pensamento científico provocou uma série de novos paradigmas dentro das Ciências. Dentre esses novos paradigmas, pode-se destacar o endurecimento do dogma da separação do poder estatal.

Uma das consequências principais desses fatos foi a restrição do conceito de norma jurídica, restrição essa que ocorre geralmente pela exclusão das decisões prolatadas por órgãos jurisdicionais (as decisões judiciais) de seu conceito, de sua abrangência. Situação que **não** é premissa deste estudo, motivando a necessidade de uma breve explicação sobre ele.

Contrariando grande parte da doutrina, este estudo tem como premissa que a decisão judicial é uma espécie de norma jurídica, daí a conclusão de que os fatores que inibem a eficácia de uma norma jurídica internacional são ao mesmo tempo condicionadores da eficácia de uma decisão judicial; sendo esse o bojo da idéia de limitação da aplicação de normas jurídicas internacionais.

Dizemos que a norma jurídica é uma estrutura proposicional porque o seu conteúdo pode ser enunciado mediante uma ou mais proposições entre si correlacionadas, sendo certo que o significado pleno de uma regra jurídica só é dado pela integração lógico-complementar das proposições que nela se contêm. (REALE, 2003, p. 142).

O ponto de partida para tal compreensão é desvincular a idéia de que norma jurídica seja somente associada à idéia de lei e, em seu lugar, compreender a norma jurídica como a unidade que compõe a Jurisdição (sentido lato). Dessa maneira, ter-se-á que a norma jurídica compreende, essencialmente, duas espécies: a lei e a decisão judicial.

A lei se traduz como a norma jurídica que visa regulamentar a conduta da sociedade, estabelecendo o sistema jurídico pelo qual a comunidade vai-se orientar, tendo por características principais:

- a) sua criação sendo advinda da assembléia de representantes dessa comunidade, conhecida como Poder Legislativo;

- b) o cunho principal de regular condutas tanto dos indivíduos quanto do poder comunitário (o funcionamento do Estado);
- c) com abrangência indeterminada, isto é, é destinada a todos aqueles que se encontram nas esferas de domínio daquela comunidade (Estado).

Por sua vez, a decisão judicial pode ser traduzida como a norma jurídica que visa solucionar (racionalmente) determinado conflito existente na comunidade. Trata-se de uma norma jurídica instrumental, uma vez que advém da aplicação, da interpretação e da integração da lei àquele conflito. Tendo como características principais:

- a) ser criação da interpretação do órgão jurisdicional de uma lei sobre um determinado conflito;
- b) ter como objetivo principal solucionar um conflito entre partes;
- c) ter seus destinatários, *a priori*, como as partes envolvidas no conflito, e não a comunidade em sua totalidade.

É óbvio que tal estruturação tem ressalvas uma vez que o tema é conflituoso, mas é necessário ter em mente, para melhor compreender, a inclusão de diversos fatores que, em regra, são mais relacionados com o Direito internacional total do que somente com a jurisdição internacional.

Considerando-se a decisão judicial como norma jurídica, ainda que instrumental, tem-se como consequência lógica que os fatores que condicionam a aplicação de uma lei (no caso do Direito internacional, o tratado) também condicionam a eficácia de uma decisão emanada por um órgão jurisdicional internacional. Daí o motivo da inclusão dos principais limitadores de aplicação da norma internacional como uma barreira à jurisdição compulsória no plano internacional.

4.4.4.2 A ratificação

Art. 2. Expressões empregadas.

1. Para os fins da presente Convenção:

[...]

b) 'ratificação', 'aceitação', 'aprovação' e 'adesão' significam, conforme o caso, o ato internacional assim denominado pelo qual um Estado estabelece no plano internacional seu consentimento em obrigar-se por um tratado [...]. (CONVENÇÃO de Viena de 1969 apud MAZZUOLI, 2004, p. 188).

O instituto jurídico da ratificação é, com o direito de reserva (*infra* 4.4.4.3), uma consequência no plano técnico-jurídico do dogma da vontade do Estado como fonte produtora do Direito internacional; sendo um reflexo da necessidade de um Estado aceitar e em obrigar-se a cumprir um tratado internacional.

A ratificação é o instrumento de expressão da vontade do Estado. Desse modo, o instituto da ratificação somente existe em razão do dogma do voluntarismo, porque ela é o instrumento primordial para o reconhecimento da validade de uma norma jurídica internacional por determinado Estado-Nação, constando como uma das faculdades emergidas de sua personalidade jurídica internacional (*infra* 4.5).

Em sede de jurisdição internacional, a ratificação se apresenta, contemporaneamente, como um dos requisitos essenciais para um determinado Estado-Nação e que seus súditos sejam abrangidos pela jurisdição de um eventual tribunal internacional, uma vez que este é, necessariamente, fruto de um tratado, que é sua fonte criadora direta.

Assim, quanto menor o número de ratificações ao tratado que cria o órgão jurisdicional internacional, menor sua importância, sua obrigatoriedade e sua eficácia.

Essa é a posição da ratificação, em termos gerais, no assunto aqui analisado, uma vez que o problema da validade e da eficácia da norma internacional diante da ordem nacional será analisado com mais profundidade quando se abordar a personalidade jurídica

internacional do Estado-Nação, a qual é real matriz teórica por trás dessa técnica procedimental.

4.4.4.3 A questão do direito de reserva

Art. 2. Expressões empregadas.

1. Para os fins da presente Convenção:

[...]

d) 'reserva' significa uma declaração unilateral, qualquer que seja a sua redação ou denominação, feita por um Estado ao assinar, ratificar, aceitar ou aprovar um tratado, ou a ele aderiu, com o objetivo de excluir ou modificar o efeito jurídico de certas disposições do tratado em sua aplicação a esse Estado [...]. (CONVENÇÃO de Viena de 1969 apud MAZZUOLI, 2004, p. 188).

Ao lado do problema da inserção da norma internacional por via da ratificação, existe um segundo problema da técnica jurídica no que se refere ao assunto inserção: o direito do Estado-Nação em estabelecer, impor reservas a um tratado, traduzido na via legal pelos artigos 19 a 23 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969 (MAZZUOLI, 2004, p. 191–192).

O Direito de estabelecer reservas não consiste uma barreira contra uma jurisdição internacional compulsória, porque para estabelecer reservas, o Estado-Nação necessariamente terá de integrar o tratado, mas consta como uma barreira para a efetividade do eventual modelo jurisdicional, ou seja, servirá como instrumento do Estado em relegar a existência desse modelo jurisdicional somente ao papel e a tinta de redação do tratado.

As reservas são, assim, barreiras burocráticas, visto que não impedem a criação, mas podem impossibilitar a aplicação prática de um órgão jurisdicional internacional.

Se um Estado que tenha feito uma reserva à sua aceitação [ratificação] instaura um processo contra um Estado que não tenha feito nenhuma, seria a jurisdição da Corte afetada por essa reserva? A Corte Permanente manteve que sim; que o Estado processado poderia invocar a reserva do Estado processante; ou pondo de outra

maneira, que a Jurisdição da Corte estava definida pelo consenso mais próximo dos dois envolvidos.¹⁰⁰ (THIRLWAY, 2003, p. 570).

Essa situação tem como efeito que, antes de analisar o mérito da questão, a eventual Corte detentora de jurisdição internacional (mesmo compulsória), teria de chegar a um acordo entre as partes envolvidas, tentando encontrar um denominador comum às reservas existentes, o que acabaria com a natureza de subordinação entre tribunal e envolvidos, resultando, no que é comum ocorrer atualmente na CIJ, o tribunal ser palco de uma negociação bilateral; em vez de um órgão julgador, seria um órgão burocrático preso em um emaranhado de diferentes reservas e interesses.

As reservas que foram feitas nas declarações dos Estados sobre a Cláusula facultativa, restringido a jurisdição da CIJ, variam em muito de Estado para Estado, e são usualmente uma tentativa de prevenir o envolvimento da Corte em uma disputa de interesses vitais entre Estados. (SHAW, 2003, p. 981).

