

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS  
FACULDADE DE DIREITO / PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO**

**Mirlir Cunha**

**A INTEGRIDADE NO DIREITO INTERNACIONAL: UMA ANÁLISE  
CRÍTICA DAS CONCEPÇÕES JURÍDICO-FILOSÓFICAS PRESENTES  
NO CASO *JURISDICTIONAL IMMUNITIES OF THE STATE (GERMANY  
V. ITALY: GREECE INTERVENING)* DA CORTE INTERNACIONAL DE  
JUSTIÇA.**

**BELO HORIZONTE  
2014**

**Mirlir Cunha**

**A INTEGRIDADE NO DIREITO INTERNACIONAL: UMA ANÁLISE CRÍTICA DAS CONCEPÇÕES JURÍDICO-FILOSÓFICAS PRESENTES NO CASO *JURISDICTIONAL IMMUNITIES OF THE STATE (GERMANY V. ITALY: GREECE INTERVENING)* DA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA.**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Direito e Justiça.

Linha de pesquisa: Direitos Humanos e Estado Democrático de Direito: Fundamentação, Participação e Efetividade.

Projeto estruturante: Juridicidade, Fundamentação e Discursividade.

Orientador: Professor Doutor Thomas da Rosa de Bustamante.

**Belo Horizonte  
2014**

**A integridade no direito internacional: uma análise crítica das concepções jurídico-filosóficas presentes no caso *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece Intervening)* da Corte Internacional de Justiça.**

Belo Horizonte, 22 de dezembro de 2014.

Dissertação apresentada e aprovada junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais visando à obtenção do título de Mestre em Direito.

Componentes da banca examinadora:

---

Professor Doutor Thomas da Rosa de Bustamante (Orientador)  
Universidade Federal de Minas Gerais

---

Professora Doutora Katya Kozicki  
Universidade Federal do Paraná

---

Professor Doutor Fabricio Bertini Pasquot Polido  
Universidade Federal de Minas Gerais

## **Agradecimentos**

Encerrada mais essa etapa, gostaria muito de agradecer àqueles que, em algum momento de suas vidas, me abraçaram, preenchendo essa minha travessia de alegrias, incentivos e felicidades.

Inicialmente, não poderia me furtar de homenagear meus pais, Leni Soares da Cunha e Sávio Antônio da Cunha. Pessoas que, por toda a vida, me envolveram com seus carinhos e cuidados. Vocês me nutriram com os valores do trabalho, da dedicação, da perseverança e da disciplina. Sou o que sou porque vocês, zelosamente, assim me fizeram: teimosa.

Aos meus irmãos, Maarmedi Cunha e Moarmedi Cunha, que me enchem de abraços em todos os momentos e fazem da minha existência uma passagem feliz. Sou grata aos dois por todos esses deliciosos anos juntos.

Também agradeço ao amigo Bruno Francisco dos Santos Maciel, que abraça com sua crítica meus textos desde sempre. Obrigada por se um dos primeiros leitores de tudo o que faço.

Igual gratidão, tenho eu com o Prof. Dr. Thomas da Rosa de Bustamante que, até então um desconhecido, abraçou minhas ideias no concurso do mestrado em 2012. Desde então, voluntariamente, tem me conduzido a esse fascinante universo por mim não imaginado que é a Teoria do Direito. Obrigada pelo exemplo de dedicação, autenticidade e fidelidade aos ideais, crenças e convicções. Também o agradeço (e muito!) por me ensinar a experimentar minha escrita.

Aos amigos e professores da Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, em especial à colega de coorientação Ana Luísa de Navarro Moreira. Vocês que, ao longo desses dois anos e meio, me envolveram em discussões, risos e, também, trabalhos (muitos trabalhos!). Em vocês encontrei a parceria que me permite sonhar com a existência de um lugar onde poderemos fazer a diferença!

Não poderia deixar de registrar meus agradecimentos aos dois amigos de profissão que abraçaram os meus sonhos acadêmicos em incentivos e me permitiram conciliar as minhas atribuições profissionais com a minha dedicação aos estudos. Ao Sr. Cel PM QOR Sérgio Augusto Veloso Brasil, ex-Comandante da Academia de

Polícia Militar do Estado de Minas Gerais, e o Exmo. Sr. Cel PM Alex de Melo, Chefe do Gabinete Militar do Governador, o meu muito obrigada pela oportunidade.

Com enorme alegria registro, por fim, meu agradecimento àquele que tem me abraçado todos os dias há dez anos, o meu querido Alex Lamy de Gouvêa. A você o meu agradecimento sincero por me cercar todos os dias com os mais afetuosos sentimentos e incentivos. Sou imensamente grata, e sempre o serei, por me inspirar a ser, a cada dia, alguém melhor do que eu sou. Mais essa conquista eu agradeço a você, que me incentivou a acreditar que seria possível realizá-la.

Mirlir Cunha

*Aos que todos os dias acordam com a  
determinação de superar seus limites.*

## Resumo

Os direitos humanos são, reconhecidamente, padrões selecionados ao longo dos processos históricos constitucionais do ocidente. Eles se encontram positivados difusamente em diversos documentos jurídicos produzidos pelos responsáveis por conduzir o sistema de governança global: as organizações internacionais e os Estados soberanos.

É notório que a melhor interpretação ético-valorativa do conteúdo dos direitos humanos permite entender que a proteção à vida e à dignidade da pessoa humana são prioridades de uma ordem jurídica que trilha por ser mais justa. No entanto, os direitos humanos nem sempre recebem a atenção merecida, como pode ser observado no paradigmático caso de diálogo constitucional *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy)*, julgado pela Corte Internacional de Justiça (CIJ), em 03 de fevereiro de 2012, cuja decisão fez prevalecer o princípio da imunidade de jurisdição de Estado face ao direito de acesso à justiça das vítimas de ofensas a graves violações de direitos humanos, em um movimento contrário à aspiração dos que defendem ser o indivíduo o principal objeto de proteção da ordem jurídica internacional.

A reflexão sobre o fenômeno da jurisdicionalização dos direitos humanos no âmbito nacional, internacional e supranacional orienta o desenvolvimento deste trabalho, que tem por objetivo analisar a proteção dos direitos humanos numa época de diálogos constitucionais e verificar os seus desdobramentos na teoria do direito.

Por meio do estudo do caso indicado, serão abordados os principais pontos das teorias realista, positivista e jusnaturalista sobre a decisão judicial. Ao fim, com base no modelo direito como integridade, de Ronald Dworkin, concluímos que através da legitimidade do argumento é possível pensar em coerência e comprometimento da comunidade global com essas normas mundialmente compartilhadas.

**Palavras-chave: direito internacional; direito constitucional; teoria do direito; direitos humanos; conflito entre princípios; teoria da integridade; Corte Internacional de Justiça.**

## Abstract

Human rights have been, admittedly, selectively applied in the constitutional process in Western history. They have been introduced in many legal documents made for responsible global governance, identified as critical to the conduct between international organizations or sovereign states and the persons governed.

It is well known that the best ethical-evaluative interpretation of human rights allows us to understand that life and human dignity's protection are priorities in a legal system guided to be more just. However, human rights do not necessarily receive the attention they deserve, as can be seen in the paradigmatic case of *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy)*, decided by the International Court of Justice, on February 2, 2012. The International Court of Justice's decision supported the jurisdictional immunity of the state in the face of the victim's right to access to due process for a serious violation of human rights, a decision against the aspiration of those who defend the individual as the main object of protection of the international legal order.

The analysis of the phenomenon of the judicial realization of human rights at the national, international and supranational sphere guides the development of this dissertation, which aims to analyze the protection of human rights at a time of constitutional dialogues and its reflection in jurisprudence.

Through the study of the indicated case, this dissertation will discuss the main points of the realist, positivist and natural law theses about the judicial decision. Based on the "law as integrity" model of Ronald Dworkin, we can conclude that the legitimacy of the argument allows us to think of the coherence and commitment of the global community's acts and how these standards might be globally shared.

**Keywords:** international law; constitutional law, jurisprudence, human rights, principle's conflict, theory of integrity; International Court of Justice.

## Sumário

INTRODUÇÃO .....	17
CAPÍTULO I.....	24
Os problemas jurídicos em uma sociedade global .....	24
1. Ponto de partida: o caso <i>Jurisdictional Immunities of the State</i> .....	24
2. Conhecendo os fatos .....	32
3. Os desafios da ordem jurídica internacional .....	38
CAPÍTULO II .....	48
A realidade como limite ao direito internacional .....	48
1. A política como primeira razão .....	48
2. Sendo realista sobre a moral internacional .....	56
3. Convivendo com o dilema .....	64
CAPÍTULO III .....	74
Positivismo e o vácuo jurídico no direito internacional .....	74
1. A nova concepção de soberania.....	74
2. Hierarquia de normas no direito internacional .....	81
3. Direito, coerção e moral no direito internacional. ....	88
CAPÍTULO IV .....	96
Imunidade ou impunidade na Jurisdição .....	96
1. A primazia do <i>jus cogens</i> .....	96
2. A realização da justiça .....	108
3. O papel das cortes no desenvolvimento do direito internacional.....	115
CAPÍTULO V .....	126
O direito internacional visto como um empreendimento coletivo.....	126
1. Uma nova abordagem .....	126
2. Digressão sobre a teoria da integridade .....	134
3. Aplicação da teoria da integridade no direito internacional .....	141
4. Teste de integridade do caso <i>Jurisdictional Immunities of the State</i> .....	148
CAPÍTULO VI.....	158
Conclusão.....	158
REREFÊNCIAS .....	165

## INTRODUÇÃO

*Este é o problema: existe alguma forma de livrar a humanidade da ameaça de guerra? É do conhecimento geral que, com o progresso da ciência de nossos dias, esse tema adquiriu significação de assunto de vida ou morte para a civilização, tal como a conhecemos; não obstante, apesar de todo o empenho demonstrado, todas as tentativas de solucioná-lo terminaram em lamentável fracasso. Einstein<sup>1</sup>*

Há quase um século atrás, dois homens cujas ideias revolucionaram as dinâmicas sociais, Albert Einstein e Sigmund Freud, trocaram correspondências sobre o porquê da guerra diante da ameaça da auto destruição da espécie. Podemos dizer que, passados todos esses anos, esse diálogo se mantém ainda bastante atual, pois lento está o progresso rumo às soluções dos problemas sociais apontados já naquela época.

A base dessa discussão, com a qual abriremos cada capítulo deste trabalho, está na capacidade de se utilizar a inteligência humana na compreensão deste processo e lhe propor alternativas viáveis. Divergindo da posição de Einstein, entendemos que a ciência não foi totalmente falha nem completamente bem sucedida. Importante, então, é conhecer os motivos dos seus erros e acertos para continuar avançando, pois, não obstante as conquistas, o cenário atual não é menos promissor do que o do passado.

Nos próximos capítulos, cada trecho desse diálogo será representado por uma forma de compreensão da realidade social e de como as diferentes concepções de direito serão capazes de influenciar a organização da sociedade global e o estilo de vida dos indivíduos. Não deixaremos de apontar os insucessos da ciência do direito nesse processo em busca da pacificação social. Por outro lado, tampouco, nos furtaremos de manifestar opinião sobre a base epistemológica que se projeta na atualidade como a mais fidedigna aos processos históricos e as demandas futuras de uma sociedade global cada vez mais interligada.

---

<sup>1</sup> FREUD, 2005, p. 21.

No atual momento histórico, a teoria do direito (*jurisprudence*) se vê em uma encruzilhada. Este período possui o mesmo grau de complexidade de quando houve a transposição do direito pré-moderno, típico de uma comunidade pequena e bastante limitada, também denominada de pré-jurídica, para o paradigma do Estado Moderno, concebido mediante o controle de massas.<sup>2</sup> Naquela oportunidade, estava em debate a tensão existente entre a restrição da liberdade do indivíduo e a legitimidade das formas de intervenção social estatais, cuja existência afetava o exercício pleno da vontade do indivíduo.

O momento que se identifica agora apresenta um novo dilema, não muito distante daquele. Observa-se hoje que, pacificadas algumas divergências, a antiga demanda por limitar os atos do Estado ainda persiste. Ocorre que há novos fatores nesta conturbada relação, tal qual o aumento da interdependência entre os povos, que merece especial destaque. A tensão, logo, se atualiza e se manifesta como sendo a concorrência entre a manutenção do princípio da soberania como absoluto e a força expansiva das normas de direitos fundamentais e de direitos humanos, voltadas à preservação do indivíduo.

Dado o atual contexto social global, tanto a preservação da autoridade soberana quanto a garantia dos direitos fundamentais e políticos dos indivíduos são importantes aspectos a serem protegidos pelo fenômeno político-social da contemporaneidade. Isso se dá porque ambos constituem mecanismos que propiciam a real estabilidade dos governos e da governança global.

Diante dos novos desafios que podem ser vislumbrados, há uma forte demanda social pela conciliação desses dois aspectos de modo a se alcançar um equilíbrio harmônico entre eles. Contemporaneamente, esta relação, tradicionalmente inclinada ao respeito quase absoluto às decisões dos Estados, está tendente a fazer um leve movimento rumo à outra orientação. Principalmente, em decorrência do ativismo e das diversas reivindicações sociais, estão sendo realizadas correções para fortalecer a promoção das normas de direitos humanos, associadas aos direitos fundamentais constitucionais e ao conjunto de normas peremptórias conhecidas como *jus cogens*.

Isso se dá na medida em que o fenômeno jurídico globalizado passa a ser compreendido como situação de diálogos entre práticas sociais, repercutindo nas

---

<sup>2</sup> HABERMAS, 2010, p. 173.

decisões constitucionais em razão da elevada capacidade de comunicação e interação entre os povos na atualidade. Os principais agentes responsáveis por esse acontecimento dão especial atenção aos direitos humanos, que passam a ser socialmente aceitos como o núcleo comum entre as ordens constitucionais existentes. Daí a questão do seu estudo ser entendido como um assunto de interesse tanto nacional como internacional, e seus reflexos para a proteção dos indivíduos e aperfeiçoamento das instituições serem considerados como evento que merece a atenção mundial.

Como caminho para a compreensão desse fenômeno, o caso *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, da Corte Internacional de Justiça, (CIJ) será analisado.<sup>3</sup> Através do seu estudo, as complexas questões que, a cada dia, ganham contornos concretos na vida dos sujeitos de direito e possuem desdobramentos no funcionamento dos sistemas políticos e jurídicos, poderão ser discutidas. De pronto, os seguintes problemas presentes neste caso são apontados: (1) a concorrência entre o princípio procedimental de imunidade de Estado e o princípio de proteção ao *jus cogens* (assegurado pela garantia do princípio do acesso à justiça); (2) a compreensão de como se dá o evento da mudança no direito costumeiro internacional; (3) a competição entre os poderes executivo e judiciário no desenvolvimento do direito internacional; e, por fim, (4) o dilema metodológico no processo de compreensão do direito internacional, que não pode ser desassociado da escolha das premissas epistemológicas fundamentais.<sup>4</sup>

Como discutiremos a partir do Capítulo I, a proteção dos direitos humanos na contemporaneidade, apesar de surgir como um problema jurídico constitucional no âmbito dos Estados, perpassa hoje de forma transversal por todos os tipos de ordens jurídicas existentes nos múltiplos níveis que compõem o sistema jurídico internacional, quais sejam, as ordens nacionais, internacionais e supranacionais.<sup>5</sup> Diante da novidade desse acontecimento, é importante saber como a questão dos direitos humanos tem sido reconhecida pelos modelos de compreensão do próprio fenômeno jurídico.

O que move esta investigação é a busca por entender o papel dos direitos humanos na engrenagem que constitui a rede jurídica global. Para esta empreitada,

---

<sup>3</sup> CIJ, 2012, p. 1.