Essa barreira aparenta já estar sendo superada pela comunidade internacional, apesar de já terem vitimado a CIJ, uma vez que, na criação dos “novos” tribunais internacionais, ela se encontra delimitada ou (até certo ponto) uniformizada, como se constata na análise do Estatuto do TIM (anexo VI da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar de 1982), em que o artigo 309 determina a não-possibilidade de reservas fora daquelas apontadas por dispositivos específicos; proibida no caso do TPI, instituído pelo Estatuto de Roma de 1998, conforme menção expressa do artigo 120.

Ambos os estatutos figurando como demonstrações de que o método de elaboração de tratados referentes a instituições internacionais está sofrendo uma lenta e gradual mudança, uma vez que o “processo de elaboração de normas convencionais foi inédito e inovador no

¹⁰⁰ Tradução livre do original em inglês: “If a State which had made a reservation to its acceptance brought proceedings against a State which had made none, was the jurisdiction of the Court affected by the reservations? The Permanent Court, held that it was; that the respondent State could invoke the applicant State’s reservation, or to put it another way, that the Court’s jurisdiction was defined by the narrower of the two acceptances.”

âmbito da ONU, utilizando-se de forma inédita de métodos diversos” na sua criação (FIORATI, 1999, p. 55).

4.4.4.4 A idéia de ordem pública nacional

Leis de ordem pública são aquelas que, em um Estado, estabelecem os princípios, cuja manutenção se considera indispensável à organização da vida social, segundo os preceitos do direito, ou, segundo uma decisão célebre da corte de Veneza: ‘são as que concernem directamente à protecção da organização do Estado, considerando sob ponto de vista político, econômico e moral.’ (BEVILÁQUA, 2002, p. 74-75).

Ainda dentro da análise do tópico referente às limitações da aplicação de normas internacionais no que tange a eficácia, existe a necessidade de analisar o que se denomina de idéia de ordem pública nacional,¹⁰¹ um dos obstáculos principais na esfera normativo-legalista para a aplicação eficaz (no sentido de auto-executiva) das normas internacionais.

É importante salientar neste tópico que se considera como fator limitador das referidas normas a denominada ordem pública nacional, não se devendo confundi-la com as demais acepções que a expressão possa ter; com destaque, a figura da ordem pública internacional, esta cujo significado denota um conjunto de opiniões comuns,¹⁰² as quais ultrapassam os limites da ordem jurídica estatal (BEVILÁQUA, 2002, p. 75), o que, de certa forma, pode ser exemplificado contemporaneamente com os direitos humanos e a idéia de normas internacionais auto-executivas conhecidas como *jus cogens*.

Dessa observação, pode-se constatar que o principal elemento que se associa à expressão ordem pública é a predominante filosofia de imperatividade e da busca de proteger

¹⁰¹ Existem autores que, em vez de utilizar a expressão ordem pública, utiliza a expressão ordem social (CASTRO, A., 2004, p. 275).

¹⁰² Opta-se por utilizar essa expressão no lugar da acepção mais comum ao fenômeno, que são as leis extraterritoriais ou de efeito extraterritorial, para evitar a associação deste fenômeno da extensão jurisdicional do Estado por via do conceito de nacionalidade e, especialmente, dos princípios decorrentes da imunidade diplomática.

valores essenciais à determinada comunidade, sendo, na ordem pública nacional, essa comunidade representada pela nação e o Estado (DOLINGER, 2003, p. 392).

A ordem pública é, invariavelmente, ligada à idéia de valores e à moral, ligação que acaba por lhe conferir um determinado grau de subjetividade e de carga ideológica, tornando seu conceito vago, “oscilante, contraditória na doutrina, na jurisprudência e na legislação de todos os povos, com significações diversas” (CASTRO, A., 2004, p. 275-276).

Essa indeterminação conceitual é o motivo pelo qual a ordem pública nacional se torna um obstáculo para o estabelecimento de uma ordem jurídica internacional forte e eficaz, uma vez que, conforme alerta do Dr. Aurélio Agostinho da Bôaviagem em suas lições, tal carga ideológica é determinante para a indeterminação conceitual, acabando por resultar em uma prescrição legal vaga, não tendo o mínimo de objetividade pragmática.

A objetividade pragmática, por sua vez, exprime que independentemente do que a lei possa ter expressado¹⁰³ ou não a inclusão de seu conteúdo como de ordem pública, ou não, acabará por resultar da decisão subjetiva dos aplicadores do Direito. Ou seja, a última palavra para determinar se a ordem pública foi ou não ferida acaba por recair no entendimento dos tribunais e magistrados do Poder Judiciário nacional.¹⁰⁴

Esse relativo casuísmo no exame da abrangência da ordem pública nacional, em sede de jurisdição internacional, acaba em uma espécie de reexame obrigatório pelo poder jurisdicional nacional de eventuais atos normativos internacionais (incluindo-se aí as decisões provenientes de tribunais internacionais), para averiguar se estes não ferem a ordem pública

¹⁰³ Um exemplo interessante apontado pelo eminente jurista é a previsão no artigo 1.º do Código do Consumidor brasileiro, em que se verifica tal modalidade de previsão. Esta abrindo um precedente, talvez perigoso para a ordem interna, uma vez que se existem leis que não têm caráter de ordem pública, poder-se-ia argüir, por via de um silogismo rude, que essas leis não teriam o caráter imperativo de outras leis.

¹⁰⁴ Um exemplo dessa situação pode ser encontrado no Brasil diretamente no controle de constitucionalidade de tratados internacionais que não versem sobre direitos humanos e, indiretamente, em sede processual da necessidade de expedição de rogatórias para o cumprimento de decisões estrangeiras.

nacional. Reexame que ditará a eficácia, ou não, daquele ato normativo internacional, resultando diretamente na eficácia condicionada de qualquer decisão internacional.

4.5 O PROBLEMA DA RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL

O problema do Estado como uma pessoa jurídica, isto é, como sujeito agente e sujeito de deveres e direitos é, no essencial, o mesmo problema que se põe para a corporação como pessoa jurídica. (KELSEN, 1998b, p. 321).

O problema da responsabilidade do Estado-Nação é, em linhas gerais, traduzido na questão da capacidade de um órgão jurisdicional de impor decisões e garantir seu cumprimento, o que resulta na indagação de como responsabilizar uma coletividade soberana sem cometer injustiças ou equívocos.

Para se compreender esse problema, há de separá-lo em dois níveis: o primeiro referente à responsabilidade das pessoas jurídicas e o outro referente às peculiaridades da figura do Estado-Nação como pessoa jurídica.

A responsabilidade das pessoas jurídicas em regra recai na forma dominante de responsabilidade existente no Direito internacional: a responsabilidade coletiva (*supra* 3.1.4) na acepção de que se penaliza, sanciona a coletividade representada na figura da pessoa jurídica. Nos campos da ciência jurídica, tal situação só se demonstra problema quando se adentra a ciência criminal e a imputabilidade penal das coletividades, em que abstraindo a pena pecuniária, não existe consenso acerca da questão.

Para ilustrar essa questão, o problema da responsabilidade penal na pessoa jurídica nasce por via do conceito de culpa, ou melhor, do princípio de a idéia de culpa somente poder ser edificada sobre uma base antropológica (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2001, p. 607), resultando na concepção de que somente um ser humano físico é capaz de ser sujeito ao

conceito de culpa, daí derivando o princípio da responsabilidade penal ser uma responsabilidade individual, isto é, baseada no indivíduo.

Seguindo essa corrente de negação da responsabilidade penal de pessoas jurídicas, aponta Bitencourt (2001, p. 11) que a polêmica se assenta, especialmente, nos problemas: “a) questões política criminal; b) de (in)capacidade de ação; c) (in)capacidade de culpabilidade; d) o princípio da personalidade da pena; e) as espécies ou natureza das penas aplicáveis às pessoas jurídicas.”

Se no campo nacional, em que existe um sistema de responsabilidade centralizado na figura da autoridade pública estatal, já se encontra resistência em julgar pessoas jurídicas sob determinados ramos jurídicos, imagine-se o problema no campo internacional, em que, predominando a justiça privada, as pessoas jurídicas envolvidas detêm a característica de serem soberanas, implicando diretamente o princípio de que recai sobre elas não só aceitarem a eventual condenação, mas se autopunirem ou aceitarem cumprir a reparação demandada.