<sup>4</sup> KRAJEWSKI; SINGER, 2012, p. 4

<sup>5</sup> NEVES, 2009, p. 256.

usamos a leitura da decisão da CIJ, bem como os votos de cada juiz da Corte e textos disponíveis que a comentam, como referência no estudo e na identificação da influência das tradicionais teses da filosofia do direito sobre a tomada de decisão na esfera internacional quando envolve casos de direitos humanos. Serão analisados, com especial destaque, os impactos dos principais elementos dessas teses sobre a compreensão dos direitos humanos e das normas de *jus cogens*, entendidas como sendo “normas peremptórias”, que não podem ser canceladas por tratados ou por decisões dos sujeitos internacionais.<sup>6</sup>

O caso em discussão possui importantes pontos de reflexão porque nele estão presentes diversas questões de difícil entendimento para as teorias filosóficas, mesmos as mais atualizadas. Secundariamente aos pontos indicados, através da discussão dos argumentos expostos no caso *Jurisdictional Immunities of the State*, abordaremos questões como o fundamento da obrigatoriedade do direito internacional, a questão da hierarquia entre as normas no direito internacional e, finalmente, como se dá o sistema de pesos e contrapesos na seara internacional.<sup>7</sup>

O pano de fundo do presente debate gira em torno de qual teoria fornece a melhor justificação para exercício do controle dos atos dos Estados através das determinações do direito internacional. Diante do potencial de estreitamento das relações judiciais entre cortes nacionais e internacionais e do desenvolvimento do direito internacional em um sistema descentralizado de múltiplas camadas, é necessário estabelecer uma teoria do direito cujos fundamentos possam ser empregados com desenvoltura diante dos aspectos que envolvem o direito internacional.

Sugerimos neste trabalho que a teoria do direito como integridade,<sup>8</sup> do filósofo norte-americano Ronald Dworkin, apresenta perspectivas interessantes à elucidação do tema. Defendemos que por meio dela é possível analisar se o fundamento de direito por detrás da validade das decisões dos foros nacionais, internacionais e supranacionais são os direitos humanos. Também, por ela é possível

---

<sup>6</sup> DWORKIN, 2013, p. 6.

<sup>7</sup> WUERTH, 2013, p. 2; KRAJEWSKI; SINGER, 2012, p. 4.

<sup>8</sup> O modelo de princípios satisfaz todas as nossas condições, pelo menos tão bem quanto qualquer modelo poderia fazê-lo numa sociedade moralmente pluralista. Torna específicas as responsabilidades da cidadania: cada cidadão respeita os princípios do sentimento de equidade e de justiça da organização política vigentes em sua comunidade particular, que podem ser diferentes daqueles de outras comunidades, considere ele ou não que, de um ponto de vista utópico, são esses os melhores princípios. DWORKIN, 2007, p. 256-257.

identificar o problema da racionalidade que guia a decisão judicial quando os direitos humanos estão envolvidos nos conflitos, inclusive nos casos em que esses são preteridos.

Consideramos que a teoria do direito como integridade é apropriada à orientação deste estudo porque a sua proposta defende o modelo de princípios que a comunidade política exige para realizar uma *compreensão compartilhada* do fenômeno jurídico. Essa tese permite que se assumam um ponto de vista mais adequado sobre a natureza do direito, necessário ao avanço de sua compreensão na esfera internacional. O objeto de estudo deste trabalho se propõe a verificar se o argumento dos direitos humanos age como fundamento da integridade nas decisões judiciais que envolvem sistemas jurídicos concorrentes.

Ao insistir que as pessoas são membros de uma comunidade política genuína, quando aceitam que seus destinos estão sendo governados por princípios comuns, e não apenas por regras criadas por um acordo político, a teoria da integridade permite que tais pessoas vejam que a política tem uma natureza diferente, útil à sua vida. A política e o direito, logo, passam a extrapolar os ambientes técnicos e profissionais para serem identificados em uma arena mais ampla, a do dia a dia. Os debates e as posturas das pessoas refletem a seleção dos princípios que reforçam as práticas a serem adotadas pelos sistemas jurídicos nacionais e internacionais e que orientam o comportamento dos que integram a comunidade.

Assim, entendemos ser possível se posicionar sobre qual concepção de justiça, equidade e justo processo legal<sup>9</sup> se deve ter, não só em um Estado em especial, mas em todo o mundo. A contribuição de Ronald Dworkin nesse processo se deve ao seu entendimento de que

a filosofia política que pretende compreender melhor os valores políticos deve incorporar seu próprio trabalho nessa grande estrutura. Deve almejar, primeiro, elaborar concepções ou interpretações de cada um desses valores que fortaleçam os outros. (...) Além disso, seu objetivo deve ser elaborar essas concepções políticas como parte de uma estrutura de valor ainda inclusiva, que ligue a estrutura política não apenas à moral em termos mais gerais, mas também à ética.<sup>10</sup>

---

<sup>9</sup> DWORKIN, 2007, p. 254-255.

<sup>10</sup> DWORKIN, 2010, p. 228.

A investigação que desenvolvemos parte da preocupação com os desdobramentos políticos-jurídicos sobre a coerência da decisão da CIJ no caso *Jurisdictional Immunities of the State*. A leitura do caso considera que as decisões judiciais que primam pela integridade do direito justificam uma história digna de ser transmitida. Ao demonstrarem os fundamentos da prática jurídica atual, elas permitem identificar se ela preza pela defesa de princípios suficientemente atraentes para oferecer um futuro honrado.<sup>11</sup> Neste importante caso, a CIJ rejeitou os argumentos de equidade, justiça e integridade na interpretação do fato. Ela desenvolveu uma interpretação positivista bastante restrita que negou às vítimas de graves ofensas aos direitos humanos o acesso à justiça ao se apoiar no argumento de preservação da imunidade jurisdicional do Estado estrangeiro.

Com base neste julgado, o funcionamento de estruturas com amplitude global e que legislam para a maior de todas as sociedades de “massas” – a comunidade internacional – será avaliado. Ao mesmo tempo, a partir desse trabalho, a fundamentação para a correção das decisões dessas instituições será perseguida em razão do entendimento sobre a coesão da comunidade política internacional em torno de uma moralidade orientadora das suas ações.

Feitas as contextualizações necessárias, a partir de agora, com base nas opiniões separadas e nos votos dissidentes dos juízes do caso em análise, quatro posturas jurídicas que abarcam a compreensão do direito e do fenômeno do direito internacional serão estudadas. Cabe aqui ressaltar que, a despeito de estar consciente dos riscos e das dificuldades, não nos furtaremos a tentar avaliar as perspectivas presentes nos argumentos inseridos na decisão da Corte e dos juízes. Identificando esses textos de acordo com as perspectivas teóricas de cada uma das principais correntes dos pensamentos jurídico da contemporaneidade, nos propomos a fazer uma digressão analítica sobre as concepções do realismo, do positivismo, do jusnaturalismo e do pós-positivismo,<sup>12</sup> representado pela teoria da integridade de Ronald Dworkin, no âmbito das relações internacionais.

O presente trabalho está distribuído em seis partes que, apesar de autônomas, se relacionam porque tem em comum a discussão sobre como fundamentar uma compreensão acerca do direito internacional que possa servir como

---

<sup>11</sup> DWORKIN, 2007, p. 274.

<sup>12</sup> No Capítulo V o contexto em que o termo “pós-positivismo” foi usado será esclarecido.

modelo interpretativo para as instituições internacionais e a jurisdição internacional. Como já há pouco adiantado, no Capítulo I faremos uma breve abordagem sobre os argumentos que chamam a atenção no caso *Jurisdictional Immunities of the State* e o seu valor jurídico para o momento da sociedade mundial global.

Em seguida, no Capítulo II, trabalharemos a visão realista, que, pelo seu apelo à prática, possui muitos adeptos entre as autoridades e técnicos das burocracias estatais, por oferecem soluções “prudentes” aos problemas jurídicos de coordenação social e por apresentarem forte influência sobre a decisão da CIJ.

Logo após, no Capítulo III, passamos a discutir o campo do positivismo jurídico, cuja premissa de interpretação do direito está embasada na aplicação dos padrões que foram desenhados no passado pelas convenções construídos pela comunidade internacional.

Em seguida, a postura jusnaturalista no Capítulo IV e a persistência dos déficits epistemológicos na prática jurídica serão analisadas. Dando sequência, serão apontados os atuais esforços das teses não positivistas que, apesar de não serem jusnaturalistas, resgatam o apreço ético e moral defendido por essas através da leitura moral do direito.

Por fim, no Capítulo V, o caso *Jurisdictional Immunities of the State* será estudado sobre os pressupostos da teoria da integridade de Ronald Dworkin que, apesar não testada no âmbito das decisões na esfera internacional, especialmente na Corte Internacional de Justiça, apresenta um campo interessante a ser explorado.

Em conclusão, no Capítulo VI, a partir das conclusões preliminares alcançadas ao longo dos capítulos anteriores, demonstraremos que a tese do direito como integridade constituía perspectiva epistemológica mais adequada do que todas as anteriores para interpretar os direitos humanos como fundamento do direito internacional. Com base na análise da decisão da CIJ no caso *Jurisdictional Immunities of the State*, identificamos que essa teoria é também adequada para estabelecer a revisão das decisões das organizações internacionais e supranacionais em razão de um dever de coerência com a história jurídica dos povos envolvidos na teia de relações internacionais.

## CAPÍTULO I

### Os problemas jurídicos em uma sociedade global

*Atualmente, porém, estamos distantes de possuir qualquer organização supranacional competente para emitir julgamentos de autoridade incontestável e garantir absoluto acatamento à execução de seus veredictos. Assim, sou levado ao meu primeiro princípio; a busca da segurança internacional envolve a renúncia incondicional, por todas as nações, em determinada medida, à sua liberdade de ação, ou seja, à sua soberania, e é absolutamente evidente que nenhum outro caminho pode conduzir a essa segurança. Einstein<sup>13</sup>*

#### 1. Ponto de partida: o caso *Jurisdictional Immunities of the State*<sup>14</sup>

Uma ótima oportunidade para pensar a sociedade multifacetada de hoje, é o estudo do caso *Jurisdictional Immunities of the State*, cuja narrativa descreve a batalha judicial de indivíduos que se (re)voltam contra os mais importantes sujeitos da comunidade internacional, os Estados. Essa atitude é impulsionada pela reivindicação de direitos, ou de justiça, decorrente do empoderamento das pessoas que se reconhecem como autônomas.

A consciência do indivíduo sobre a sua capacidade de influenciar a tomada de decisões se deu através de constantes processos históricos de lutas e conquistas políticas que buscaram o reconhecimento por respeito. Daí decorre a vontade de evitar o cometimento de práticas degradantes contra seres humanos por aqueles que, justamente, deveriam ter suas ações voltadas à proteção e garantias dos indivíduos: os Estados.

No ocidente, é na contemporaneidade que essa ação encontrou mecanismos eficientes e pacíficos para alcançar os resultados pretendidos. Por meio de um sofisticado mecanismo de governança social, os Estados, em especial os liberais democráticos, alcançaram um delicado equilíbrio entre política, moral e direito que permite a convivência entre os sujeitos e forças sociais distintas.

---

<sup>13</sup> FREUD, 2005, p. 23.

<sup>14</sup> CIJ, 2012, p. 4.

Uma importante estrutura desse sistema é o poder judiciário, que se firmou ao longo das releituras sobre o funcionamento social como um dos campos legítimos de discussão sobre a construção de garantias e de formas de proteção dos indivíduos. Nele, os juízes se veem obrigados a reproduzir o drama histórico que cerca as concepções de direito quando trata da questão dos direitos fundamentais e direitos humanos. Ao reviver essa história, a comunidade, por meio de seus julgadores, reafirma os argumentos reconhecidos como jurídicos, reforçando-os junto às próximas gerações.

O controle de constitucionalidade dos atos do legislativo e do executivo pelo judiciário dentro do Estado Soberano, não obstante ser visto como uma conquista, é bastante questionado. Dizer, então, que este tem autoridade para decidir sobre a flexibilização dos contornos da soberania é, para muitos, um arrepio. Apesar de a soberania ser acusada de servir como escudo para o cometimento de crimes, não se pode esquecer que foi sob a sua forma de organização que se conquistou direitos e os promoveu aos elevados níveis da sociedade de massas.

A iniciativa das cortes e tribunais de serem mais ativos no desenvolvimento do direito internacional público, independentemente de estarmos falando de órgão de adjudicação doméstico ou internacional, como é o caso da CIJ, abre a possibilidade para a ampliação das demandas dos indivíduos de forma nunca antes imaginada, o que pode impactar sobremaneira no equilíbrio dos sistemas políticos como hoje conhecidos. Apesar de haver movimentos inclinados à adoção de uma visão conciliadora entre as demandas de direitos humanos e a reafirmação da soberania, há muito receio de flexibilizar os limites soberanos através de uma exigência externa além das orientações nacionais da política. O receio, como apontado pela manifestação do juiz Mohamed Bennouna no caso, é abrir a “Caixa de pandora”<sup>15</sup> dos limites da soberania ao se liberar as demandas individuais contra os Estados, e perder de vez o controle existente sobre todos os males que afligem a humanidade.

Logo neste primeiro capítulo, algumas reflexões serão feitas sobre o atual desenho do sistema político global. Também serão tecidos alguns apontamentos sobre a sua capacidade de permitir que os indivíduos alcancem a realização de seus projetos de vida. Nele descreveremos os fatos do caso em análise e algumas breves considerações sobre os desafios do direito na atual sociedade global.

---

<sup>15</sup> CIJ, 2012d, p. 81.

Por meio do estudo do caso em análise, verificaremos que a trajetória de realização dos direitos humanos não é linear e nem está completamente harmonizada. A sua descrição demonstra que a realização dos direitos é trajetória dotada de avanços e retrocessos. À proporção que as sociedades evoluem, certas situações são superadas, enquanto outras aguardam ser reparadas. Progredir, com responsabilidade, é o que este estudo propõe. Para usar uma palavra da moda, é necessário adequar os sistemas de governança global para que eles tenham sustentabilidade.

Avançar sobre a efetivação dos direitos humanos é difícil, porém. As histórias dos povos representam partes autônomas e interdependentes de um todo que é a trajetória da própria humanidade. As sociedades conhecidas são resultado de interações e experiências transformadoras simultâneas, decorrentes do comportamento de indivíduos e grupos, cujas escolhas permearam as formas de organização e manifestação cultural humana. Em razão do florescimento de várias práticas sociais concorrentes, conflitos surgem proporcionando aprendizados recíprocos.

O direito, tal qual o identificamos, é fruto desse conhecimento acumulado ao longo das gerações e a forma com a qual elas lidam com os principais desafios da realidade. Não obstante o direito ter como forte expressão as vivências ocidentais compartilhadas vocacionadas ao entendimento universal,<sup>16</sup> essa comunhão não ocorre de maneira inequívoca.

A discussão sobre a existência de direitos gerais, universais e comuns a todos os homens é bastante antiga e acompanha o pensamento humano desde as suas primeiras manifestações. Remontam à antiguidade os seus primeiros registros, através da concepção de sujeito universal – homem como ser superior da natureza.<sup>17</sup> Durante a Idade Média, a teologia cristã recepcionou bem a questão, apresentando um elemento novo: o valor absoluto de cada ser humano dotado de direitos imprescritíveis.<sup>18</sup>

Aponta-se como uma importante característica desses direitos a sua função reguladora, capaz de limitar a ação do poder e o comportamento através do respeito às garantias essenciais e à preservação da vida humana. Não é difícil, por isso,

---

<sup>16</sup> COMTE-SPOMVILLE, 2008, p. 329.

<sup>17</sup> BROCHADO, 2006, p. 119.

<sup>18</sup> BILLIER; MARYIOLI, 2005, p. 174.

associar a história dos direitos “universais” à própria evolução do constitucionalismo no ocidente e do direito internacional.<sup>19</sup> Delineada por conflitos, superações e desenvolvimento político, filosófico, econômico, tecnológico e jurídico de seus povos, a história do ocidente impactou na (re)construção de tradições e paradigmas capazes de influenciar as sociedades contemporâneas em todo o planeta.