Poder-se-ia, entretanto, invocar a lição de Kelsen (1998a, p. 277), em que o problema do Estado-Nação como pessoa jurídica poderia resolver-se com a aplicação do desmembramento teórico de sua estrutura em órgãos e aplicar a eventual responsabilidade internacionalmente reconhecida sobre o agente (órgão) que cometeu o ato infrator.

Essa construção teórica, apesar de atraente e bem elaborada, não resolve o problema de que, no final, o Estado tem de se autopunir ou permitir que outro Estado realize a devida reparação, além de não levar em conta o problema, já mencionado no tópico anterior, de que, no momento em que se realizar tal individualização da responsabilidade, não se está excluindo eventuais imunidades garantidas pelo ordenamento jurídico nacional àquele súdito ou órgão infrator.

Isso não adentrando o problema de que o Estado, conforme a teoria dominante (*supra* 4.5.1), ainda tem a benesse de determinar se reconhece ou não o cometimento do ato que

gerou sua eventual responsabilidade diante de outro membro, nem o problema de esse dano, eventualmente, não ter afetado outro Estado, mas sim um indivíduo (pessoa física), uma vez que não há respostas satisfatórias para tal situação no Direito internacional contemporâneo.

Ademais, acrescenta-se ao problema de imputabilidade das pessoas jurídicas nacionais a consideração de que o Estado-Nação não é pessoa jurídica como uma empresa vinculada a determinado direito nacional, mas sim que se trata de pessoa jurídica dotada de características especiais, situação que implica a questão de como fazer alguém cumprir um dever, quando não existe uma autoridade capaz de fazer valer as sanções em caso de descumprimento do dever.

Como todo direito, o Direito Internacional contém normas obrigatórias, mas, contrariamente ao que se passa no direito interno, elas não têm força executória. Todavia, ao passo que o Direito Internacional tradicional é marcado pela descentralização da coerção, certos sinais destacam uma centralização dos mecanismos executórios no sistema das Nações Unidas, e outros testemunham um agravamento inquietante do unilateralismo, particularmente – mas não exclusivamente – da parte dos Estados Unidos. (PELLET, 2004, p. 13).

Destarte, uma eventual jurisdição internacional sofre da ausência de coercibilidade, por não ter força, ou instrumento de coerção capaz de fazer sua decisão ser cumprida. Isto é, não basta somente o Estado-Nação se submeter plenamente ao tribunal internacional, mas também a existência dentro da estrutura desse tribunal internacional de meios próprios e eficazes para conferir segurança jurídica à sua decisão, o que implicaria a superação de alguns dogmas e da ruptura de alguns paradigmas dominantes.

4.6 A CLÁUSULA FACULTATIVA DE JURISDIÇÃO OBRIGATÓRIA

A Cláusula facultativa de jurisdição obrigatória pode ser considerada uma barreira para a implementação de uma jurisdição compulsória, não pela cláusula em si, mas sim pelo

costume que se assentou sobre ela, que surge como a resposta primeira para qualquer debate tendente a criar um tribunal internacional.

Art. 36 (2) Os Estados-partes do presente Estatuto poderão, em qualquer momento, declarar que reconhecem como obrigatória, *ipso facto* e em acordo especial, em relação a qualquer outro Estado que aceite a mesma obrigação, a jurisdição da Corte em todas as controvérsias de ordem jurídica que tenham por objeto (CARTA das Nações Unidas apud MAZZUOLI, 2004, p. 55).

O artigo 36 (2) do Estatuto da CIJ, de 1945, é comumente apontado como expressão máxima da Cláusula facultativa de jurisdição obrigatória, uma estranha combinação que resulta que a CIJ somente poderá analisar e julgar um conflito se ambas as partes envolvidas consentirem sobre os pontos principais, ou seja, se aceitarem se submeter à sua jurisdição.

Não que a cláusula facultativa de jurisdição obrigatória teve somente efeitos negativos na implementação de um tribunal internacional forte, uma vez que, quando sugerida à época da SdN pelo internacionalista brasileiro Raul Fernandez,¹⁰⁵ pareceu uma boa opção ao impasse em que se encontrava a criação da então CPJI, que talvez não tivesse surgido se esse impasse jurisdicional não fosse resolvido.

Ao tempo da elaboração do Estatuto da Corte Permanente em 1920, a primeira idéia era de que a nova Corte ia ter jurisdição universal e compulsória, no sentido de que qualquer Estado membro do Estatuto poderia trazer para a Corte, por ação unilateral, qualquer conflito com outro Estado membro do Estatuto. O consentimento necessário para conferir jurisdição seria dado pela simples adesão ao Estatuto. Porém, logo se constatou que a maioria dos Estados não estava preparada para uma inovação tão radical, e o sistema de cláusula facultativa foi desenvolvido para chegar o mais próximo possível à direção de uma jurisdição compulsória.¹⁰⁶ (THIRLWAY, 2003, p. 569).

¹⁰⁵ Conforme informação colhida de Mello (2004, p. 686) e Trindade (2002, p. 795).

¹⁰⁶ Tradução livre do original em inglês: “At the time of drafting of the Statute of the Permanent Court in 1920, it was first envisaged that the new Court would have universal compulsory jurisdiction, in the sense that any State party to the Statute could bring before the Court by unilateral application any dispute whatever with another State party to the Statute. The necessary consent conferring jurisdiction would thus be given simply by accession to the Statute. However, it was soon realized that the majority of States were not ready for so radical an innovation and the optional clause system was devised as being the furthest that it was then possible to go in the direction of compulsory jurisdiction.”

Contudo, o que seria uma solução temporária e com finalidade de preparar para o caminho em direção a uma jurisdição compulsória, acabou por ter consequências contrárias, como exemplo, a decisão da CPIJ (*supra* 1.4), que acabou consolidando a idéia de soberania do Estado-Nação e a natureza interestatal da comunidade internacional.

O sistema de cláusula facultativa de jurisdição obrigatória acabou permanecendo como ponto central e primeira opção quando o assunto adentra a elaboração de tribunais internacionais, como se notou na elaboração do Estatuto do Tribunal Penal Internacional, em que surgiram duas propostas que adotavam esse sistema: 1) o regime *opt in / opt out* e 2) o regime de consentimento.

O regime *opt-in / opt-out* recebe essa denominação pelo fato de defender o sistema de jurisdição em que caberia aos Estados envolvidos no conflito determinar se o tribunal teria ou não jurisdição sobre eles.

Notoriamente modelada de acordo com as regras de submissão de um caso à Corte de Justiça (art. 36), a qual, por seu turno, confere ao Estado considerável escolha, dando-lhe a liberdade de negar a competência, mesmo após ter ratificado o Estatuto. De acordo com esta jurisdição ‘à la carte’, os Estados-partes poderiam se submeter à jurisdição do Tribunal Penal Internacional por meio de declarações especiais para determinados tipos de crime e/ou para certos períodos de tempo. Esta opção, dada a extrema liberdade concedida aos Estados, levaria ao caos, e no limite, à sua completa ineficiência. (KAUL, 2000, p. 113).

Como as majorias das nações reunidas não quiseram aceitar essa forma de regime jurisdicional, veio a surgir uma segunda variante de cláusula facultativa: o regime de consentimento.

Esta proposta [regime de consentimento estatal] estava no cerne do projeto submetido pela França ao Comitê Preparatório da ONU em 1996. Estabelecia que, em cada caso individual, cada procedimento atinente a um suspeito, o Estado envolvido deveria consentir explicitamente para que houvesse a persecução pela Corte (i.e., o Estado em cujo território o crime foi cometido, o Estado de nacionalidade da vítima, o Estado de nacionalidade do suspeito e, se aplicável, o Estado a quem a extradição do custodiado foi pedida). A proposta francesa, na medida em que amplamente reiterada, teria feito a jurisdição da Corte, até mesmo nos casos dos crimes centrais, totalmente

dependente da discricionariedade dos Estados-partes e seus interesses. Tão seletiva jurisdição levaria a uma inevitável paralisação da Corte. (KAUL, 2000, p. 113).