Porém, foi na Idade Moderna, a partir da consolidação do Estado Soberano e dos desdobramentos dos chamados movimentos iluministas, Revoluções Americana e Francesa, que reivindicações de liberdade e igualdade foram proclamadas e positivadas em importantes textos, tais como as Declarações e as Constituições da época,<sup>20</sup> ganhando proteção da comunidade jurídica no ocidente. O advento do ideal iluminista permitiu o florescimento de um arrojado projeto de futuro que rompia com as tradições do passado e projetava a humanidade para uma promissora empreitada onde a razão (universal e científica)<sup>21</sup> guiaria a todos para dias mais justos e prósperos.

Sob as influências desse espírito, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão<sup>22</sup> foi redigida com a proposta de proteger os direitos individuais de liberdade, propriedade, segurança e resistência à opressão, tidos como naturais e imprescritíveis, pela Lei emanada pelo Poder Legislativo. Como produto de uma racionalidade personificada, a Lei deveria ser hábil a expressar a vontade geral da comunidade e condicionar os comportamentos estatais e individuais ao modelo social projetado pela mente humana. Surge, então, a ideia de uma ordem constitucional racionalmente construída por semelhantes, composta por três funções estatais (Executivo, Legislativo e Judiciário), para limitar o poder e o arbítrio do Estado e permitir a ordem social.

Contudo, essa razão iluminadora não impediu ao homem subjugar o universo em nome do universal, permitindo assim que em seu nome surgissem o

---

<sup>19</sup> RAWLS, 2001, p. 103-104.

<sup>20</sup> Vaticina Lunõ, *apud* José Adércio Leite Sampaio, que o processo de positivação dos direitos humanos se dá “por meio dos direitos nos textos jurídicos, antes projetados apenas no plano da filosofia política.” Quanto a sua natureza jurídica, foi formulado em “declarações precedentes às Constituições (França – 1791, 1793 e 1795), abrindo discussão sobre sua força jurídica ou, sem qualquer discussão a esse respeito, resultantes de emendas constitucionais anexas ao texto original (Estados Unidos - 1791) ou, ainda em artigos integrantes do corpo da Constituição (...), mas sempre como instrumentos fundadores do direito público.” SAMPAIO, 2010, p. 191.

<sup>21</sup> COMTE-SPOMVILLE, 2008, p. 334-335.

<sup>22</sup> Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em 16 jun. 2012.

imperialismo, o nacionalismo, o fanatismo, o totalitarismo, dentre outros *ismos* conhecidos pela intolerância e pela degradação do homem pelo homem, que desencadearam eventos que culminaram em duas Grandes Guerras no século XX e diversos outros conflitos seguintes.<sup>23</sup> Foram os “tempos sombrios” das Duas Grandes Guerras, em especial a Segunda Guerra Mundial, que provocaram um grande mal-estar e abalaram o senso de humanidade dos indivíduos, que não só viram mas documentaram, transmitiram e retransmitiram a desordem e a fome, os massacres e os carniceiros, o ultraje pela injustiça e o desespero.<sup>24</sup>

Os anos posteriores a esse evento foram os de um triste inventário que encerrava com fracasso um projeto moderno. Como marco histórico, foi promulgada, em 10 de dezembro de 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos,<sup>25</sup> com o propósito de proteger o homem em sua dignidade, liberdade e integridade contra toda ofensa, ato desumano ou degradante, provocada por semelhantes.

Como ocorreu com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que promoveu a liberdade e igualdade como valores a serem perseguidos por todos os povos, a Declaração Universal dos Direitos Humanos divulgou a ideia de dignidade da pessoa humana e preservação da vida, como ideais que passariam a se refletir em quase todos os ordenamentos jurídicos. No entanto, a proteção plena desses bens jurídicos não foi imediata, porque os anos subsequentes aos da Segunda Guerra não foram fáceis. Eles foram marcados pela crítica realista de reconstrução do presente com menos teorias e conceitos, e mais política.

Os acordos políticos do pós-guerra foram progredindo, em diferentes ritmos, de modo a fundar um sistema de direito que ora flertava com a assimilação da proteção dos direitos humanos, ora com a consolidação do *status quo* dos Estados, cuja importância prepondera no ambiente internacional desde os tratados de Westphalia. Após a Segunda Guerra Mundial, uma nova ordem política e jurídica nasceu com a promessa de se preocupar com os direitos humanos no plano internacional e nacional.<sup>26</sup> No entanto, os anos subsequentes às tragédias

---

<sup>23</sup> ALMEIDA; BITTAR, 2011, p. 640.

<sup>24</sup> ARENDT, 2008, p. 7.

<sup>25</sup> Como declara Flávia Piovesan, a Declaração de 1948 confere lastro axiológico e unidade valorativa aos direitos humanos, ao enfatizar sua universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos. PIOVESAN, 2005, p. 45.

<sup>26</sup> Ao lado do sistema normativo global, surgem os sistemas regionais de proteção, que buscam internacionalizar os direitos humanos nos planos regionais, particularmente na Europa, América e

presenciadas durante o ciclo de conflitos ocorridos na primeira metade do século XX não trouxeram alento.

Infelizmente, a dificuldade em promover os direitos humanos em sua plenitude é reconhecida. Sob a rubrica de serem orientadores axiológicos morais (e não jurídicos) a tutela desses direitos padece da qualificação para a avaliação de objetivos políticos.<sup>27</sup> A ausência de uma consciência sobre a sua juridicidade gera profundos entraves à sua efetivação.<sup>28</sup>

A proteção dos direitos humanos na contemporaneidade, apesar de surgir como um problema-jurídico constitucional no âmbito dos Estados, perpassa hoje todos os tipos de ordens jurídicas no sistema jurídico mundial de múltiplos níveis: ordens estatais, internacionais, supranacionais, transnacionais e locais.<sup>29</sup> Daí, o estudo da questão dos direitos humanos passa a ser visto como um assunto de interesse tanto nacional como internacional, com seus reflexos para a proteção dos indivíduos e o aperfeiçoamento das instituições.

Como apontado por Jürgen Habermas, certas formas de constituição foram concebidas a partir das organizações internacionais em razão da juridificação da cooperação entre Estados em redes multilaterais e sistemas de negociação transnacionais. Estas são independentes de uma vontade decorrente de uma cidadania organizada, pois elas regulam as relações funcionais entre os Estados nacionais. Diferentemente dos Estados que são dotados de uma “metacompetência”<sup>30</sup> capaz de ampliar por conta própria os seus poderes, essas organizações têm a sua atuação bastante limitada. No entanto, a existência desse tipo de constituição liberal, hábil a limitar o poder do Estado, abre a possibilidade de uma “constitucionalização não-estatal” do direito das gentes na figura de uma sociedade global sem um governo mundial estruturado politicamente.

O estabelecimento de novas instâncias de poder demanda a revisão dos contornos institucionais visando a conferir ao sistema estruturas hábeis a resistir aos testes de legitimidade impostos pela realidade. A sustentação dessa estrutura

---

África. (...) Os sistemas global e regional não são dicotômicos, mas complementares. PIOVESAN, 2005, p. 45.

<sup>27</sup> BROCHADO, 2006, p. 139.

<sup>28</sup> BROCHADO, 2006, p. 118.

<sup>29</sup> NEVES, 2009, p. 256.

<sup>30</sup> HABERMAS, 2007, p. 353.

depende do equilíbrio entre o respeito à autonomia dos indivíduos e o reconhecimento da independência dos Estados.

Por entender que há uma desarmonia nas bases atuais de governança, que avança para assumir um caráter global, é importante investigar as disfunções do atual sistema para a promoção do seu aperfeiçoamento. A hipótese que se lança para a razão dessa disfunção é o predomínio das relações de poder na seara internacional, que prezam demasiadamente pela independência dos Estados. Essa postura é caracterizada pelo apreço à inviolabilidade do regime de soberania, não obstante ser reconhecido que, na sociedade globalizada, as práticas sociais não estão presas aos limites territoriais quando se trata de assuntos referentes à saúde, à segurança e aos intercâmbios, especialmente, os comerciais.

Ao negligenciar a existência dessa realidade, os Estados retardam o florescimento de ações organizadas por meio de instituições do direito internacional público necessárias ao enfrentamento dos sérios desafios em comum, dotados de elevado potencial para afetar a estabilidade da sociedade mundial. Ao assim comportarem, eles fazem resistência à integração por defendem rigorosamente a preservação da soberania como nicho de poder, tal qual foi concebida após os tratados de Westphalia.

A soberania, tal como consolidada pelo sistema de Westphalia e entendida pelos Estados, pode ser aqui comparado com a metáfora da “caixa de pandora”, que não deve ser aberta às demandas individuais inadvertidamente pelo órgão de adjudicação. Pandora, na mitologia grega, foi mulher bela e tola desposada por Epimeteu. Enviada à terra como forma de vingança pelo roubo do fogo dos deuses por Prometeu, ela guardava consigo uma caixa que trazia todos os males que assolariam a terra se aberta. Sem pensar nas consequências que adviriam da abertura da caixa, ela não conteve sua vontade e a abriu na ausência do marido, que quis fechá-la, mas não havia mais tempo. Só conseguiu reter a esperança, que estava quase a desaparecer e que permaneceu no cofre escrupulosamente fechado.<sup>31</sup>

Aparentemente, essa metáfora é contrária à proposta deste trabalho, pois seria um comportamento “prudente” deixar de abrir a soberania, como aconselham os adeptos da corrente realista. No entanto, não há como se esquivar da constatação de que a curiosidade em conhecer o conteúdo da caixa é algo próprio do ser humano

---

<sup>31</sup> COMMELIN, 1997, p. 95.

que, inadvertidamente, por meio das práticas sociais, já rompeu os seus lacres e violou os limites históricos da soberania. Agora, resta saber como se portar. Se se deve deixar que a esperança de dias melhores fique ressoando na caixa ou nela acreditar, liberando-a para impulsionar as correções necessárias como querem todos aqueles que têm um compromisso ético com a dignidade humana.

O chamamento da metáfora neste trabalho é decorrente da constatação de que ela representa divergentes posições diante dos fatos. Ela pode ser associada à postura de cada juiz no contexto da discussão do caso que, como será tratado especificamente nos capítulos a seguir, ao desenvolverem sua análise, se deparam com os atuais dilemas da sociedade global.

Sob o prisma que conduz o seu olhar sobre a realidade, cada juiz destacou certas premissas do funcionamento do mundo fático atual e de como se deve dar a análise e efetivação do direito. Logo, o comportamento de cada integrante da Corte e a sua decisão se deram conforme o comprometimento profissional e a orientação jurídico filosófica aos quais estes se filiam.

Importante destacar que este trabalho não é uma análise dogmática do direito internacional. Ele se propõe a ser uma reflexão das principais correntes da filosofia do direito e como elas influenciam no reconhecimento e na interpretação do direito internacional, diante dos problemas enfrentados pela sociedade global no atual momento. Ao seu término, tentaremos demonstrar que a melhor postura do profissional do direito é deixar as tensões entre a realidade e a utopia. Ele deve adotar forma outra de enfrentar a realidade.

A sugestão que aqui apresentamos é aquela que reconhece as contribuições de cada teoria na construção do conhecimento jurídico – mas delas foge, por compreender um esgotamento do fundamento epistemológico de cada uma delas. Esta teoria é a tese do “direito como integridade”, que aceita os avanços das demais teorias do direito como percepções do mesmo evento social, demonstrando que elas possuíram papel relevante na evolução desse romance em cadeia que é o direito. No entanto, aponta que estas, por não terem uma abordagem construtivista, e serem dotadas de uma opção metodológica limitada, não são adequadas à compreensão do fenômeno jurídico que se demonstra, cada vez, interligado às diversas realidades. Essas são consideradas, hoje, como mais fluidas e diversas daquelas que as tradicionais teorias estão acostumadas a manejar.

Realizadas essas considerações preliminares, passamos a discutir a dinâmica do caso *Jurisdictional Immunities of the State*, que servirá de ilustração para a presente dissertação.

## 2. Conhecendo os fatos

Os fatos contidos na ação *Jurisdictional Immunities of the State* podem ser assim descritos: durante os anos de 2004 e 2011, a Jurisdição Italiana julgou como precedentes, em seus tribunais, processos cíveis de reparação de danos contra o Estado Alemão por violações do direito humanitário internacional (crimes contra o Direito Humanitário Internacional) cometidas pela Alemanha durante a Segunda Guerra Mundial.

Ao fazer um resgate histórico, relata a Corte que em junho de 1940 a Itália entrava na Segunda Guerra Mundial como aliada da Alemanha. Contudo, em setembro de 1943, há a saída de Mussolini do poder, ao mesmo tempo em que a Itália foi rendida pelos aliados. A partir deste momento a Itália declara guerra à Alemanha.

Porém, esse xadrez não é tão simples. Há Forças Armadas da Alemanha distribuídas em considerável parte do território italiano, bem como militares italianos no *front* ao lado de militares alemães em territórios ocupados em diversas partes da Europa. Durante a ocupação alemã de 1943-1945, a Alemanha é acusada de: 1) em 29 de junho de 1944, na região de Civitella, Val di Chiana, Cornia e San Pancrazio, ter executado 203 civis, dentre eles mulheres, crianças e idosos, como represálias a atos de resistência à sua ocupação no território italiano, que culminou na morte de quatro soldados alemães membros do *Hermann Göring*; 2) deportação de membros da população civil, como o Sr. Luigi Ferrini, para trabalharem como escravos na indústria bélica alemã; e 3) utilização de militares italianos que se recusaram a integrar as forças armadas alemães (os chamados de *Italian Military internees* ou *Italienische Militärinternierte*) como trabalhadores forçados, em razão do não reconhecimento do *status* de prisioneiro de guerra e da negação das proteções que essa situação acarreta.

Quanto à situação dos militares italianos, esta é a mais complexa dos três grupos que exigem reparação. Isso porque a Alemanha, além de lhes negar o *status* de prisioneiro de guerra, passou, a partir do verão de 1944, a transferi-los do cativeiro

de guerra (*Kriegsgefangenschaft*) para o chamado campo de "emprego civil" (*Ziviles Arbeitsverhältnis*). Nestes, os militares detidos foram "convidados" pelas autoridades alemãs a assinarem um acordo declarando consentimento para a mudança de seu *status* de prisioneiros de guerra para civil.

Apesar da pressão exercida pelas autoridades alemãs, apenas poucos militares detidos concordaram na transferência do seu *status*. O Governo Alemão, em seguida, absteve-se de obter essas declarações e passou a considerar os detidos como civis, sem qualquer declaração formal. Esses militares foram logo registrados como trabalhadores forçados civis. As condições de trabalho e de detenção em campos, no entanto, não se alterou: eram as piores possíveis.

Os detidos, fossem eles militares ou civis, como o Sr. Ferrini e o Sr. Accidini, deportados para a Alemanha como ato de retaliação contra a população italiana, foram submetidos a trabalhos forçados fisicamente extenuantes e de alto risco. Os que eram neles empregados trabalhavam sem receber alimentação adequada, não tinham liberdade ou qualquer forma de remuneração. Como conseqüência, muitos desses cidadãos italianos morreram em razão da condição de escavos a que foram submetidos por essa política do Estado Alemão, importante para a manutenção das suas estratégias de guerra.

No intervalo entre o pós-guerra e a decisão do Tribunal Supremo de Cassação (*Corte di Cassazione*), o mundo foi testemunha da jornada percorrida pelas vítimas italianas ao longo de caminhos judiciais em busca de reparação pelas violências praticadas pelo Estado Alemão. Muitos dos percalços se deram em razão de um sistema jurídico global pouco acessível aos indivíduos e fechado com a premissa de que o direito internacional é um sistema jurídico de Estados.