Ambas marcadas pelo visível enfraquecimento que visavam impor a jurisdição do TPI e, ao mesmo tempo, evidenciando o fato de que, mesmo neste início de século XXI, os governos, os Estados nacionais ainda não estão preparados, ou não estão dispostos a limitar sua soberania em prol de algo maior, como demonstraram inúmeros países que ainda defendem antigos “costumes” estatais, como EUA, Japão, China, Israel, México e a maioria dos Estados árabes que energicamente enfatizaram a soberania estatal e a manutenção dos cânones tradicionais e centenários das leis interestatais (KREß, 2000, p. 134).

No entanto, como o progresso do pensamento humano, apesar de lento na esfera internacional, é contínuo e tendente à ruptura de paradigmas, a tese vencedora dos debates promoveu um avanço no que se refere à jurisdição de tribunais internacionais: o TPI criado no Estatuto de Roma acabou com jurisdição complementar dos Estados nacionais que o aderiram e ratificaram, apesar de não ter jurisdição sobre praticamente dois terços da população mundial.

4.7 O PODER DE VETO DO CONSELHO DE SEGURANÇA DA ONU

A Fundação das Nações Unidas em 1945, para substituir a já defunta Liga das Nações, foi um momento crítico na criação de uma nova ordem mundial. Com a ONU, veio a nova Corte Mundial (a Corte Internacional de Justiça, ou CIJ), mas ainda sem jurisdição compulsória sobre os Estados. O coração da organização era o Conselho de Segurança, em que (como era a esperança) as potências vencedoras da 2.^a Guerra Mundial iam continuar sua aliança dos tempos de guerra perpetuamente como um anteparo coletivo contra futuras agressões. (Note-se que ‘Nações Unidas’ fora o nome da aliança em tempos de guerra). As Nações Unidas marcaram como um retorno ao sistema de dominância das grandes potências existente pós-1815. A posição especial das cinco grandes potências (claro que se tratava dos principais vencedores da 2.^a Guerra mundial) foi formalmente refletida com a posse de um assento permanente no Conselho de Segurança, com o poder de veto sobre todas as suas decisões.¹⁰⁷ (NEFF, 2003, p. 52).

¹⁰⁷ Tradução livre do original em inglês: “The founding of the United Nations in 1945, to replace the defunct League of Nations, was a critical step in the creation of a new world order. With the UN came a new World

O ponto de partida para posicionar o CS como barreira a uma jurisdição compulsória é ressaltar que não é o CS em si que considerado como barreira, mas sim a estrutura e feições que ele assumiu (e vem assumindo) durante o desenvolvimento da ONU e da comunidade internacional (em especial a questão do poder de veto).

Uma estrutura que não somente desvirtua o papel idealizado na Carta de São Francisco de 1945, mas também leva à crescente afirmação de que se trata de um órgão “ao mesmo tempo ilegítimo e legal” (SEITENFUS, 2004a, p. 221).

Para compreender essa situação, é necessário rememorar o contexto em que veio a surgir a ONU e a concepção de um órgão político (e não um tribunal) como detentor da função de manter a paz e a segurança mundial, que, em 1945, estava bastante abalada em razão da 2.^a Guerra Mundial.

Ao apagar das luzes da 2.^a Guerra Mundial, a comunidade internacional veio a se deparar com a constatação de que o Estado-Nação individual não poderia ser mais considerado tão soberano quanto se pregava até então. Dessa forma, sobre as cinzas da Liga das Nações e especialmente pela aliança militar existente com os cinco grandes vencedores daquele conflito, decidiu-se estabelecer uma nova ordem mundial, por um organismo nascido das lições retiradas do fracasso da Liga das Nações. Nascia a ONU, fundada sob os alicerces de uma coalizão militar, que logo haveria de entrar em colapso, e sob a esperança de paz contínua que ainda não havia sido extinta (GREWE, 2000, p. 642).

Como seria previsto, e em parte consequência do espírito individualista existente também entre os grandes vitoriosos (cuja aliança fora mais uma necessidade), a nova

Court (The International Court of Justice, or ICJ), though still without compulsory jurisdiction over States. The hearth of the organization was the Security Council, where (it was hoped) the victorious power from the Second World War would continue their wartime alliance in perpetuity as a collective bulwark against future aggressors. (It may be noted that ‘United Nations’ had been official name for wartime alliance). The UN therefore marked something of a return to the post-1815 of the great-power dominance. The special status of the five major powers (the principal victors in the Second World War, of course) was formally reflected by their possessions of permanent seats on the Security Council, together with the power of veto over all its decisions.”

organização mundial ia estabelecer uma estrutura que destacasse as grandes potências dos demais Estados para serem uma espécie de guardiões da paz e segurança mundial; esse era o idealismo que construiu o CS. Um órgão político formado pelas nações mais fortes era, na época, mais palpável do que o estabelecimento de um tribunal com jurisdição compulsória.

Contudo, ao dismantelar da coalizão e a bipolarização do mundo entre comunistas (representados pela antiga URSS) e capitalistas (representados pelos EUA), esse idealismo veio a se deparar com a realidade; a estrutura dos capítulos V, VI e VII da Carta das Nações Unidas, reguladores da composição, dos poderes e das funções desse órgão, abriam uma margem para abusos e desvirtuamento da finalidade do CS.

A idéia original era que o Conselho de Segurança deveria responder às ameaças à paz, violação à paz e aos atos de agressão, se necessário, por meio do exército das próprias Nações Unidas.

A idéia original da Carta ainda não foi implementada; a ação tomada pelo Conselho de Segurança conforme o capítulo VII está sendo bem diferente da originalmente planejada. ‘Coalizão de voluntários’ substituiu o plano de um exército permanente das Nações Unidas; os Estados membros são autorizados a usar a força em operações de larga escala, os quais estão fora dos recursos das Nações Unidas.¹⁰⁸ (GRAY, 2003, p. 590).

Com essa estruturação, o CS acabou se tornando um “meio de legitimar a força” (MELLO, 2004, p. 649), mas somente uma vez ele conseguiu agir de forma idealizada, isso durante a Guerra da Coréia em 1950, e somente por causa do boicote da URSS ao CS pela presença de Taiwan como membro permanente. Mesmo momento que marcou o início do costume *contra legem* de associar a ausência à anuência, ou melhor, ausência de veto contrário (IPSEN, 2004, p. 489-490).

¹⁰⁸ “The original scheme was that the Security Council should respond to threats to the peace, breach of peace, and acts of aggression, if necessary through its own standing UN army. [...] The original Charter scheme has not been implemented; the action taken by the Security Council under Chapter VII has been different from that originally planned. ‘Coalition of the willing’ have replaced the plan for a standing UN army; member States have been authorized to use force in major enforcement operation which are perceived to be beyond the sources of the UN.”

Superando essa parte histórica do CS, adentra-se a sua análise como se fosse barreira a uma jurisdição compulsória, em que surge o poder de veto por parte dos cinco membros permanentes.

Expressão maior do poder dos membros permanentes, o direito de veto foi concebido por exigência de poder das grandes potências (SHAW, 2003, p. 1.084) e um meio de mantê-las como membro da ONU (MELLO, 2004, p. 646), permanecendo como um dos pontos de maior controvérsia até os dias atuais.

O poder de veto é de várias formas difícil de entender ou aceitar. De um lado, argumenta-se que a CIC está sendo criada para julgar crimes da mais alta gravidade. De outro, argumenta-se que a manutenção à paz e segurança internacionais possibilita que os agentes destes crimes possam ficar imunes, se assim o Conselho de Segurança decretar. Este último argumento aparece vitorioso, a dizer que a Conferência aceita a proposição de que a justiça pode desestabilizar a paz e a segurança internacionais. (DECLARAÇÃO da Índia apud BERGSMO, 2000, p. 239).

Primeiramente, o direito de veto não é um direito expreso na Carta das Nações Unidas, sendo derivado da interpretação do artigo 27 (2) e (3) do referido estatuto, os quais determinam que qualquer decisão ou resolução a ser tomada, elaborada pelo CS, deve, além da concordância da maioria de seus membros (nove votos), ter a concordância expressa dos cinco membros permanentes, resultando que a eventual não-concordância de um desses impossibilita a tomada de decisão e da elaboração de resolução sobre o caso apreciado.