Um fator dificultador do caso para as vítimas em busca de reparação foi a atuação do Poder Executivo do seu próprio país. No pós-guerra, a Itália assinou com a Alemanha o Tratado de Paz de 10 fevereiro de 1947, cujos termos de reparação à Itália foram especificados. Consta no texto do art. 77 (4) do citado documento que a Itália renunciava em seu próprio nome, e em nome dos cidadãos italianos, a todas as reivindicações contra a Alemanha e contra cidadãos alemães, decorrentes dos crimes de guerra praticados em território italiano. Após a fundação da Alemanha ocidental, em 23 de maio de 1949, esse tratado se manteve, e a República Federal da Alemanha

não estabeleceu quaisquer regimes de compensação para vítimas de trabalho forçado.<sup>32</sup>

Esse regime persistiu até 1953, quando a Alemanha, em razão das diversas demandas judiciais em seus tribunais, adota a Lei Federal de Compensação. Esta estabelece ao Estado Alemão a obrigação de compensar certas categorias de vítimas do regime Nacional Socialista (Nazismo), sendo eles indivíduos perseguidos por motivos políticos, raciais e sexuais.<sup>33</sup> A Alemanha pagou compensação para as vítimas do regime Nazista que, em sua grande maioria, estavam vivendo em Israel, Alemanha e outros países do Leste Europeu, em razão das detenções em campos de concentração e danos causados à saúde dos detidos.

Entretanto, os trabalhadores forçados das demais nacionalidades, como os cidadãos italianos, não foram abarcados por esta legislação.<sup>34</sup> Os pedidos de reparação apresentados por estes não foram aceitos pela jurisdição alemã porque eles ou (1) não se enquadraram nos critérios de vítimas do Regime, segundo descrição da Lei Federal de Compensação ou (2) não tinham domicílio ou residência permanente na Alemanha, como determinava a Lei.

Por serem continuadas as demandas judiciais exigindo reparação aos cidadãos italianos, em setembro de 1963, Itália e Alemanha concluíram dois acordos (*1961 Agreements*) no qual a Alemanha concordou em repassar à Itália determinado valor financeiro para que as questões pendentes de natureza econômica por parte do governo e dos cidadãos italianos, baseados em direitos e circunstâncias cometidas durante o período de 01 de setembro de 1939 a 8 de maio de 1945, fossem consideradas pendências a serem liquidadas sem direito a pagamento. Com esses acordos a Itália se comprometeu a indenizar a Alemanha ou cidadão alemão por ação judicial recepcionada pela jurisdição italiana acerca dos citados fatos objeto dos acordos.

Mesmo após essas negociações, as demandas das vítimas da Segunda Guerra pedindo reparações não cessaram na jurisdição alemã. Por isso, em 1965, a Lei Federal de Compensação sofreu emenda para que as pessoas de nacionalidade não-alemã fossem protegidas por essa Lei, desde que fossem considerados

---

<sup>32</sup> CEDH, 2004.

<sup>33</sup> Disponível em: <http://www.ushmm.org/information/exhibitions/online-features/special-focus/holocaust-era-assets/germany-compensation-programs>>. Acesso em: 15 abr. 2014.

<sup>34</sup> CEDH, 2004.

“refugiados” até 1 de outubro de 1953. Contudo, mesmo com essa alteração, muitos cidadãos italianos não receberam a citada designação até a data indicada, e tiveram, portanto, suas ações rejeitadas na jurisdição alemã.<sup>35</sup>

Ainda, referente às reparações da Segunda Guerra às vítimas de trabalhos forçados na indústria bélica alemã, em 2 de agosto de 2000, a Alemanha adota lei federal que criou a Fundação “Memória, responsabilidade e futuro” (Lei Federal de 2000 ou “*2000 Federal Law*”), que disponibilizou fundos para indivíduos que foram sujeitados a trabalhos forçados e “outras injustiças do período Nacional Socialista”. A maior parte desses recursos, no entanto, foi reservada para sujeitos que residiam nos países do leste europeu ou em Israel. A Itália, em razão dos documentos mencionados no início deste relato, o Tratado de Paz de 1947 e os Acordos de 1961, não foi convocada a participar dessas negociações. Como consequência, a situação das vítimas italianas não foi analisada e nem tampouco considerada pelas autoridades alemãs nos critérios da nova legislação.

A Lei Federal de 2000 estipulou limites para o uso do recurso, sendo um desses a exclusão do direito de compensação àqueles a quem foi concedido o *status* de prisioneiro de guerra. Exceção era cabida àqueles detidos em campos de concentração ou outro tipo de reclusão considerado como de “categorias específicas”. Isso porque, para o governo Alemão, as normas de direito internacional preveem o trabalho obrigatório pelos militares detidos na qualidade de prisioneiros de guerra.

Os militares italianos que tiveram o *status* de prisioneiro de guerra negados pelo Estado Alemão, então, mais uma vez entraram com ação de compensação com base na Lei Federal de 2000. Em 2001 as autoridades administrativas alemãs entenderam que, de acordo com as regras do direito internacional, a Alemanha não estava autorizada a mudar unilateralmente o *status* de prisioneiros de guerra dos militares italianos para prisioneiros civis.<sup>36</sup> Por isso, os militares italianos nunca perderam o *status* de prisioneiros de guerra e, logo, estavam excluídos dos critérios de compensação estabelecidos por esta lei. A questão chegou à mais Alta Corte da jurisdição alemã em 28 de junho de 2008.

A Corte Constitucional Alemã (*Bundesverfassungsgericht*) decidiu que a aplicação dos critérios de exclusão aplicados aos prisioneiros italianos pela lei de

---

<sup>35</sup> KRAJEWSKI; SINGER, 2012, p. 13.

<sup>36</sup> KRAJEWSKI; SINGER, 2012, p. 10.

compensação contidos no art. 3º, parágrafo 3º, da Lei Federal de 2000, não violava o direito de equidade garantido pela Lei Fundamental Alemã. Também, para ela, não há que se falar em direito de compensação por trabalho forçado dos italianos em razão da ausência de previsão de reparação às vítimas dessas práticas pelas leis do direito internacional.

Em 17 de fevereiro de 2011, o Tribunal Supremo de Cassação da Itália (*Corte Suprema di Cassazione*), rejeitou em última instância ação da Alemanha pedindo a anulação de todas as sentenças de tribunais italianos, especialmente o precedente *Ferrini v Federal Republic of Germany*, decisão n. 5044/2004,<sup>37</sup> que firmava a competência da jurisdição italiana para julgar ações contra aquele Estado, bem como garantia às vítimas o direito de reparação às lesões sofridas. Como fundamento, entendeu a Corte Italiana de Cassação que as ações em processo desde 1998 se tratavam de pedidos de compensação por crimes internacionais. Nessas circunstâncias, a imunidade de jurisdição não é aplicada, pois ela não seria absoluta e, portanto, não poderia ser invocada por Estado em face de atos que constituem crimes ou violações patentes ao *jus cogens*.

Para executar as suas decisões, a jurisdição italiana deferiu medidas de restrição contra propriedade do Estado Alemão, a Villa Vigoni, situada em território italiano. Analogamente, a jurisdição italiana declarou procedente a executória de decisões dos tribunais civis gregos em desfavor da Alemanha, com base em atos semelhantes aos que deram origem às queixas apresentadas perante os tribunais italianos (Massacre da Vila Grega de Distomo).

Importante destacar que o pedido grego só foi encaminhado à jurisdição italiana porque o Ministro da Justiça daquele país se recusou a executar a decisão da Corte Constitucional Grega com base no princípio da imunidade do Estado Alemão.

---

<sup>37</sup> Assunto(s): Direitos Humanos – Imunidades – Direito Penal Internacional – Soberania – Competência dos Estados, órgãos dos Estados – Fontes, fundações e princípios do direito internacional. Palavra (s): Conflito armado – Conflito armado internacional – Imunidade à jurisdição – Reivindicações internacionais – Crimes internacionais – Direito Internacional Humanitário, pessoas e bens protegidos – normas imperativas/*jus cogens* – Remédios, violação do direito internacional – Reparação – Responsabilidade dos Estados – Questão central(s) se os direitos fundamentais individuais prevalecem sobre o princípio da imunidade estatal. *Ferrini v. Federal Republic of Germany*, 2004. Tradução nossa do original em inglês: Subject(s): Human rights – Immunities – International criminal law – Statehood, jurisdiction of states, organs of states – Sources, foundations and principles of international law Keyword(s): Armed conflict – Armed conflict, international – Immunity from jurisdiction – International claims – International crimes – International humanitarian law, protected persons and property – Peremptory norms / *Jus cogens* – Remedies – Remedies, private-for violation of international law – Reparation – Responsibility of states Core Issue(s) Whether individual fundamental rights prevail over the principle of state immunity.

Na Itália, apesar de o Poder Executivo italiano não ter se manifestado quanto ao caso *Ferrini*, ele empreendeu esforços para que em outros dois casos semelhantes, *Mantelli* e *Maietta*, as questões contenciosas sobre imunidade fossem evitadas.<sup>38</sup> A Alemanha utilizou essa posição dúbia das autoridades dos dois países como argumento para demonstrar que o seu direito à imunidade de jurisdição havia sido violado.

Em razão dessas decisões italianas, na data de 23 de dezembro de 2008, a República Alemã apresentou petição inicial contra a República Italiana na CIJ, alegando violações de obrigações de direito internacional pela Itália através da sua prática judicial, que falhou em respeitar direito costumeiro internacional, qual seja, a imunidade jurisdicional que o Estado Alemão goza sob a proteção do direito internacional. Em 2011, a Grécia foi autorizada a intervir no caso como terceiro, na medida em que a decisão do litígio na CIJ influenciaria nas decisões dos tribunais gregos, cujos pedidos de execução foram aceitos pela Itália.

A decisão da CIJ, preponderantemente, levou em consideração que o artigo 31 da Convenção Europeia sobre Imunidade de Estado tem como "cláusula de salvaguarda", a imunidade para os atos das forças armadas. Por maioria, decidiu a Corte que atos de forças armadas estrangeiras, independentemente de se os fatos se deram no território do país onde ocorreu o litígio, são ações do tipo *jure imperii* (ato de governo), aceitas pelo direito costumeiro internacional por serem manifestações autênticas do Estado no pleno exercício de seu poder soberano.

Segundo este entendimento, ações das forças armadas não são regulamentadas pela Convenção citada. Portanto, qualquer decisão sobre essas situações precisa considerar o que é disposto pelo direito costumeiro internacional. Na opinião majoritária da CIJ, a inclusão do "princípio da responsabilidade civil territorial", previsto no artigo 11 da Convenção, não se aplicaria ao caso em questão e não poderia ser utilizado como argumento contra um Estado, negando-lhe direito à imunidade por atos ilícitos cometidos por suas forças armadas, em razão da regra prevista no artigo 31 mencionado.

Em face do exposto, a Corte concluiu que o direito costumeiro internacional continua a exigir que seja concedida imunidade em processos judiciais a um Estado quando este for parte ré em razão de atos ilícitos supostamente cometidos no território

---

<sup>38</sup> WUERTH, 2013, p. 5.

de outro Estado por suas forças armadas, mesmo que estes sejam praticados no curso de um conflito armado e sejam considerados crimes de guerra.

A sentença decidiu, em sua conclusão, que 1) a República Italiana violou sua obrigação de respeitar a imunidade de jurisdição de que goza a República Federal da Alemanha no direito internacional, ao permitir que ações cíveis fossem contra ela julgadas com base em ofensas ao direito humanitário internacional cometidas pelo Reich Alemão entre 1943 e 1945; 2) a República Italiana violou sua obrigação de respeitar a imunidade que a República Federal da Alemanha goza do direito internacional, tomando medidas de restrição contra a Villa Vigoni; 3) a República Italiana violou sua obrigação de respeitar a imunidade que a República Federal da Alemanha goza do direito internacional ao permitir a execução de decisões dos tribunais gregos pela jurisdição italiana com base no reconhecimento da prática de crimes contra o direito internacional dos direitos humanos cometidos pelo Estado Alemão em território grego; 4) a República Italiana deve garantir que as decisões dos seus tribunais que violaram a imunidade que a República Federal da Alemanha goza do direito internacional deixassem de ter efeito; 5) rejeita todas as outras submissões feitas pela República Federal da Alemanha.

A partir desse caso paradigmático, cuja complexidade permite reconhecer as oportunidades e as fragilidades referentes aos impactos da nova organização política e social que se instaura no presente mundo globalizado, passamos a discutir as questões de destaque na decisão. Antes, porém, algumas questões chave para a compreensão do fenômeno jurídico que, a cada dia, converge rumo a uma condição de maior interação, serão postas para o melhor entendimento sobre o funcionamento das relações entre os ordenamentos jurídicos nacionais e internacionais.

### **3. Os desafios da ordem jurídica internacional**

A tese majoritária sustentada na decisão da Corte e as diferentes opiniões expostas pelos juízes responsáveis pelo julgamento do caso acima relatado serão analisadas nos próximos capítulos sob o enfoque das principais correntes da filosofia do direito internacional. Isso porque, antes de entrarmos na avaliação do caso em si, é importante refletir sobre os fatos e as teorias que marcam o fenômeno jurídico no século XXI, cuja agenda, no limiar da segunda década, aponta grandes desafios para

os Estados e a comunidade internacional.<sup>39</sup> Das várias situações que uma comunidade mundial hipercomplexa vivencia, observa-se, com especial atenção, o apreço político dos povos ocidentais pela questão dos direitos humanos<sup>40</sup> e pelos diversos níveis de sua proteção.<sup>41</sup>

Contudo, como se observa no caso *Jurisdictional Immunities of the State*, esse caminho é marcado por muitos percalços práticos. Isso se dá porque nem sempre os responsáveis pela tomada das decisões agem com base nos princípios políticos, éticos e jurídicos que preveem a proteção e realização dos direitos humanos. Assim, por trás das instituições internacionais estruturadas com esse propósito, o que muito se observa é a prevalência de uma conduta orientada à manutenção e proteção das ações que representam os interesses dos Estados e de sua soberania. Tal postura prejudica o esforço da comunidade internacional em prol da proteção de pessoas e da busca pela convivência realmente harmoniosa entre os povos.

A decisão ora analisada se apresenta como um desses exemplos que pouco contribuem para a efetivação dos direitos humanos como normas de realização plena. Ela, por isso, expressa uma visão que precisa ser superada.<sup>42</sup> A decisão da CIJ no caso *Jurisdictional Immunities of the State* traz um exemplo de concorrência de princípios em que faz prevalecer incondicionalmente a primazia da imunidade de Estado, ao negar reparação às vítimas de crime praticado contra o direito internacional dos direitos humanos.

Sob duras críticas, a decisão se tornou um marco para o direito de imunidade de jurisdição do Estado. A mencionada importância se dá em razão do estabelecimento de regra segundo a qual grave violação ao *jus cogens* não se configura exceção ao princípio de imunidade de jurisdição de Estado estrangeiro presente no direito costumeiro internacional.<sup>43</sup>

Em um paradigmático caso para o direito internacional, esta decisão renega aqueles que deveriam ser os bens jurídicos prioritários nos ordenamentos jurídicos: a vida e o princípio da dignidade humana. Conseqüentemente, essa posição também afetou o entendimento do *jus cogens* e o reconhecimento do princípio do acesso à

---

<sup>39</sup> DEL'OLMO, 2006, p. 241.

<sup>40</sup> LIPOVESTSKY, 2004, p. 118.

<sup>41</sup> NEVES, 2009, p. XXII.

<sup>42</sup> KRAJEWSKI; SINGER, 2012, p. 3.

<sup>43</sup> WUERTH, 2013, p. 1.

justiça, da responsabilização do Estado e da reparação às vítimas de crime praticado contra o direito internacional dos direitos humanos.<sup>44</sup>

Em decorrência desse e de outros exemplos, muitas são as desconfianças, apesar das expectativas, em torno do direito internacional e da sua capacidade de efetivar um sistema de direitos hábil a proteger indivíduos. Isso porque, se já não bastassem as evidentes limitações dos sistemas nacionais para a realização e promoção dos direitos fundamentais,<sup>45</sup> estas questões, quando levadas a um nível superior aos limites territoriais, seja os de uma ordem internacional, transnacional ou supranacional, enfrentam muito mais obstáculos à proteção dos direitos dos indivíduos.<sup>46</sup>

Esse fenômeno ocorre em razão de não haver um mecanismo efetivo de controle externo dos Estados. As organizações formatadas para exercer alguma competência neste sentido são por demais conservadoras e dependentes das posições dos Poderes Executivos para intervir no *status quo* existente na ordem internacional.<sup>47</sup> É necessário reconhecer que, ao longo de anos, com o grande avanço do comércio internacional, do intercâmbio entre as pessoas de todo o planeta, da comunicação global pelas mídias, televisivas, impressas e virtuais, como a rede mundial de computadores, houve o estabelecimento de estruturas e de uma opinião pública que se questiona sobre a (des)regulamentação das atividades internacionais.<sup>48</sup>

As formas de atuação dos sujeitos internacionais, identificadas como difusas por estarem desconcentradas em diferentes níveis das comunidades que compõem a esfera internacional, começam a ser difundidas e conhecidas pelas sociedades que compõem a comunidade internacional. Devido ao Estado de entrelaçamento de ordens em diversos níveis, os atos dos citados atores são associados ao fenômeno da fragmentação, globalização e desconcentração das instâncias políticas de governança na esfera internacional,<sup>49</sup> marcada pela forte expansão das questões afetas ao mercado, à segurança e às práticas dos direitos humanos.

---

<sup>44</sup> KRAJEWSKI; SINGER, 2012, p. 10.

<sup>45</sup> HABERMAS, 2012, p. 32.

<sup>46</sup> BELLAMY, 2003, p. 179.

<sup>47</sup> WUERTH, 2013, p. 17.

<sup>48</sup> BELLAMY, 2003, p. 178.

<sup>49</sup> BESSON, 2010, p. 164; DUNOFF; TRACHTMAN, 2009, p. 33.

O direito internacional, em razão da expansão das citadas práticas sociais, passa a ter maior repercussão no discurso das autoridades jurídicas, em razão da pressão que os indivíduos fazem junto aos órgãos jurisdicionais, buscando ampliar ou reforçar as medidas protetivas dos direitos das pessoas. Em decorrência do processo de identificação de casos comuns a todos os povos, é perceptível que ocorreu a abertura das jurisdições nacionais ao debate sobre o chamado direitos das nações, também denominado, direito global, universal ou *jus gentium*.<sup>50</sup> A noção de *jus gentium* aqui reconhecida é aquela que o vê como um conjunto de princípios interpretativamente discernidos por uma sensibilidade jurídica e moral que trabalha pontos comuns existentes entre o direito positivo de vários países.<sup>51</sup>

Esse processo parte da noção de que o direito positivo dos Estados Nacionais é também resultado de intercâmbios histórico e jurídico promovidos pelos órgãos estatais, sejam eles do executivo, judiciário e do legislativo, em busca de propostas de que possam solucionar problemas comuns. Ao interpretarem o direito de forma comparada, esses órgãos, em especial as cortes constitucionais, reconhecem o compartilhamento de núcleos jurídicos existentes nas sociedades contemporâneas e assumem relevante papel na harmonização dos padrões comportamentais semelhantes.

Desse modo, ganha destaque o movimento para se instituir um foro de debate constitucional sobre casos comuns, especialmente os afetos às questões dos direitos fundamentais e de proteção dos direitos humanos. Essa força, que se dá de baixo para cima (*bottom-up*), se propõe a conferir tratamento igualitário aos indivíduos, aumentando o grau de previsibilidade e certeza dos ordenamentos jurídicos.

Não obstante o evidente intercâmbio entre as jurisdições nacionais e internacionais e, até mesmo, entre jurisdições constitucionais nacionais acerca do tema sobre direitos humanos, como visto no caso em análise neste trabalho, nem sempre essa inclinação prepondera sobre as questões afetas aos interesses das soberanias estatais preocupadas com a manutenção do seu *status quo*.<sup>52</sup>

Sem deixar de reconhecer a importância da crítica realista à concorrência de visões de mundo, acredita-se que são os fatos históricos transterritorializados que envolvem a proteção dos direitos humanos e direitos fundamentais, possibilitando a

---

<sup>50</sup> WALDRON, 2012, p. 28.

<sup>51</sup> WALDRON, 2012, p. 35.

<sup>52</sup> WUERTH, 2013, p. 18.

proliferação de ordens jurídicas constitucionais concorrentes e a efetiva comunicação entre elas.<sup>53</sup> Esta observação permite verificar o discurso de uma comunidade internacional organizada em prol da solução de conflitos com base na primazia da norma mais favorável à proteção ao indivíduo, tendo em vista o valor especial atribuído aos direitos humanos.<sup>54</sup>

A intensidade do debate sobre direitos humanos como de interesse global conduz à identificação de uma típica comunidade política. Mesmo sendo a sociedade internacional pluralista e dotada de diversas ideologias concorrentes, cada vez mais os órgãos jurisdicionais nacionais ou internacionais são procurados para garantir o respeito e a realização dos direitos humanos no caso concreto.<sup>55</sup> Em uma leitura liberal, o direito internacional dos direitos humanos não remonta suas origens a um povo em particular, mas sim a uma série de eventos relacionados e, às vezes, simultâneos, ocorridos em regiões e culturas diversas. Esses acontecimentos, muitos de natureza constitucional, gozam de reconhecida importância e influência nos desdobramentos sociais.

Logo, o ponto central da discussão em tela é a compreensão e análise dos mecanismos da governança global por meio de um sistema político-jurídico que permite a realização de decisões que afetem o equilíbrio da convivência mundial. Antes de partir para a reflexão sobre o caso, foi preciso reconhecer que a ordem jurídica internacional possui características diversas daquelas a que se está acostumado nos Estados soberanos.

A primeira dessas diferenças é a inexistência de instâncias permanentes, compulsórias, que procedimentalizam a tomada de decisões e conseguem garantir a efetividade de suas deliberações. A segunda é a dimensão de massas que os casos que envolvem os Estados apresentam. Como situação interveniente se tem o peso das decisões nacionais voltadas à maior proteção dos indivíduos, cuja autonomia se tornou o centro da governabilidade nos países. Qualquer decisão sobre os Estados deve levar em conta essas perspectivas, não se esquecendo de que ela alcança um largo conjunto de pessoas e, por isso, pode ser capaz de gerar um desequilíbrio na frágil estrutura social que dá coesão a um país.

---

<sup>53</sup> NEVES, 2009, p. 128.

<sup>54</sup> PORTELA, 2011, p. 60.

<sup>55</sup> FERNANDES, 2011, p. 194; WUERTH, 2013, p. 17.

Apesar de os fatos históricos serem mais complexos do que a forma como os concebem as teorias, sem estas, porém, a expressão sobre o fenômeno jurídico restaria ignorada. A falta da crítica teórica à realidade pode resultar em grande prejuízo ou atraso na identificação dos atuais desafios a serem enfrentados e das formas de superá-los.

Nesse contexto, procuraremos compreender como se dá a organização política da comunidade internacional nesses tempos de grandes expectativas e alcançar o entendimento de como a manifestação dos Estados, organizações e indivíduos cria estruturas decisórias legítimas aptas a limitar a autoridade e os poderes dos governos nacionais, assim como as decisões das organizações internacionais.

O direito internacional e a relação entre os povos não são um fenômeno recente. Contudo, foi com a modernidade que ele recebeu contornos mais elaborados e ganhou luzes ambiciosas. Os principais pensadores sobre o Estado Moderno não deixaram de se deter, pelo menos em algum momento, sobre os eventos que resultariam das relações entre Estados. Mesmo não pacificada a questão sobre a coesão interna em torno da formação do Estado, e das repercussões do pacto social decorrente da procura por proteção contra a condição de permanente ameaça típica do estado de natureza, esses pensadores não se olvidaram de abordar como as relações entre Estados resolveriam a perpétua condição de guerra entre esses entes Leviatãs.

Maquiavel, Hobbes, e aqueles que lhes sucederam na doutrina chamada de realismo, são os fundadores do pensamento que defende a superioridade da vontade do Estado.<sup>56</sup> Para essa corrente filosófica, a submissão dos indivíduos aos interesses da vontade soberana é a forma mais segura de redução dos riscos constantes do estado de natureza. O foco principal aqui é a segurança das posições defendidas pelo Estado.

No âmbito internacional, é preponderante a força dos Estados sobre os seus cidadãos e sobre os cidadãos dos outros Estados. Não há, portanto, espaço para uma soberania universal (governo) que possa controlar as autonomias estatais de forma plena e substantiva.<sup>57</sup> É por esse motivo que predomina a percepção de que a ordem social dos Estados é “anárquica”,<sup>58</sup> caracterizada pela ausência de

---

<sup>56</sup> NAGEL, 2005, p. 144.

<sup>57</sup> KORAB-KARPOWICZ, 2013.

<sup>58</sup> BULL, 2002, p. 48.

verticalização e hierarquização das funções, estruturas típicas dos Estados. Não é sem motivo que se confunde a anarquia com a fragmentação da governança e do sistema jurídico internacional.

No entanto, nem todos os pensadores contemporâneos a essa época traziam consigo o gene pessimista com relação aos sentimentos que dominam as ações das pessoas (egoísmo e medo) e aos desdobramentos da evolução do sistema internacional. Kant, por exemplo, via a formação dos Estados como uma etapa da realização de um direito à garantia de paz e segurança entre os povos.<sup>59</sup> Para ele, o desenvolvimento de uma ordem que alcançasse a todos os Estados e nações era como uma consequência lógica a ser alcançada. Racionalmente a paz duradoura adviria dos avanços das sociedades. Por meio da sua obra *A Paz Perpétua*, Kant foi um dos primeiros a descrever o funcionamento de uma ordem republicana de Estados livres e iguais, regida por uma liga de povos universalmente representadas e incapazes de guerrear entre si por estarem no mesmo patamar de reconhecimento e igual respeito.

O importante filósofo alemão foi um dos pioneiros a identificar uma governança cosmopolita apta ao enfrentamento de questões extremamente importantes.<sup>60</sup> Sua tese parte do questionamento sobre como organizar nações em uma federação capaz de preservar as identidades e autonomias soberanas, mas que pudesse exercer autoridade e permitir um convívio harmônico no qual as divergências fossem discutidas e balizadas pela forma da lei.<sup>61</sup>

No seu projeto filosófico, ele lança suas premissas sobre textos que denomina de artigos preliminares para a paz perpétua, cujo conteúdo contém suas suspeitas contra o uso militar da força, a aliança política e o dinheiro.<sup>62</sup> Com isso, alertava Kant para os grandes problemas que envolvem as relações entre os Estados e, conseqüentemente, as regras de convivência entre esses e os indivíduos.

O primeiro deles é aquele que foca no uso da força pelos Estados, cujas principais contribuições foram desenvolvidas nos trabalhos sobre a realização das guerras, a proteção aos direitos humanos e a reflexão sobre o direito humanitário; já

---

<sup>59</sup> Segundo o professor do Departamento de Filosofia da USP, Prof. Dr. Marco Zingano, a obra intitulada *À paz perpétua* foi publicada pela primeira vez em 1795 na Alemanha, e teve várias reedições em razão da forte mudança ocasionada pela Revolução francesa, que, a partir de 1789, apresentava ao mundo uma perspectiva política inovadora e altamente contagiante. KANT, 1989, p. 12.

<sup>60</sup> JACKSON; SORENSEN, 2013, p. 47.

<sup>61</sup> KANT, 2008, p. 12.

<sup>62</sup> KANT, 2008, p. 17.

o segundo, é o que se concentra no papel das interações comerciais e diplomáticas presentes nas relações entre os países. Essas duas dimensões da prática internacional, em regra, são tratadas como dois aspectos autônomos nas obras de filosofia do direito.<sup>63</sup> Porém, o poder político e o econômico são fenômenos interdependentes, cujas expressões podem comprometer a coordenação e a cooperação entre povos. Quando se constata um desequilíbrio das suas manifestações, verificamos que são afetadas a segurança das relações internacionais e a confiança no direito.

As atuais doutrinas sobre o direito internacional reconhecem a importância do uso da força, da expressão política e dos interesses econômicos nas decisões internacionais. No entanto, em razão desse reconhecimento, as correntes limitam as suas concepções se concentrando em apenas um ou outro aspecto, ou seja, trabalhando de forma pouco integrada essas importantes questões nos livros e artigos sobre o direito e as relações internacionais.

A ausência de uma autoridade centralizada e a concorrência de ordens jurídicas independentes e autônomas afetam as teses políticas vocacionadas ao estudo e à interpretação do direito internacional. Nessas há um incômodo quase consenso de que a comunidade internacional sofre com um vazio de autoridade legítima. Esse vazio permite que impere na esfera política, econômica, cultural e jurídica o reconhecimento de um anarquismo sem igual no âmbito das relações entre os Estados.<sup>64</sup> No entanto, como em política não há vácuo de poder, essa lacuna tem sido ocupada por instâncias decisórias, como fóruns de governos<sup>65</sup> e organizações internacionais, tais como a Organização das Nações Unidas e a própria Corte Internacional de Justiça, que trabalham sob uma ótica própria.

---

<sup>63</sup> SIMMONS, 2008, p. 204.

<sup>64</sup> O uso da palavra "anarquia", como é comumente utilizado na literatura de relações internacionais, refere-se à ausência de regra, falta de governo. A anarquia não significa caos, ausência de ordem; é simplesmente a ausência de "hierarquia" na ordem política, que, tradicionalmente, é baseada na subordinação formal e na autoridade. A disciplina de relações internacionais é vista como parte da ciência política que estuda a "sociedade anárquica" dos Estados. DONNELLY, 2004, p. 10.

<sup>65</sup> Alguns, como Anne-Marie Slaughter, defendem que se está diante do processo de formação um sistema de governança mínimo, parcialmente desenvolvido nas atividades legislativa e de adjudicação. As redes de governança estabelecidas usam recursos mais rígidos (*hard power*) e mais brandos (*soft power*), bem como recorrem ao poder coercitivo das autoridades governamentais nacionais e operam pela informação, socialização, persuasão, deliberação e debate. Essas redes de governança têm mais poder que muitos países e organizações internacionais, porém a forma como agem é independente de normas, reduzindo a capacidade coordenativa. SLAUGHTER, 2004, p. 214.

Essa condição normativa bastante limitada possibilita que muitos sujeitos do direito internacional deixem de cumprir as normas existentes, desafiando com frequência os escassos compromissos alcançados. É por isso que as estruturas políticas globais, mesmo com o aumento da interdependência das práticas sociais, ainda não se afirmaram de forma permanente.<sup>66</sup> O grande desafio hoje tem sido sair da dependência do voluntarismo dos Estados, instituir diretrizes políticas para a comunidade internacional e conceber instituições de controle dotadas de mecanismos de justificação das decisões hábeis ao exercício da restrição dos diversos tipos de poder. Sem essas estruturas, o poder é algo perigoso e nem sempre útil.<sup>67</sup>

Contextualizadas as intenções desse trabalho e demonstrada a complexidade do caso, passamos, a partir de agora, a fazer as análises da decisão e das manifestações dos juízes. Como registraremos, o atual momento histórico é bastante especial para a humanidade e necessita de muita dedicação. Ele evidencia sérios desafios para a ordem pública internacional que, não obstante não terem se iniciado atualmente, tomaram novos contornos no início do século XXI em razão dos desdobramentos da globalização experimentada na contemporaneidade. Fazem parte desse contexto a falta de coordenação, a debilidade das instituições e a ausência de um mecanismo de governança estabilizado, elementos que demonstram estar o modelo da sociedade anárquica se esgotando.

O enfrentamento dos desafios da ordem jurídica internacional carece tanto de uma mudança de postura acerca das relações de poder, quanto de uma autoridade legítima no âmbito internacional, que seja capaz de fazer prevalecer a proteção dos indivíduos. Pensar desta forma nos leva a entender que é necessário fazer uma releitura da soberania e das competências das organizações internacionais, inclusive da CIJ, de modo a conciliá-la com o controle das ações dos Estados no caso de graves de violações de direitos dos indivíduos.