Desse modo, o direito de veto é, em realidade, uma forma de votação especial que foi baseada e é orientada pelo princípio da unanimidade do acordo comum entre todos os membros permanentes do CS (IPSEN, 2004, p. 489).

O grande problema no direito de veto ocorre pelo fato de a redação do artigo 27 não ser clara, ou melhor, inexistir uma definição comum entre a comunidade internacional, a ONU e os membros permanentes do CS sobre as expressões questões processuais [art. 27 (2)] e em todos os outros assuntos [art. 27 (3)], em que, por ausência de uma entidade capaz de

controlar os atos do CS e pela organização da ONU ser idealizada em torno desse órgão, acaba por fornecer aos membros permanentes o poder de, em sua práxis no conselho, ampliar demasiadamente esse direito a quase todos os assuntos que são ou que possam a vir ser de seu interesse.

A práxis do Conselho de Segurança é orientada ainda pela Conferência de fundação das Nações Unidas em São Francisco pela China, Grã-bretanha, a USSR e os EUA elaborada declaração das Quatro Potências de 7.6.1945, a qual a França aderiu em 8.6.1945, mas que por força da numerosa votação contrária não figura como Direito costumeiro [costume internacional]. Nela foi estabelecido que por questões processuais se entendesse a aceitação de regras processuais, a convocação e encerramento de reuniões, a utilização de órgãos assistenciais e o convite de membros não representados no Conselho de Segurança. Esse número taxativo de questões processuais é desse modo adicionalmente limitado, que tais decisões, as quais possivelmente levarão a aplicação de medidas de coerção, devam recair sobre votações fechadas entre os membros permanentes. Não se esquecendo que a dúbia qualificação ‘questões processuais’ também se submete, pela declaração, ao direito de Veto dos membros permanentes (denominado ‘Veto duplo’).¹⁰⁹ (IPSEN, 2004, p. 490, grifo do autor).

Focalizando essa problemática no campo da jurisdição, encontra-se em especial nos tribunais internacionais o entrave à sua eficiência, a falta de mecanismo de execução dos julgamentos da CIJ, que, conforme o artigo 94 (2) da Carta das Nações Unidas, é uma das funções do CS, ficando submetida não à questão de jurídica (justiça), mas sim à conveniência daquela decisão no contexto dos interesses individuais dos membros permanentes (política).

Além desse entrave na CIJ, é há de se destacar o papel negativo que os membros permanentes do CS tiveram nas negociações do Estatuto do TPI, em que, desde o primeiro momento da Conferência, procuraram enfraquecer a jurisdição compulsória do novo tribunal.

¹⁰⁹ Tradução livre do original em alemão: “Die Praxis des Sicherheitsrates orientiert sich na der noch während der Gründungskonferenz der Vereinten Nationen in San Francisco durch China, Großbritannien, die UdSSR und die USA abgegebene Viermächte-Erklärung vom 7.6.1945, der sich Frankreich am 8.6.1945 anschloß, die aber angesichts der Gegenstimmen zahlreicher Mitgliedern kein Gewohnheitsrecht darstellt. Dort wurde zunächst festgestellt daß unter Verfahrensfragen die Annahme von Verfahrensregeln, die Einberufung und Beendigung von Sitzungen, die Einsetzung von Hilfsorganen und die Einladung von nicht im Sicherheitsrat vertretenen Mitgliedern zu verstehen sei. Diese begrenzte Zahl von Verfahrensfragen wird zusätzlich dadurch eingeschränkt, daß solche Entscheidungen, die möglicherweise zu Zwangsmaßnahmen führen können, der geschlossenen Zustimmung der ständigen Mitglieder unterliegen sollen. Die zweifelhafte Qualifikation als ‘Verfahrensfrage’ unterliegt nach der Erklärung ebenfalls dem Vetorecht der ständigen Mitglieder (sog. ‘Doppel-Vetorecht’).”

Com o insucesso em excluir a jurisdição compulsória sobre os crimes de guerra e contra a humanidade (KAUL, 2000, p. 118), ou o êxito em conseguir associar o novo tribunal ao CS, a ponto de se exigir uma decisão em apartado e possibilitar a utilização do poder de veto para impedir a investigação ou persecução dos crimes sob jurisdição do Tribunal (BERGSMO, 2000, p. 237-238), acabaram por não ratificar o estatuto, porque não se sentiam satisfeitos com o não-aproveitamento de suas sugestões (como EUA e China); bem como angariar nesse processo de não-ratificação uma série de Estados que foram contrários à inclusão do poder de veto na estrutura do TPI (exemplo, a Índia).

Qualquer papel do Conselho de Segurança da ONU em processos criminais internacionais faz surgir a discussão acerca da independência da Corte perante o Conselho de Segurança, um corpo político no qual os membros permanentes podem exercer o poder de veto. Sem muita surpresa, durante as injunções nas negociações da Conferência de Roma, os membros permanentes do Conselho de Segurança expressam sua relutância em ceder qualquer de seus poderes especiais ao Tribunal Penal Internacional, à exceção do Reino Unido, credite-se, que, parecia ser o menos preocupado a esse respeito. (SUNGA, 2000, p. 197-198).

Todos esses elementos acabam por demonstrar a atual situação do CS como não sendo nada favorável ao surgimento de um Tribunal internacional forte nem ao rompimento do interestatalismo, pois seus membros, com raras exceções casuísticas, ainda estão mais preocupados com seus interesses individuais do que com a coletividade internacional, contribuindo para que a ONU não apresentasse, no quesito solução de conflitos e espírito de humanidade, avanço em relação à sua precursora, a Liga das Nações.

Situação que sinaliza a permanência da visão de que os Estados estão mais preocupados com seus interesses individuais do que coletivos por um longo tempo.

CONCLUSÃO

Os problemas fundamentais do Direito internacional – e do direito em geral – não podem ser simplesmente enumerados ou respondidos; podem, tão-somente, ser constantemente discutidos, com vistas ao progresso da disciplina e sua melhor aplicação. (TRINDADE, 2002, p. 162).

A conclusão mais importante que se pode ter após expor e analisar a questão da jurisdição compulsória no plano internacional é, pelo estágio atual e no futuro próximo, mais um assunto acadêmico-utópico do que uma realidade a ser concretizada.

Não se visou aqui propor o fim do Estado-Nação nem da maioria das estruturas construídas sobre ele, mas também não se partilha da idéia de que ele seja eterno. Por esse motivo, optou-se por manter aceso o debate sobre a possibilidade de um poder acima dele.

Da realidade contemporânea, pode-se destacar sobre esse assunto a figura do TPI como emblemática da situação: apesar de ter representado um avanço em todos os sentidos no que se refere aos tribunais internacionais, viu-se sua importância diluída diante da resistência de algumas grandes potências mundiais – em especial os EUA, a China e a Índia –, que o tornam sem efeito perante quase dois terços da população mundial. Situação decorrente justamente da ausência de vontade dos Estados em se submeterem a eles.

É forçoso concluir que a mentalidade predominante nos altos escalões dos Estados contemporâneos ainda é eminentemente voltada para interesses individuais. Bobbio (2002, p. 84) acertadamente definiu que as políticas externas dos Estados contemporâneos não são marcadas pela busca de ideais superiores ou seus atos legitimados em alguma solidariedade internacional tentando estabelecer uma segurança coletiva, mas sim em seus interesses puramente individuais e com o intuito de assegurar a própria segurança.

Nem tudo é pessimismo, porque o assunto não se encerra nestas páginas, especialmente graças à sempre lenta e gradual transformação que ocorre no pensamento

científico humano. Situação que já resultou na queda do positivismo em diversas áreas e no aparecimento de novos paradigmas para as novas realidades que emergem, ou que ainda estarão por emergir.

Em sede de Direito Internacional, talvez a visão predominantemente positivista ainda se mantenha por algumas décadas, mas também está fadada a sofrer mudanças e, eventualmente, ser substituída por outras teorias.