A eficiência e a estabilidade desse sistema, características bastante apreciadas pelos regimes políticos mais desenvolvidos, só serão alcançadas quando houver uma alteração das estruturas internacionais, de modo a, efetivamente,

---

<sup>66</sup> Abandonado o sistema que E. H. Carr, logo na metade do século passado, identificou como sistema de “solidariedade internacional” das nações, que apenas reproduz os impulsos dominantes das nações mais fortes. CARR, 2001, p. 112.

<sup>67</sup> SLAUGHTER, 2004, p. 214.

assimilar o indivíduo, cada vez mais consciente de si mesmo e apto a exigir o cumprimento e respeito aos direitos humanos.

## CAPÍTULO II

### A realidade como limite ao direito internacional

*A justiça da comunidade então passa a exprimir graus desiguais de poder nela vigentes. As leis são feitas por e para os membros governantes e deixa pouco espaço para os direitos daqueles que se encontram em estado de sujeição. Freud<sup>68</sup>*

#### 1. A política como primeira razão

A decisão da CIJ no caso *Jurisdictional Immunities of the State*, partindo de uma visão formalista e pragmática, contraria a evidente tendência do direito de ampliar os mecanismos de proteção do indivíduo no âmbito internacional.<sup>69</sup> Desde o fim da Segunda Guerra Mundial, verifica-se o aumento do número de acordos, convenções e tratados entre os Estados cujos objetos visam à proteção dos bens jurídicos tutelados pelo conjunto de normas que formam os direitos humanos.<sup>70</sup> Quando a CIJ se posicionou a favor da manutenção da prevalência do princípio da imunidade de Estado, preterindo os princípios da reparação às graves violações de direitos humanos, do acesso à justiça e da responsabilidade do Estado que praticar crimes contra o direito humanitário internacional, ela se afastou das atuais práticas que buscam reforçar e ampliar as formas de proteção aos indivíduos.

O argumento majoritário construído pela Corte parte da compreensão de que a República Italiana violou a obrigação de respeitar a imunidade de jurisdição de que a República Alemã é detentora sob o domínio do direito costumeiro internacional. Para ela, segundo as normas de direito internacional, a jurisdição italiana agiu ilicitamente ao aceitar ações baseadas nas violações ao direito internacional humanitário cometidas pelo Estado Alemão, durante os anos da Segunda Grande Guerra, entre 1943 e 1945. Isso por entender que não havia no direito internacional prática ou opinião jurídica que assegurasse existir exceção ao princípio da imunidade de jurisdição por ofensa à norma de *jus cogens*.

---

<sup>68</sup> FREUD, 2005, p. 33.

<sup>69</sup> KRAJEWSKI; SINGER, 2012, p. 34.

<sup>70</sup> GOLDSMITH; POSNER, 2005, p. 107.

Essa questão concentra sem si o núcleo de todo o debate acerca do caso. Dentre os argumentos da corrente majoritária na Corte, observou-se que esta adotou em sua argumentação duas premissas epistemológicas para declarar a violação italiana ao direito internacional: uma parte de uma tese formalista e outra de uma tese política.

A primeira tese aponta para a ausência de norma do direito internacional costumeiro, tanto em esferas nacionais quanto internacionais, que assegurassem à decisão italiana a prerrogativa de julgar crimes contra o direito internacional no âmbito da sua jurisdição. Já a segunda volta-se para a análise histórica, política e econômica dos fatos envolvendo os dois Estados. Verifica-se no texto da decisão que a Corte se atém com dedicação especial a esta segunda tese. Ela demonstra elevada atenção às consequências e impactos da decisão na manutenção das relações entre os Estado quando analisa o caso julgado.

Por questão de organização das ideias aqui apresentadas, o ponto de partida deste trabalho será a reflexão quanto a esta segunda tese, a despeito do fato que de que as duas argumentações, a tese formalista e pragmatista, convergem para a mesma conclusão. Essa escolha não ignora ou desmerece o peso da tese formalista na orientação da Corte, posição que será trabalhada com maior intensidade no próximo capítulo, quando se for tratar das teses do positivismo jurídico. Contudo, começar o trabalho pela tese política contida na decisão do caso *Jurisdictional Immunities of the States* se justifica em razão dos desafios e oportunidades que a sua reflexão possibilita.

Os indicativos da tese política, apesar de manifestos em um pequeno trecho da decisão, apontado no intervalo entre os parágrafos 98 a 106, são aqui interessantes porque permitem identificar a influência do raciocínio praticado pela escola do realismo na decisão da CIJ. Claramente, a disposição das ideias apresentadas no citado precedente reconhece que a maior preocupação da decisão não é jurídica, mas sim, política.

Tradicionalmente, os adeptos do realismo não fazem clara distinção entre direito e política.<sup>71</sup> Aqui, a situação não é diferente. O chamamento ao realismo leva em consideração o respeito e a importância que esta corrente conquistou nos anos subsequentes ao início da Segunda-Guerra Mundial no campo da ciência política e

---

<sup>71</sup> HABERMAS, 2010, p. 270.

das relações internacionais. A deferência que ela alcançou durante mais de cinquenta anos teve início com as fortes críticas por ela produzidas às instituições de inspiração cosmopolita, identificadas como sendo de caráter liberal “utópico” ou “idealista”.<sup>72</sup> Durante o período entre Guerras, frustrou-se a crença de que valores e instituições universais poderiam conduzir a humanidade a uma condição de segurança pela “harmonia de interesses”.

A crítica realista se desenvolveu vigorosamente até o fim da Guerra-Fria, na década de 1990, quando o modelo bipolarizado foi superado por uma ordem dotada de muitos atores. Em uma ordem multipolar, seus pressupostos não mais conseguiam abarcar a complexidade da nova conjuntura.<sup>73</sup>

Partindo do ponto comum entre todas as suas vertentes,<sup>74</sup> de que há um elevado comprometimento dos Estados com a segurança nacional e as questões afetas à sua sobrevivência,<sup>75</sup> o realismo tende a tomar posições que visam à preservação do poder dos Estados soberanos e da estabilidade da ordem internacional. Por isso, mesmo as organizações internacionais, quando convocadas a desempenhar alguma responsabilidade envolvendo esses poderosos atores, como no caso ora estudado, mantêm respeito à prevalência da interpretação mais favorável à manutenção dos aspectos vinculados à preservação da soberania. No caso *Jurisdictional Immunities of the State*, esta é a observância do princípio da imunidade de Estado.

A história ensina que o princípio da imunidade de Estado decorre do reconhecimento de igualdade entre as soberanias nacionais como forma de preservação de sua autonomia sobre o seu território e população. A sociedade internacional, composta por Estados soberanos, tem como pressuposto que cada Estado deve ser imune à interferência de outros. Logo, a princípio, a nenhum Estado

é permitido impor líderes aos outros ou ditar a sua religião, as suas leis ou as suas políticas. O poder soberano de cada um destes

---

<sup>72</sup> SIMMONS, 2008, p. 188.

<sup>73</sup> KORAB-KARPOWICZ, 2013.

<sup>74</sup> DONNELLY, 2004, p. 6.

<sup>75</sup> As idéias e premissas realistas básicas são: (1) uma visão pessimista da natureza humana; (2) a convicção de que as relações internacionais são necessariamente conflituosas e que os conflitos internacionais são em última instância resolvidos pela guerra; (3) um grande respeito pelos valores da segurança nacional e da sobrevivência do Estado; (4) um ceticismo básico de que pode haver progresso na política internacional comparável àquela da vida política nacional. Essas idéias e suposições difundidas orientam o pensamento da maioria dos teóricos realistas das relações internacionais e líderes, tanto do passado e do presente. JACKSON; SORENSEN, 2013, p. 66.

Estados pode ser limitado apenas pelos atos voluntários de suas próprias instituições. Este regime é muitas vezes chamado de sistema de "Westphalia" da ordem internacional, cujo nome remete ao sistema que foi inicialmente estabelecido em uma série de tratados europeus do século XVII, agrupados sob esse nome. O sistema de Westphalia foi criado a partir dos interesses das monarquias hereditárias com a intenção de substituir pela concorrência econômica os sangrentos conflitos religiosos que marcaram o século anterior.<sup>76</sup>

O princípio da imunidade de jurisdição constitui uma das exceções à regra da jurisdição do Estado nacional, que faz com que o Estado abdique do direito de julgar fato ocorrido em seu território em observância e obediência a esta norma de direito internacional que atribui ao outro Estado certa deferência. O assunto é bastante interessante porque remete às atuais reflexões sobre as condições de funcionamento da soberania.

Sobre o princípio da imunidade de Estado, este é entendido como sendo norma do direito internacional costumeiro (*customary international law*), por ser prática comum entre os Estados (ações ou omissões realizadas) ou por eles ser reconhecida e seguida como uma obrigação legal, constituindo uma "*opinio iuris*".

A regra da imunidade de soberania estrangeira sustenta que os Estados são imunes à jurisdição dos tribunais nacionais de outros Estados. Um processo iniciado contra um Estado estrangeiro deve ser julgado pelo tribunal nacional sem o conhecimento do mérito. No final do século XIX, a imunidade do Estado estrangeiro foi amplamente aceita como uma norma do direito internacional de caráter vinculativo, com muito poucas exceções. Esta doutrina mais antiga é conhecida como "imunidade absoluta". Não obstante, desde o final do século XIX, juristas acadêmicos têm defendido uma nova posição, conhecida como da "imunidade restritiva." Esta nova doutrina distingue os atos soberanos, em relação aos quais o Estado tem imunidade, dos atos privados ou comerciais, em relação aos quais ele não a detém. Quando um Estado segue a imunidade restritiva, os Estados estrangeiros e empresas estatais podem ser demandados perante os tribunais locais para delitos mais comuns e quebras de contrato, mesmo que não tenham renunciado à imunidade.<sup>77</sup>

---

<sup>76</sup> DWORKIN, 2013, p. 16. Tradução nossa do original em inglês: (...) is permitted to impose rulers on any of the others, or to dictate its religion or laws or policies. The sovereign power of each of these states can be limited only by the voluntary acts of its own institutions. This regime is often called the "Westphalian" system of international order; the name assumes that the system was initially established in a series of seventeenth-century European treaties grouped under that name. The Westphalian system was created out of the interests of hereditary monarchies intent on substituting economic competition for the bloody religious conflicts that had marked the previous century.

<sup>77</sup> VERDIER; VOERTEN, 2013, p. 3. Tradução nossa do original em inglês: The rule of foreign sovereign immunity holds that states are immune from the jurisdiction of the domestic courts of other states. 19 A lawsuit commenced against a foreign state must be dismissed by the court without proceeding on the merits. At the end of the 19th century, foreign state immunity was widely accepted as a binding rule of

Logo, a função da imunidade de jurisdição é habilitar os Estados a exercerem suas funções públicas efetivamente e garantir que estas sejam conduzidas de maneira bem ordenada quando em território estrangeiro.<sup>78</sup> O princípio da imunidade de jurisdição aos Estados se dá em razão do reconhecimento dos atos decorrentes do exercício da soberania, denominados de *jure imperii*. Esses últimos fazem contraposição aos chamados atos de gestão denominados *jure gestione*,<sup>79</sup> que são decorrentes de inovação jurídica consolidada a partir da metade do século XX. Ele constitui a primeira, e até agora a única, exceção ao princípio da imunidade de jurisdição de Estado estrangeiro.<sup>80</sup>

Hoje, a soberania pode ser vista como um verdadeiro queijo suíço.<sup>81</sup> Apesar de representar um todo, ela tem a sua unidade interrompida por espaços conexos a uma extensa rede de ligações interdependentes. Esta estrutura forma o atual sistema de governança global. A situação de soberania compartilhada, em forma de rede, é fenômeno que deve ser considerado durante a tomada de decisão pelas autoridades internacionais.

Diferentemente dos ramos tradicionais que estudam o direito internacional, o realismo nas relações internacionais possui uma visão bem sofisticada dos elementos e dos problemas que compõem as relações políticas e o funcionamento da comunidade internacional.<sup>82</sup> A partir dele, pode-se encontrar a solução de clássicos problemas jurídicos enfrentados pelas escolas tradicionais do direito, como o positivismo jurídico, por exemplo, que vacila na hora de justificar como surge a autoridade do direito internacional, como se dá a sua aplicação e como se dá a coerção no interior do sistema jurídico.

---

international law with very minimal exceptions. This older doctrine is known as “absolute immunity.” However, since the late 19th century, scholars have advocated a doctrine known as “restrictive immunity.” The new doctrine distinguishes between sovereign acts, for which the state has immunity, and private or commercial acts, for which it does not. When a state follows restrictive immunity, foreign states and state-owned firms may be sued in local courts for most ordinary torts and breaches of contract, even if they have not waived immunity.

<sup>78</sup> AMNESTY INTERNATIONAL, 2011, p. 15.

<sup>79</sup> VERDIER; VOERTEN, 2013, p. 3.

<sup>80</sup> WHYTOCK, 2013, p. 2041.

<sup>81</sup> CIJ, 2012d, p. 203.

<sup>82</sup> GOLDSMITH; POSNER, 2005, p. 15.

O realismo nas relações internacionais tem postura voltada para a garantia das práticas políticas e não traz a normatividade como uma das suas preocupações. Como ensina Beth Simmons,

a hostilidade do realismo ao direito internacional é bem conhecida. O foco analítico aqui é sobre o poder e os interesses dos Estados. O direito internacional reflete o poder e os interesses dos estados que participam da sua criação, mas pouco faz (prescritivamente) para domar o uso do poder em nome de interesses (e nem deveria fazer). Os realistas não têm uma explicação totalmente elaborada para a proliferação de acordos legais, presumivelmente porque não há necessidade de teorizar o fenômeno que não compreendem estar relacionado às questões da política mundial. Os governos podem parecer cumprir esses acordos, mas apenas quando o direito não interfere em um interesse nacional, ou se ele é consistente com esse interesse. A obediência, na contramão do interesse, é interpretada como o resultado de coerção por parte dos Estados mais poderosos ou outro ator.<sup>83</sup>

Historicamente, as teorias realistas foram bastante influentes na configuração das atuais estruturas internacionais. Elas interferiram na formação do sistema de governança global destituído de uma autoridade centralizadora.<sup>84</sup> Mesmo tendo direta influência no processo de construção do atual modelo político internacional, as teorias realistas não deixaram de apresentar duras críticas às estruturas políticas em vigor. A qualquer sinal interpretado como ameaça à autonomia dos Estados, as teorias realistas se dedicam a desconstruir as teses que defendem qualquer forma de controle sobre a independência estatal.

No âmbito jurídico, o realismo (que se identifica substancialmente com o pragmatismo jurídico)<sup>85</sup> segue a mesma tendência cética observada na ciência

---

<sup>83</sup> SIMMONS, 2008, p. 191. Tradução nossa do original em inglês: Realism's hostility to international law – both positive and prescriptive – is well know. The analytic focus here is on state power and state interests. International law reflects the power and the interest of the states that take part in its generation, but it does little to tame the use of power in the name of interest (prescriptively: nor should it). Realists do not have a fully elaborated explanation for the proliferation of legal agreements, presumably because there is no need to theorize phenomena that have no central bearing on the fundamental questions of world politics. Governments may appear to comply with such agreements, but only when law does not engage a national interest, or if it is consistent with that interest. Compliance against the grain of interests is interpreted as the result of coercion on the art of more powerful states or other actors.

<sup>84</sup> KELSEN, 2003, p. 369.

<sup>85</sup> Enquanto concepção de direito, o pragmatismo não estipula quais, dentre essas diversas noções de uma boa comunidade, são bem fundadas ou atraentes. Estimula os juízes a decidir e a agir segundo seus próprios pontos de vista, ao pressupor que essa prática servirá melhor à comunidade. Os que a seguem devem ser vistos como se inventassem novas regras para o futuro de acordo com suas próprias convicções sobre o que é melhor para a sociedade como um todo, livres de quaisquer pretensos direitos que decorreriam da coerência com a jurisprudência, mas apresentando-as, por

política. Essa corrente é famosa no direito norte-americano pelo ativismo jurídico e a postura discricionária adotada pelos juízes diante do caso. Estas autoridades se reconhecem como atores políticos relevantes por se verem autorizados a decidir os casos concretos conforme o seu próprio juízo a respeito das consequências e das expectativas sociais referentes ao caso.