Na ótica do racionalismo empírico dominante, espera-se que tenha ficado evidente que nenhuma das barreiras existentes contra a implementação de uma jurisdição compulsória internacional tem o cunho racional; apesar de serem logicamente coerentes, todas elas não passam de expressão científica de idealismo e mitos que já deveriam estar superados.

Pode-se acrescentar, ainda, que a abordagem sobre o tema é, necessariamente, um passo em direção a um dos assuntos mais controversos e conservadores do pensamento internacional contemporâneo, uma vez que, por seu caráter eminentemente teórico, a doutrina acaba por oferecer poucas abordagens diretas, e as que o fazem, quase sempre, são de acesso difícil em razão da idade de seus escritos, ou pela vastidão de obras que compõem o Direito Internacional.

Tal constatação acaba por evidenciar que, apesar dos pesares, as barreiras aqui reunidas são somente um grupo possível em um ambiente de inúmeras variáveis existentes, ou seja, este estudo não é exaustivo no que se refere às barreiras e empecilhos a uma jurisdição internacional, mas sim um estudo que visa direcionar alguns pontos relevantes sobre o assunto.

Encerrando, explica-se o ideal guia da realização deste estudo; ideal que surgiu da afirmação de Taylor (1999, p. 741) ao concluir sua análise sobre os processos de Nuremberg de 1945 punindo “criminosos” de guerra (onde atuou como promotor), mesmo meio século

depois de encerrados aqueles processos. Afirmo ainda manter a opinião de que o Direito da Guerra (nada mais que a base moderna do Direito internacional) não pode ter como ponto central a idéia do vencedor; de somente valer para aqueles países vencidos, ou mais fracos, uma vez que não existe uma base moral ou jurídica que possa conferir imunidade aos países vencedores e aos mais fortes em não se submeterem aos tribunais internacionais, e que tribunais internacionais fracos acabam por legitimar os atos mais bizarros que a humanidade pode cometer e presenciar.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. Bases para uma metodologia da pesquisa em direito. In: **Anuário dos cursos de pós-graduação em direito da UFPE**, Recife, N° 8, p.212, 1997.
_____. **Ética e retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, p.53-60, 2002.

AGUIAR, Eduardo Henrique de Almeida. Da soberania do estado brasileiro frente à OMC. In: SGARBI, Adrian *et alii*. **Soberania**: antigos e novos paradigmas. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, p. 117, 118, 135, 2004.

ARAUJO, Luís Ivani de Amorin. O direito internacional – direito da paz. In: MENEZES, Wagner [org.]. **Estudos de direito internacional**: anais do 2º congresso brasileiro de direito internacional. Curitiba: Juruá, p.18, 19, vol.1, 2004.

BERGSMO, Morten. O regime jurisdiciona da corte internacional criminal. In: CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai (org.). **Tribunal penal internacional**. São Paulo: Editora RT, p.237-238, 239, 2000.

BEVILAQUA, Clóvis. **Princípios elementares de direito internacional privado**. Campinas: RED Livros, p. 61, 74, 75, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de penal**: parte especial. São Paulo: Saraiva, vol. 2, p.11, 2001.

BOBBIO, Norberto. Umberto Campagnolo, aluno e crítico de Hans Kelsen. In: LOSANO, Mario G. (org.) **Direito internacional e estado soberano**: Hans Kelsen e Umberto Campagnolo. Trad.: Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, p.84, 2002.

BROWNLEE, Ian. **Principles of public international law**. 6ed. Oxford New York: Oxford University Press, p. 70, 71, 106, 298, 485, 553, 671, 676, 2003.

BUSAN, Barry. **From international to world society?** English school theory and the social structure of globalization. Cambridge: Cambridge University Press, p.9, 24, 34, 123, 2004.

CAMPAGNOLO, Umberto. Um projeto de pesquisa sobre a sociedade de nações. In: LOSANO, Mario G. (org.) **Direito internacional e estado soberano**: Hans Kelsen e Umberto Campagnolo. Trad.: Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, p. 204, 2002.

_____. Resposta a Hans Kelsen. In: LOSANO, Mario G. (org.) **Direito internacional e estado soberano**: Hans Kelsen e Umberto Campagnolo. Trad.: Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, p.106, 143, 2002.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, p. 75, 90, 640, 828, 2003.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil**. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classic Book, vol.1, p.173, 385, 2000.

CARVALHO, Leonardo Arquimimo de. **Introdução ao estudo das relações internacionais**. Porto Alegre: Síntese, p.31; 44, 113, 2003.

CASTRO, Amílcar de. **Direito internacional privado**. Atual. Osiris Rocha. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, p.1-2, 4, 198-199, 273, 275, 276, 351, 2004.

CASTRO, Flávia Lages. **História do direito geral e do brasil**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, p.132-133, 2004.

CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai. Apresentação. In: **Tribunal penal internacional**. São Paulo: Editora RT, p. 5-6, 2000.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 17 ed. São Paulo: Malheiros Editores, p. 23, 24, 25, 2001.

COMTE, Augusto. A filosofia positiva e as ciências. In: CARRILHO, Manuel Maria. **Epistemologia**: posições e críticas. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p.5 e 6, 1991.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 22 ed. São Paulo: Saraiva, p.52-53; 71, 77, 86, 135, 2001.

DAL RI JUNIOR, Arno. Hugo Grotius entre o jusnaturalismo e guerra justa: pelo resgate do conteúdo ético do direito internacional. In: MENEZES, Wagner (org.). **O direito internacional e o direito brasileiro**: homenagem a José Francisco Rezek. Curitiba: Unijuí, p.92, 93, 2004.

DINH, Nguyen; DILLIER, Patrick; PELLET, Alain. **Direito internacional público**. Trad.: Vítor Marques Coelho. 2 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 38, 52, 53, 58-60, 63-66, 67, 424, 905, 939-940, 2003.

DOLINGER, Jacob. **Curso de direito internacional privado: Parte Geral**. 7 ed. Rio de Janeiro: Renovar, p. 157, 392, 2003.

FERRAZ JUNIOR., Tércio Sampaio. **A ciência do direito**. 2 ed. São Paulo: Atlas, p. 53, 1980.

FIORATI, Jete Jane. **A disciplina jurídica dos espaços marítimos na convenção das nações unidas sobre o direito do mar de 1982 e na jurisprudência internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, p.7, 55, 1999.

FOX, Hazel. Restraints on the exercise of jurisdiction by national courts. In: EVANS, Malcom D.(org). **International law**. Oxford: Oxford University Press, p.376-377, 2003.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. [s/t]. 3 ed. Petrópolis: Vozes, p.405, 443-444, 1997.

GENTILI, Alberico. **O direito de guerra** (de iure belli libri tres). Trad.: Ciro Mioranza. Ijuí: Ed. Unijuí, p.436, 2005.

GOULART, Clóvis de Souto. Sociedade e Estado. In: ROCHA, Leonel Severo (org). **Teoria do direito e do estado**. Porto Alegre: safE, p.38, 1994.

GOYOS JUNIOR., Durval de Noronha. O MERCOSUL, a área de livre comércio das Américas (ALCA) e a organização mundial do comércio (OMC). In: BRANT, Leonardo Nemer Caldeira [coord.]. **O Brasil e os novos desafios do direito internacional**. Rio de Janeiro: Forense, p.128, 2004.

GRAY, Christine. The use of force and the international legal order. In: EVANS, Malcom D.(org). **International law**. Oxford: Oxford University Press, p.589, 590, 2003.

GREWE, Wilhem G. **The epochs of international law**. Trad.: Michael Byers. Berlin; New York: De Gruyter, p. 6, 8, 93, 141, 148, 181, 229, 279, 317, 318, 320, 326, 414, 415, 416, 438, 485, 500, 504, 512, 615, 642, 652, 667, 2000.

GROTIUS, Hugo. **O direito da guerra e da paz**. Trad.: Ciro Mironanza. Ijuí: Ed. Unijuí, p. 71, 72, 88, 120, 159, 2004.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p.230, 237, 2001.