O maior problema dessa teoria, para os seus críticos, é que não há nela preocupação em ter coerência com as decisões anteriores, sejam elas legislativas ou judiciais. Tampouco se preocupam com a justiça que, se por ela não advogam, tampouco a rejeitam. Seus argumentos são os fatos e o seu método é eminentemente empírico. Os juízes, para os realistas, decidem conforme as consequências políticas. Assim, como descreve Jürgen Habermas,

do ponto de vista do realismo jurídico, não cabe mais estabelecer nenhuma distinção clara entre direito e política. (...) Mas os processos de decisão jurídicos podem ser descritos como similares aos processos políticos de poder, perde seu sentido o postulado de assegurar a segurança jurídica mediante decisões consistentes sobre a base de um sistema de normas suficientemente determinadas. (...) O direito aparece então como um instrumento de controle do comportamento que pode se valer de fins políticos racionais, ou seja, ser fundamentados em termos utilitaristas e em termos de economia de bem estar.<sup>86</sup>

Ainda de acordo com essa corrente, por meio de uma concordância tácita, o poder de julgar os processos é delegado aos juízes para que eles o façam segundo a orientação que melhor sirva aos interesses da comunidade, ou seja, como política.<sup>87</sup> Essa premissa confere aos julgadores uma autonomia típica de legislador para decidir e criar regras jurídicas de forma discricionária.

Esses conceitos aplicados à esfera jurídica nacional, ou doméstica, pouco alteram o entendimento dos realistas jurídicos sobre o papel do direito e dos seus

---

razões desconhecidas, com a falsa aparência de regras extraídas do passado. DWORKIN, 2007, p. 186-194.

<sup>86</sup> HABERMAS, 2010, p. 270. Tradução nossa do original em Espanhol: Desde el punto de vista del *Legal Realism*, (...) ya no cabe establecer ninguna distinción clara entre derecho y política. Pero si los procesos de decisión jurídica pueden describirse en términos similares a los procesos políticos de poder, pierde su sentido el postulado de asegurar la seguridad jurídica mediante dediciones consistentes sobre la base de un sistema de normas suficientemente determinadas. (...) El derecho aparece entonces como un instrumento de control del comportamiento que puede utilizarse para fines políticos racionales, es decir, fundamentados en términos utilitaristas o en términos de economía del bienestar.

<sup>87</sup> DWORKIN, 2007, p. 195.

profissionais na esfera internacional. Realistas, em geral, acreditam que Estados são motivados primeiramente por interesses políticos, e não por preceitos morais ou jurídicos.<sup>88</sup>

Há dois elementos apontados por essa corrente no âmbito interno, não observados com a mesma intensidade no âmbito internacional,<sup>89</sup> mas que são cruciais para a legitimidade do direito como tal. O primeiro deles é a lealdade dos indivíduos ao sistema político-jurídico. De acordo com essa corrente filosófica, o fenômeno jurídico é simbolizado pelo reconhecimento de que ocorre um sacrifício genuíno das liberdades dos cidadãos em prol do benefício causado pela ordem gerada pelo Estado. Já o segundo elemento, é a exigência de obediência ao comportamento ditado pela lei que, se não respeitada, será corrigida pela coerção centralizada executada pelo aparato estatal.

O realismo atribui este déficit normativo do direito internacional ao baixo grau de eficiência e de vinculação política dos Estados às negociações que eles realizam entre si. Segundo Jack L. Goldsmith e Eric A. Posner, dois dos mais conhecidos realistas jurídicos dedicados ao estudo do direito internacional,<sup>90</sup> a ação dos Estados no direito internacional não é guiada pelo senso de comprometimento orientado pelo consenso ou pela aceitação da ideia de bem-estar. Não. No âmbito internacional a ação dos Estados é balizada pelo pensamento prudencial, alcançado por meio de escolhas tidas como racionais,<sup>91</sup> segundo o auto-interesse das autoridades estatais.

O realismo jurídico no âmbito internacional tende a ser mais próximo do pensamento da ciência política do que do direito. Por esse motivo, diferentemente da maioria dos juristas internacionalistas, atestam os autores que, nesta seara, a abordagem metodológica praticada pelos cientistas políticos da área de relações internacionais é mais interessante por ser altamente comprometida com a análise positivista. Logo, os cientistas políticos possuem avaliações mais pertinentes sobre o fenômeno da organização global, porque se preocupam primeiramente em descrever, para depois prescrever, o comportamento no âmbito internacional.

---

<sup>88</sup> GOLDSMITH; POSNER, 2005, p. 170-172.

<sup>89</sup> GOLDSMITH; POSNER, 2005, p. 227.

<sup>90</sup> SIMMONS, 2008, p. 193.

<sup>91</sup> GOLDSMITH; POSNER, 2005, p. 203.

Isso faz com que as abordagens teóricas, metodológicas e empíricas sejam levadas a sério pelos cientistas políticos, que se movimentam melhor em contextos transdisciplinares, tais como os sociológicos, econômicos e históricos, do que os juristas. O direito internacional, assim, é melhor entendido por ser visto como processo abrangente de tomada de decisão autoritativa envolvendo os conceitos de autoridade e controle.<sup>92</sup> Em razão destas posturas, a escola do realismo jurídico considera a realidade como mais vantajosa do que a experiência jurídica, que se manifesta apenas como um de seus elementos. É o poder, como manifestação da realidade, que impõe limites ao direito, e não o contrário.

## **2. Sendo realista sobre a moral internacional**

É traço comum do realismo a sua preocupação inicial voltada para as questões do presente e do futuro, decidindo sempre com os pressupostos voltados para este último. As teorias realistas, inclusive, rechaçam as correntes filosóficas, políticas e jurídicas de apelo ético, simpaticamente denominadas de “utópicas” ou “idealistas”. Recusam as bases metodológicas dessas teorias, porque defendem ser equivocado justificar a tomada de decisão com o objetivo de promover o aperfeiçoamento social a partir de um modelo moral de funcionamento da sociedade, como querem aquelas.

O fundamento da crítica realista é que, ao trabalharem com uma visão “desassociada” da realidade, as teorias idealistas se orientam por um rumo inviável. Este, ao invés de solucionar as disfunções da realidade, gera outras que impactam negativamente na ordem e segurança das já instáveis instituições sociais. Outra crítica constante entre os realistas é que se esconde por trás do discurso carregado de valores universais, ou da retórica ética, o gene da superioridade dos valores de um grupo dominante e da subordinação do outro aos seus interesses.<sup>93</sup>

Por ter como método o estudo empírico e o emprego de valores decorrentes da experiência acumulada, o realismo, bem como o pragmatismo, está necessariamente preocupado com as consequências do direito nas demandas e nas relações de interesses, tanto no âmbito nacional quanto no internacional.<sup>94</sup>

---

<sup>92</sup> SHAW, 2008, p. 59.

<sup>93</sup> GOLDSMITH; POSNER, 2005, p. 27-34.

<sup>94</sup> THOMAS, 2005, p. 308.

Goldsmith e Eric Posner deixam claro que parte do afastamento de sua pesquisa das origens jurídicas do direito internacional se dá devido à predominância da tese “moralista” no direito internacional. Para Eric A. Posner, outra postura epistemológica rejeitada fortemente pelo realismo é o ramo do direito internacional comprometido com o movimento do “legalismo” nas relações internacionais.<sup>95</sup> Essencialmente, por esses dois aspectos, quando se trata do direito internacional, o realismo jurídico tende a se aproximar mais das teses da ciência política sobre as relações internacionais do que com as teorias jurídicas sobre o direito internacional.

Contudo, o realismo jurídico no direito internacional se distancia dos cientistas políticos quando leva em conta não só os tratados, mas também o direito costumeiro e os aspectos jurídicos da normatividade, questões pouco discutidas, e até negligenciadas, pelos primeiros. Ademais, os realistas jurídicos se dizem mais céticos sobre o papel do direito internacional na promoção da cooperação internacional.

Realistas como Goldsmith e Eric Posner sustentam que não há qualquer apelo moral nas relações internacionais. Os Estados são instituições destituídas de moralidade, pois sempre agem pelo critério da escolha racional, ou seja, seguindo seus interesses. A melhor explicação para quando e o porquê dos Estados cumprirem o direito internacional não é porque eles o internalizaram, possuem por hábito cumpri-lo ou são compelidos por sua normatividade, mas simplesmente por que eles assim o querem, agem pelo interesse próprio.<sup>96</sup>

Quanto ao papel da moral no direito internacional, os realistas a comparam à retórica jurídica. Ambas, alegam, não são identificadas como fatores determinantes na orientação do comportamento dos Estados e indivíduos. Elas são vistas apenas como elemento do código linguístico que garante a cooperação entre os países que participam das relações internacionais.

No caso *Jurisdictional Immunities of the State*, para os realistas, a Corte avaliou o dever da jurisdição da Itália de respeitar o direito costumeiro à imunidade de jurisdição da Alemanha. Com base no Tratado de Paz de 1947 e nos Acordos de 1961, entendeu a Corte que havia sido firmado compromisso entre os dois países que anulava qualquer pretensão de um cidadão italiano a pleitear reparação pelas

---

<sup>95</sup> POSNER, 2005, p. 38.

<sup>96</sup> GOLDSMITH; POSNER, 2005, p. 225.

violações sofridas durante a invasão alemã na Itália ao longo da Segunda Guerra Mundial. Os dois eventos são fatos jurídicos cuja existência não depende da avaliação de justiça. Superadas essas questões iniciais, o realista passa, então, para o terceiro ponto: a origem da vinculação destes tratados.

De acordo com o realismo, não é por um apelo moral que os Estados observam a norma de direito internacional. Tampouco é pelo valor do consenso ou pela busca do bem-estar. Para eles, a obediência à norma jurídica é decorrente apenas do pensamento instrumental voltado à escolha racional.

A tese baseada no senso comum que considera Estados, tais quais a Itália e Alemanha, por exemplo, como corporações dotadas de interesses e obrigações capazes de gerar compromissos (auto regulação) é rejeitada pelos realistas. Para essas teorias, é conveniente comparar Estados a corporações, pois, como as pessoas jurídicas, os Estados não possuem as obrigações morais que os indivíduos detêm.

Esta metáfora, porém, serve apenas para sinalizar obrigações das burocracias estatais e dos cidadãos a elas sujeitos. No entanto, é ela limitada para justificar a existência de alguma obrigação moral assumida pelos Estados através do consenso no âmbito das relações internacionais. O que faz a analogia ser rejeitada é o fato de que os Estados dependem menos da assistência uns dos outros, diferentemente do que ocorre nas relações entre sujeitos no interior dos Estados nacionais que dependem das obrigações associativas.

Esse modelo é também visto como limitado porque se recusa a assumir que não há compromissos éticos, ou com a verdade, de um Estado com as “massas” dos outros Estados. Logo, a analogia é falha porque não cabem comparações entre o público de uma corporação (que se expande para além dos funcionários e acionistas dessa instituição) e a população de um Estado cujo grupo interessado nas suas decisões se restringe à população que ele, Estado, representa.

Não há como ignorar as ocasiões nas quais os Estados possuem sob a sua responsabilidade pessoas que não lhes são cidadãos. Nessas ocasiões, as autoridades estatais enfrentam o dilema de definir qual é a política e a norma de comportamento a ser seguida diante desses grupos. Essas são difíceis situações. Nelas, não há como prever que, assim como em uma corporação de capital aberto, nos Estados articulados sob a forma de sociedades liberais democráticas, os seus

cidadãos assumam o papel fiscalizador de acionistas e venham a se comprometer de fato com a qualidade da governança e das decisões do Estado.

Há, ainda, uma diferença de expectativa quanto à postura de cidadãos e acionistas. Enquanto destes se espera uma posição mais ativa, pois há como eles cobrarem pelos erros da administração, já que escolheram fazer parte do empreendimento, com o cidadão o mesmo não ocorre, pois não se espera que o Estado venha algum dia ser a cobrado pelo benefício conferido a alguém como *status* de seu cidadão.<sup>97</sup>

Assim, a analogia que busca explicar os vínculos políticos dos indivíduos com o Estado e as normas de direito internacional consegue explicar como que se dá a relação entre a autonomia do Estado soberano em relação à obrigatoriedade do direito internacional. Para os realistas, essa tese contradiz a premissa fundamental do direito internacional segundo a qual os Estados – e não os indivíduos ou governos – devem suportar os compromissos assumidos na esfera internacional. Isso porque, caso o direito internacional vinculasse indivíduos, governos ou gerações, findos esses, as responsabilidades também deixariam de existir.

Logo, tratados perderiam sua validade e o direito costumeiro duraria apenas poucos anos. Dessa forma, todas as obrigações internacionais estariam vulneráveis às variações políticas dos cidadãos quando esses gerassem rupturas ou não se sentissem mais vinculados pelo consenso ou outra forma de procedimento político que conduzissem à tomada de decisão. Por essas razões, o direito internacional não pode ser construído sobre obrigações ou deveres morais de indivíduos e governos.

Outro fator que desafia a tese do consenso para os realistas é a aceitação de que a obrigatoriedade da norma do direito internacional decorre do respeito ao princípio do *pacta sunt servanda* das obrigações por tratados e à *opinio iuris* requerida pelo direito internacional costumeiro.<sup>98</sup> A tese do consentimento levanta, nesta oportunidade, um primeiro dilema ao direito internacional, qual seja: se ele se concentrar na relação entre Estados, não há que se falar em obrigação moral dos indivíduos ou grupos (tese política); se ele se vincular à vontade dos agentes, poderá exigir desses a sua lealdade (tese moral).

---

<sup>97</sup> GOLDSMITH; POSNER, 2005, p. 187

<sup>98</sup> GOLDSMITH; POSNER, 2005, p. 189.

A primeira crítica do realismo a essa tese é que muitas das decisões do direito internacional não são baseadas no consentimento. Novos Estados, por exemplo, não possuem opção outra senão aderir a todo o direito internacional que está posto quando ele surge.

Como segunda crítica, a teoria realista afirma que não se deve reconhecer o silêncio dos países menores como forma de manifestação legítima da vontade diante das decisões dos países mais fortes. O silêncio não pode ser entendido como concordância à moralidade ou ao direito no âmbito internacional, por ser notório que há uma assimetria de poderes em jogo na relação internacional.

A terceira crítica realista gira em torno do fato de que, mesmo não sendo os Estados obrigados a aceitar o direito internacional, tampouco podem eles rejeitá-lo porque não há o consentimento. A noção de consentimento, assim, não representa em plenitude a aquiescência contida no compromisso político moral. Já que não é o consentimento o fator que move os Estados a seguirem um compromisso, então, o que os faz agir conforme o direito internacional? Para os realistas, a vinculação ao direito internacional é decorrente das decisões racionais tomadas no passado, segundo os interesses em jogo.

A análise de consideração moral ou de bem-estar social não permite entender o porquê de os Estados falharem no seu compromisso com o direito internacional. Embora eles, Estados, assumam compromissos, para compreendê-los deve-se estar atento às palavras a que eles recorrem e a qual contexto elas se referem. Estados não são indivíduos, e o que é verdade para estes não o é necessariamente para os Estados.<sup>99</sup>

Para os realistas, não é a legitimidade democrática do Estado que o obriga a aceitar as normas de direito internacional. Diferentemente do que ocorre na analogia das corporações, indivíduos não são acionistas que aderem de vontade própria às organizações e influenciam nas decisões destas. Não. Cidadãos não são necessariamente parceiros do Estado, eles lhe são subordinados. Por isso, os indivíduos não possuem a faculdade, mas sim a obrigação, de aceitar as decisões tomadas por ele.<sup>100</sup>

---

<sup>99</sup> GOLDSMITH; POSNER, 2005, p. 190.