HEGEL, Georg Friedrich Wilhem. **Grundlinien der Philosophie des rechts**. Meiner: Hamburg, p.14, 208,214, 215, 284, 285, 286, 1999A.
_____. **Enzycllopädie der philosophischen Wissenschaften im grundrisse**. Meiner: Hamburg, p.507, 523, 1999B.

HENRIQUES, Antonio. MEDEIROS, João Bosco. **Monografia no curso de direito: trabalho de conclusão de curso: metodologia e técnicas de pesquisa, da escolha do assunto à apresentação gráfica**. 4 ed. São Paulo: Atlas, p.35, 2004.

HOBBS, Thomas. *Leviathan*. In: MCPHERSON, C. B. **Leviathan**. London: Penguin Books, p.150, 227-228, 232, 1985.

IPSEN, Knurt. **Völkerrecht**. 5 ed. München: Verlag C. H. Beck, p.3, 59, 60, 61, 62, 279, 368, 373, 448, 489, 490, 1187, 2004.

IRMEN, Friedrich. **Langenscheidts taschenwörterbuch: portuguesisch-deutsch, deutsch-portuguesisch**. München; Berlin: Langenscheidt GmbH, p.1178, 1988.

JAYME, Erik. **Cours général de droit international privé**. La Haye: Recueil de Cours, p.56, 1995.

KAUL, Hans-Peter. A corte internacional criminal: a luta pela sua instalação e seus escopos. In: CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai (org.). **Tribunal penal internacional**. São Paulo: Editora RT, p. 113, 118, 2000.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. Trad.: Luís Carlos Borges. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, p.261, 272, 273, 463, 487, 1998a.

_____. **Teoria pura do direito**. Trad.: João Baptista Machado. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, p.315, 321, 1998b.

_____. **Theorie du droit international public**. La Haye: Recueil de Cours, vol. II, t.84, p.14, 28, 73,1953.

_____. **Theorie du droit international public, problèmes choisis**. Paris: Recueil des Cours, tome 42, vol.IV, p.132, 1932.

_____. **Principles of international law**. New Jersey: The Lawbook Exchange Ltd., p.3, 4, 9, 14, 17, 21, 101, 216, 227, 304, 2004.

KISSINGER, Henry A. **Diplomacy**. New York: Simon & Schuster, p.17, 20, 58, 137, 166, 167, 169, 1994.

KOSKENNIEMI, Martti. What is international law for? In: EVANS, Malcom D. [edt.]. **International law**. Oxford: Oxford University press, p.97-98, 2003.

KREß, Claus. Penas, execução e cooperação no estatuto para o tribunal penal internacional. In: CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai (org.). **Tribunal penal internacional**. São Paulo: Editora RT, p.134, 2000.

LARENZ, Karl. **Methodenlehre der rechtswissenschaft**. 6 ed. Berlin, Heidelberg, New York, Tokyo: Springer Verlag, p.5, 1991.

LEFORT, Claude. Nação e Soberania. In: NOVAES, Adauto [org.]. **A crise do estado-nação**. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, p.63, 2003.

LOCKE, John. Two treatises of government and a letter concerning toleration. In: SHAPIRO, Ian (org.). **Two treatises of government and a letter concerning toleration**. New Haven & London: Yale University Press, p. 3; 8, 166, 2003.

LORETO FILHO, Sérgio. **Os problemas do direito internacional privado**: separata do vol. II dos estudos jurídicos em honra de Soriano Neto. Recife: Faculdade do Recife, p. 508, 1962.

LOWE, Vaughan. Jurisdiction. In: EVANS, Malcom D. [edt.]. **International law**. Oxford: Oxford University press, p.330, 336, 338, 351, 2003.

MACEDO, Elaine Harzheim. **Jurisdição e processo**: crítica histórica e perspectivas para o terceiro milênio. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p.37, 67, 2005.

MACPHERSON, C. B. Introduction In: **Leviathan**. London: Penguin Books, p.53, 1985

MANCINI, Pasquale Stanislao. **Direito internacional** (*Diritto internazionle, Prelezioni*). Trad.:Ciro Mioranza. Ijuí: Ed. Unijuí, p.53, 203, 205, 2003.

MAQUIAVEL, Niccòlo. **O príncipe**: com as notas de Napoleão Bonaparte. Trad.: J. Crettela jr. e Agnes Crettella. 2ed. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, p.21, 1997.

MARÉS, Carlos Frederico. Soberania do povo, poder do estado. In: NOVAES, Adauto [org.]. **A crise do estado-nação**. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, p.233, 239, 2003.

MATOS, Nelson Cardoso Juliano. **Teoria do estado**: uma crítica ao estado democrático liberal. São Paulo: safE, p. 53, 59, 149, 150 2002.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira (org). **Coletânea de direito internacional**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p.31, 33, 55, 188, 191-192, 536-551, 592, 691, 692, 2004.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. 15 ed. Rio de Janeiro: Renovar, p. 37-38, 168; 171, 355, 362, 363, 365, 646, 649, 687, 735, 795, 991-992, 2 vols., 2004.

MIRANDA, Pontes de. **Democracia, liberdade, igualdade**: os três caminhos. Campinas: Bookseller, p.28, 2002.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondant Baron de La Bréde e de. **De l'esprit des lois**. Sarthe: Gallimard, p.327, 2 vols., 2003.

NASCIMENTO, Walter Vieira do. **Lições de história do direito**. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, p.114, 1999.

NEFF, Stephen C. A short history of international law. In: EVANS, Malcolm D. [edt.]. **International law**. Oxford New York: Oxford University Press, p.35-37, 47, 49, 52, 2003.

NIETZSCHE, Friedrich. **Also sprach zarathustra**: ein buch für alle und keinen. Berlin: Goldmann Verlag, p.11, 1999.

PELLET, Alain. As Novas Tendências do Direito Internacional: Aspectos “Macrojurídicos”. In: BRANT, Leonardo N. Caldeira [coord.]. **O Brasil e os novos desafios do direito internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, p.5, 13, 14, 2004.

PEREIRA, Antônio Celso Alves. Soberania e pós-modernidade. In: BRANT, Leonardo Nemer Caldeira [coord.]. **O Brasil e os novos desafios do direito internacional**. Rio de Janeiro: Forense, p.625, 632, 2004.

PESCATORE, Pierre. Monisme, dualisme et „effet utile” dans la jurisprudence de la cour de justice de la communauté européenne. In: COLNERIC, Ninon; EDWARD; David; PUISOCHET, Jean-Pierre; COLOMER, Dámaso Ruiz- Jarambo [orgs.]. **Une communauté de droit:** festchrift für Gil Carlos Rodriguez Iglesias. Berlin: BWV, p.330, 2003.

PETIT, Eugène. **Tratado elementar de direito romano.** Trad. Jorge Luís Custódio Porto. Campinas: Russel, p.816, 2003.

POPPER, Karl. **Lógica das ciências sociais.** Trad.: Estevão Rezende Martins. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, p. 42, 1978.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito.** 20 ed. São Paulo: Saraiva, p.15, 17, 2002.
_____. **Lições preliminares de direito.** 27 ed. São Paulo: Saraiva, p.142, 2003.

REINECK, Karl-Michael. **Allgemeine staatslehre und deutsches staatsrecht.** 14 ed. Hamburg: Maximilian-Verlag, p.13, 21, 33-34, 36, 38, 61, 393, 2003.

REYDAMS, Luc. **Universal jurisdiction:** international and municipal legal perspectives. – Paperback edition. London: Oxford Press, p.4, 21-22, 81-210, 2004.

REZEK, José Francisco. **Direito internacional público:** curso elementar. 10 ed. São Paulo: Saraiva, p.151, 153 , 2005.

RIGAUX, François. **A lei dos juízes.** Trad.: Edmir Missio. São Paulo: Martins Fontes, p.7, 25, 2000.

ROSSEAU, Jean Jacques. **Du contrat social** precede de discours sur l'économie politique, du contrat social (première version) et suivi de fragments politiques. Cher: Gallimard, p.117, 194, 197 2002.
_____. **Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes.** Sarthe: Gallimard, p.99 ,2003.

SAVIGNY, Friedrich Carl von. **Sistema de direito romano atual.** Trad.: Ciro Mioranza. Ijuí: Ed. Unijuí, p.123, vol. VIII, 2004.

SCOTT, James Brown. **Law, the state, and the international community.** Nova Yorque: Columbia University Press, p.21, 39, vol.1, 1939.

SEITENFUS, Ricardo Antonio Silva. **Relações internacionais**. Baueri – SP: Manole, p.221, 2004a.

_____. As organizações internacionais frente ao direito e ao poder. In: MENEZES, Wagner [org.]. **O direito internacional e o direito brasileiro**: homenagem a José Francisco Rezek. Ijuí: Ed. Unijuí, p.136, 2004b.

SHAW, Malcom N. **International law**. 5 ed. Cambridge: Cambridge University Press, p.1-6, 45, 175, 178, 180,181, 414, 415, 572, 576, 578, 584, 1084, 2003.

SHAPIRO, Ian. Introduction: reading Locke today. In: **Two treatises of government and a letter concerning toleration**. New Haven & London: Yale University Press, p. X, 2003.

_____. John Locke's democratic theory. In: **Two treatises of government and a letter concerning toleration**. New Haven & London: Yale University Press, p. 309, 2003.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil**, volume 1: processo de conhecimento. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, p.11, 12, 27, 2005.

SORIANO, Aldir Guedes. Soberania e o direito à liberdade religiosa. In: SGARBI, Adrian *et alii*. **Soberania**: antigos e novos paradigmas. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, p.80; 84, 94, 2004.

SOUTO, Cláudio. **Introdução crítica ao direito internacional privado**. 2ed. Porto Alegre: safE, p.58,99, 2000.

SUNGA, Lyal S.. A competência *ratione materiae* da corte internacional criminal: arts.5 a 10 do estatuto de Roma. In: CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai (org.). **Tribunal penal internacional**. São Paulo: Editora RT, p.197-198, 2000

TAYLOR, Telford. **Die nürnberg prozesse**: hintergünde, analysen und erkenntnisse aus heutiger sicht. Wien: Bertelsman Verlag, p.741, 1999.

THIRLWAY, Hugh. The international court of justice. In: EVANS, Malcom D. [edt.]. **International law**. Oxford: Oxford University Press, p. 559, 569, 570, 2003.

TIBURCIO, Carmen. O desenvolvimento da arbitragem no mundo e no Brasil. In: MENEZES, Wagner [org.]. **O direito internacional e o direito brasileiro**: homenagem a José Francisco Rezek. Ijuí: Ed. Unijuí, p.741, 2004.

TIZZANO, Antonio. The Court of Justice in the Draft Treaty Establishing a Constitution for Europe. In: COLNERIC, Ninon; EDWARD, David; PUISSOCHET, Jean-Pierre *et alii*. **Per une commaunté de droit**: Festschrift für Gil Carlos Rodríguez Iglesias. Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag, p.414, 2003.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Direito humanos: personalidade e capacidade jurídica internacional do individuo. In: BRANT, Leonardo Nemer Caldeira [coord.]. **O Brasil e os novos desafios do direito internacional**. Rio de Janeiro: Forense, p.122, 204, 2004.
_____. **O direito internacional em um mundo em transformação**. Rio de Janeiro: Renovar, p.144, 162, 165-166, 177, 188 -190, 471, 750, 2002.

WAGNER, Wilhelm J. **Neuer grosse bildatlas der deutschergeschichte**. Güterslohn: Club Premiere, p.143, 1999.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correio de; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p.37, 93, vol.1, 2003.

WARBRICK, Colin. States and recognition in international law. In: EVANS, Malcom D. [org.]. **International law**. Oxford New York: Oxford University Press, p. 206, 207, 208, 214, 216, 218, 219, 2003.

WOLFF, Francis. A invenção da política. In: NOVAES, Adauto [org.]. **A crise do estado-nação**. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, p.33, 2003.

WOOD, Michael. The perspective of a foreign ministry legal adviser. In: EVANS, Malcolm D. (edt.) **International law**. Oxford; New York: Oxford university press, p.28, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p.607, 2001.

INDICE DE AUTORES

A

ADEODATO, 16, 66

AGUIAR, 65, 79

ARAUJO, 14, 92

B

BERGSMO, 156, 158

BEVILAQUA, 51, 146

BITENCOURT, 149

BOBBIO, 158

BROWNLIE, 44, 52, 63, 64, 66, 96, 98, 106, 107, 111,
139

BUSAN, 17, 18, 19, 130, 160

C

CAMPAGNOLO, 13, 20, 119

CANOTILHO, 24, 58, 64, 84, 117

CARNELUTTI, 61, 133

CARVALHO, 15, 70, 94

CASTRO, 48, 52, 59, 60, 67, 146, 147

CASTRO F., 26

Ch

CHOUKR & KAI, 113

C

CINTRA et alii, 93, 102, 108

COMTE, 42

D

DAL RI JUNIOR, 93, 137

DALLARI, 22, 48, 60, 68, 70

DINH et alii, 24, 48, 61, 70, 74, 75, 113, 117, 122, 138

DOLINGER, 59

F

FERRAZ JUNIOR, 20

FIORATI, 103, 146

FOX, 133

G

GADAMER, 16, 125

GENTILI, 90

GOULART, 54

GOYOS JUNIOR, 99

GRAY, 94, 155

GREWE, 23, 25, 26, 27, 31, 32, 33, 34, 36, 37, 38, 39,
43, 44, 45, 55, 59, 75, 115, 126, 138, 154

GROTIUS, 22, 70, 83

H

HART, 52, 76, 82

HEGEL, 39, 40, 41, 42, 43, 77

HENRIQUES&MEDEIROS, 21

HOBBS, 70, 71, 86

I

IPSEN, 48, 53, 62, 67, 69, 82, 106, 115, 121, 132, 155,
156, 157
Irmen, 22

J

JAYME, 13

K

KAUL, 152, 153, 158
KELSEN, 22, 49, 50, 59, 61, 78, 88, 89, 91, 95, 96, 97,
99, 100, 107, 108, 111, 114, 130, 148, 149
KISSINGER, 29, 30, 32, 35, 36
KOSKENNIEMI, 131
KREß, 153

L

LARENZ, 15
LEFORT, 51, 57
LOCKE, 28, 29, 72, 73
LORETO FILHO, 22
LOWE, 107, 109, 134

M

MACEDO, 102, 108
MACPHERSON, 71
MANCINI, 59, 125, 140
MAQUIAVEL, 22, 31
MARÉS, 75, 103
MATOS, 49, 56, 65

MAZZUOLI, 95, 112, 113, 115, 136, 143, 144, 151
MELLO, 25, 27, 31, 32, 52, 57, 75, 115, 127, 140, 151,
155, 156
MIRANDA, 24
MONTESQUIEU, 103, 104, 107

N

NASCIMENTO, 25
NEFF, 26, 35, 39, 153
NIETZSCHE, 47

P

PELLET, 14, 19, 76, 124, 150, 162
PEREIRA, 68, 76
PESCATORE, 117
PETIT, 105
POPPER, 17

R

REALE, 43, 141
REINECK, 50, 52, 60, 77, 78, 81, 83, 116, 139
REYDAMS, 110, 112, 135
REZEK, 128, 129, 140
RIGAUX, 54, 79, 81
ROSSEAU, 23, 56, 73

S

SAVIGNY, 80
SCOTT, 13, 87
SEITENFUS, 113, 154

SHAPIRO, 72, 73, 164

SHAW, 12, 45, 52, 53, 63, 65, 67, 85, 94, 100, 106, 107,
134, 136, 137, 145, 156

SILVA, 103, 104, 108

SORIANO, 25, 116

SOUTO, 44, 80

SUNGA, 158

T

TAYLOR, 158

THIRLWAY, 118, 145, 151

TIBURCIO, 92

TIZZANO, 105

TRINDADE, 13, 37, 44, 77, 122, 127, 132, 139, 151, 158

W

WAGNER, 27

WAMBIER *et alii*, 107, 108, 133

WARBRICK, 12, 15, 52, 56, 123, 138

WOLFF, 57

WOOD, 20

Z

ZAFFARONI & PIERANGELI, 148