<sup>100</sup> GOLDSMITH; POSNER, 2005, p. 191.

Essa questão se faz evidente nos países que não são democracias liberais, locais onde as pessoas apenas acatam o comando do Estado e não há espaço para a discussão de conceitos como a autonomia da vontade, o consenso moral ou político. No âmbito das relações internacionais, logo, não há que associar a necessidade de legitimidade do direito internacional à aprovação democrática ou manifestação favorável pelos cidadãos. Por isso, empiricamente, os realistas afirmam que a obrigação do Estado de manter os seus compromissos não é moral, mas sim prudencial.<sup>101</sup>

Também, não há que se falar em fidelidade no direito internacional, pois a esfera internacional é destituída de autoridade centralizada dotada de poderosas instituições capazes de coordenar as ações dos indivíduos, ao lhes garantir perseguir seus projetos de vida. Esse é o segundo dilema do direito internacional, a falta de governo justo e legítimo que conquiste a lealdade dos sujeitos. Não há governo ou instituição no âmbito internacional que exerça uma autoridade com essas características sobre os sujeitos e os Estados no âmbito internacional. A interação ainda existente ocorre em decorrência do algum respeito ao direito costumeiro internacional desenvolvido gradualmente ao longo de anos.<sup>102</sup>

Não há como o direito aceitar a noção de que é ele o condutor social que leva a uma convivência melhor entre os sujeitos das relações internacionais. Isso ocorre porque muitos dos Estados são autoritários e há outros que, mesmo não o sendo, não intencionam fazer boas leis ou políticas para promover preservar a dignidade dos indivíduos. Está ausente no âmbito internacional a presunção de que obedecer a norma é melhor para todos. Em um mundo povoado por Estados ruins, o direito internacional não será emancipador.

Toda essa reflexão foi necessária para afirmar que mesmo nas relações envolvendo democracias, como Itália e Alemanha, por exemplo, a forma como se compromete cada país com o bem-estar dos seus cidadãos é diferente da forma como ele se comporta com os cidadãos do outro.<sup>103</sup> Não há que se esperar dos sujeitos das relações internacionais o igual respeito a todos os indivíduos. Essa linha de pensamento conduz ao entendimento de que tratados e normas de direito costumeiro

---

<sup>101</sup> GOLDSMITH; POSNER, 2005, p. 193.

<sup>102</sup> GOLDSMITH; POSNER, 2005, p. 193.

<sup>103</sup> GOLDSMITH; POSNER, 2005, p. 194.

internacional sempre irão representar os interesses dos Estados envolvidos tergiversando a respeito da proteção das pessoas.

A cooperação promovida pelas normas de direito internacional é possível diante da necessidade de interação entre os países. Mas essas, no entanto, não contribuem necessariamente para a construção de um mundo melhor. Assim, não obstante o reconhecimento dos Estados sobre a importância dos tratados e convenções de direitos humanos, constatam os realistas que

a questão de fundo permanece, no entanto, como a ausência de evidências de que a ratificação dos tratados sobre direitos humanos afeta as práticas dos direitos humanos. Por outro lado, estudos empíricos encontram relações estatísticas entre a democracia, a paz e o desenvolvimento econômico, de um lado, e proteção dos direitos humanos, de outro.<sup>104</sup>

Há uma tensão no mundo entre o dever dos Estados de promover o bem de todos os indivíduos, independentemente do local de nascimento do sujeito, e a obrigação de cumprir o direito internacional dos Estados.<sup>105</sup> Segundo os realistas, não há nada que leve ao entendimento de que os Estados estão necessariamente comprometidos com tratados de direitos humanos e o direito internacional costumeiro que abraça o *jus cogens*. Tampouco, nada garante que, respeitadas essas normas, esse comprometimento será capaz de fazer com que o mundo seja um lugar melhor.

Não há que se falar em legitimidade do direito em razão do aperfeiçoamento das relações humanas, porque o que prende os Estados ao comprometimento com as normas de direitos humanos para os realistas é a lógica prudencial.<sup>106</sup> De acordo com essa, as normas do direito internacional são observadas não por dever, mas por conveniência.

A moralidade e imoralidade do direito internacional se restringem ao seu conteúdo, não sendo a primeira um requisito de sua validade. A norma de direito internacional não impõe nenhuma obrigação moral, o que pode ser observado no fenômeno da mudança desse direito que, para os realistas, ocorre de acordo com a

---

<sup>104</sup> GOLDSMITH; POSNER, 2005, p. 121. Tradução nossa do original em inglês: The bottom line remains, however, that there is no evidence that ratification of human rights treaties affects human rights practices. By contrast, empirical studies do find statistical relationships between democracy, peace, and economic development, on the one hand, and protection of human rights, on the other.

<sup>105</sup> GOLDSMITH; POSNER, 2005, p. 197.

<sup>106</sup> GOLDSMITH; POSNER, 2005, p. 203.

vontade dos Estados. Assim, segundo essa corrente, cada ação do direito internacional indica a mudança, que deve ser interpretada por duas formas: 1) como uma maneira de levar vantagem sobre o outro polo da relação; e 2) como uma ação que se propõe a revisar o direito internacional existente.<sup>107</sup>

Cada uma dessas perspectivas ocorre depois do fato. Nelas, há intrínseco o que se chama de ilegalidade que conduz a uma nova ordem. Este fenômeno não é exclusividade do direito internacional, já que se pode extrair exemplos dessas mudanças dentro das ordens constitucionais nos Estados.<sup>108</sup>

A diferença entre a mudança na ordem constitucional e na internacional é que no direito internacional ela se dá de forma descentralizada.<sup>109</sup> Muitos Estados propõem novas convenções multilaterais e organismos internacionais como meio de pressionar pela mudança do direito internacional. Ao instituírem esse novo mecanismo afetando a eficácia das convenções, tratados e organizações anteriores, os Estados incorrem em violação do direito internacional.

Sob essa ótica, é tolerável o desrespeito às normas de direito internacional porque ele faz parte do processo de mudança. Por isso, a violação do direito internacional pelos Estados não deve ser censurada. A questão que se propõe analisar esta mudança, segundo uma perspectiva moral orientada rumo à melhor direção, deve ser desconsiderada.

Como uma resposta a qualquer problema do direito internacional apresenta conteúdo moral, a tese do conteúdo moral cai por não haver neste nenhuma construção que aponte qual desses conteúdos é o que deve prevalecer. Isso porque não há no direito internacional um *pedigree* democrático ou uma autoridade epistémica<sup>110</sup> hábil a exigir o cumprimento da obrigação em respeito ao dever de lealdade à norma do ordenamento jurídico internacional. Seguindo a tese de que é estrito o comprometimento moral dos indivíduos com o direito nacional, não há razão para acreditar que necessariamente há uma vinculação forte dos Estados com o direito internacional, já que esses se voltam para si e agem apenas a favor dos seus cidadãos ou dos seus interesses.

---

<sup>107</sup> GOLDSMITH; POSNER, 2005, p. 198.

<sup>108</sup> GOLDSMITH; POSNER, 2005, p. 198.

<sup>109</sup> GOLDSMITH; POSNER, 2005, p. 199.

<sup>110</sup> GOLDSMITH; POSNER, 2005, p. 199.

O direito internacional reflete a prática adotada pelos Estados no passado recente e não necessariamente representa o compromisso moral, os interesses ou as necessidades dos indivíduos. Por isso, há poucas razões para acreditar que os arranjos na esfera internacional sejam voltados para a melhoria do sistema político mundial ou a ampliação da proteção das pessoas. Essa constatação leva à discussão de três posições sobre o direito: ou o direito internacional é entendido como política, ou como moralidade ou como regras que criam instituições.<sup>111</sup>

As duas últimas teses apresentadas não são defensáveis pelos realistas porque, para eles, enquanto a segunda não abarca o elemento das medidas restritivas institucionais do direito internacional (coerção); a terceira não identifica quais as instituições do direito internacional, como cortes e legislativos, que existem plenamente sem a aquiescência dos Estados. Resta aos realistas, logo, defenderem que o direito internacional é política, mas um tipo especial de política, porque ele se fundamenta em precedentes, tradições, interpretações e outras práticas e conceitos familiares do direito doméstico. O direito internacional é direito, então, porque, para a comunidade internacional, os costumes, tratados e convenções são assim entendidos pelos Estados.<sup>112</sup>

A visão realista baseada na prudência entende ser permitido aos Estados violarem o direito internacional, conforme o seu cálculo de custo e oportunidades. Assim, qualquer defesa de um direito internacional estrito seria pavimentar um caminho para a ilegalidade.<sup>113</sup> Isso porque, para essa corrente, qualquer forma de norma de obrigação estrita impõe elevada responsabilidade ou custo para o Estado, ameaçando-lhe. Para evitar esse mal, aos Estados é permitido violar o direito internacional ou não aderir a ele.

### **3. Convivendo com o dilema**

O apreço pela lógica prudencial ficou evidente no raciocínio empregado pela CIJ na decisão do caso *Jurisdictional Immunities of the State*. Sob o título de “o argumento do ‘último recurso’” (*The ‘last resort’ argument*),<sup>114</sup> discutido no parágrafo

---

<sup>111</sup> GOLDSMITH; POSNER, 2005, p. 201.

<sup>112</sup> GOLDSMITH; POSNER, 2005, p. 202.

<sup>113</sup> GOLDSMITH; POSNER, 2005, p. 203.

<sup>114</sup> CIJ, 2012, p. 47.

99, a Corte declara que o último esforço argumentativo seria avaliar a objeção apresentada pela Itália quanto à violação ao princípio do acesso à justiça, presente no caso.

Segundo a posição italiana, sua jurisdição negou a imunidade de jurisdição à Alemanha para permitir que grupos de vítimas do Regime Nazista pudessem buscar a compensação pela violência sofrida durante a Segunda Guerra Mundial em razão da obstrução de todas as demais instâncias decisórias. Isso porque entendeu a jurisdição italiana que, não havendo o devido processo necessário ao reconhecimento dos crimes contra o direito internacional humanitário na prática judiciária alemã, deve ser considerado que não houve o julgamento adequado das questões referentes às vítimas italianas que tiveram seus direitos fundamentais, garantidos pela ordem constitucional italiana da época dos fatos, violados pelo Estado Alemão entre os anos de 1943 a 1945. Esse fato deve ser reparado.

O assunto é bastante polêmico segundo a visão das duas partes que concorrem no caso. A tese italiana segue a tendência do direito internacional presente nos principais documentos das Nações Unidas sobre a garantia dos direitos humanos. Dentre estes se pode destacar a Declaração dos Princípios Básicos de Justiça para as Vítimas de Crimes e Abusos de Poder, Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas n. 40/34, de 29 de novembro de 1985.

O item quarto do anexo deste documento diz ser o acesso à justiça garantia daqueles que possuem o direito de procurar os mecanismos de justiça e incitar correção pela ofensa aos direitos humanos internacionais, com especial respeito à dignidade das vítimas, sofrida em razão de ação do Estado.<sup>115</sup> Ainda sobre esse tema, estabelece o item cinco que os mecanismos judiciais e administrativos devem ser estabelecidos e fortalecidos para receber os pedidos das vítimas por meio de procedimentos formais ou informais, sem custos e de forma acessível, sendo que as vítimas devem ser orientadas sobre os seus direitos de buscar a correção por tais mecanismos.

A declaração em questão é o resultado de discussões com duração de mais de cinquenta anos,<sup>116</sup> em cujo período se observou, como agora, que a proteção às vítimas de ofensas ao direito internacional dos direitos humanos estava sendo negada

---

<sup>115</sup> ONU, 1985.

<sup>116</sup> BOVEN, 2010, p. 1.

pelo argumento que surge em defesa da soberania: o princípio da imunidade de jurisdição. Obstaculizar o acesso das vítimas à justiça imparcial e neutra caracteriza violação grave dos direitos humanos quando um grande número de seres humanos são afetados. Em princípio, todas as pessoas possuem o direito à justiça reparadora. Problemas decorrentes da relação entre a grande demanda e a capacidade limitada de pagamento das reparações,<sup>117</sup> logo, não deveriam ser considerados como argumento de ordem jurídica.

Vedar o acesso à justiça, com base em argumentos administrativos, é postura que faz valer o interesse dos Estados em detrimento dos sujeitos cujos direitos foram ofendidos, os quais muitas vezes são pessoas que passam “despercebidas” pela história em razão da proporção das ações dos seus agressores e da barreira de jurisdição denominada de imunidade de Estado.

Como bem aponta o relatório da *Amnesty International* acerca do caso,<sup>118</sup> por meio de uma interpretação inovadora do princípio de imunidade de jurisdição, a Itália agiu de maneira acertada ao que é estabelecido pela prática do direito internacional, ao garantir às vítimas do caso a possibilidade de demandar judicialmente reparação pelos danos sofridos na jurisdição do território onde se deram os fatos. O argumento de efetividade do princípio do acesso à justiça na busca pela compensação por crime de guerra não viola o núcleo do propósito do direito costumeiro internacional, que prevê a imunidade de jurisdição de Estado estrangeiro apenas para às relações ordenadas entre os Estados envolvidos.

A linha argumentativa seguida pela Itália não destoa do que a literatura especializada defende já estar consolidado nas jurisdições nacionais. Nestas, o acesso à justiça implica tomada de posição para derrubar barreiras – processuais, materiais e mesmo físicas – a partir da ciência de que “a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação”. Eis o motivo da forte constatação de Mauro Cappelletti e Bryant Garth de que o “acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar direitos de todos”.<sup>119</sup> Nas jurisdições nacionais, duas seriam as finalidades básicas determináveis pela expressão: em primeiro lugar, igual

---

<sup>117</sup> BOVEN, 2010, p. 3.

<sup>118</sup> AMNESTY INTERNATIONAL, 2011, p. 7.

<sup>119</sup> CAPPELLETTI; GARTH, 1999, p. 12.

acessibilidade do sistema de justiça a todos; em segundo, produção de resultados individual e socialmente justos.<sup>120</sup>

As decisões das Cortes Italianas superaram o princípio da imunidade jurisdicional de um Estado soberano, a Alemanha, visando garantir proteção dos cidadãos italianos que tiveram direitos ofendidos durante as ações do exército alemão, em território italiano, ao longo da Segunda Guerra Mundial. Este foi o primeiro esforço efetivo de mudança rumo à realização da proteção dos indivíduos no direito internacional, no que concerne à prerrogativa da imunidade de jurisdição. Esse gesto foi interrompido, no entanto, por posições como a da Alemanha, que foi responsável por dupla ofensa a estes indivíduos, primeiro quando lhes restringiu direitos da forma mais brutal; e, segundo, quando não lhes permitiu o acesso a um julgamento imparcial, onde pudessem discutir a reparação devida com isenção.

A discussão sobre o acesso à justiça não é estranha aos países envolvidos nesta causa. A Alemanha, como país liberal, democrático e europeu, partilha quase que das mesmas tradições, valores constitucionais e direitos individuais que a Itália e Grécia. Logo, a expectativa era de que, por coerência com seu próprio ordenamento interno, a Alemanha assumisse a responsabilidade pelos atos praticados na Segunda Guerra, e não medisse esforços para continuar a fazer as reparações das ofensas reconhecidamente praticadas.

Se assim o fizesse, a Alemanha estaria a obedecer à norma contida no art. 1º da sua Lei Fundamental,<sup>121</sup> que prega a realização dos direitos humanos de forma universal. Não há como se distanciar de que a interpretação desta norma no caso em análise deveria orientar as autoridades alemãs a ampliar os critérios da Lei Federal de Compensação. Somente quando todos os grupos de ofendidos pela atuação do Regime Nazista recebessem a mesma forma de tratamento pela jurisdição alemã, agiria o Estado Alemão em conformidade com o princípio da equidade consubstanciado no art. 3º da sua Lei Fundamental.

Contudo, ao invés desta postura mais íntegra, decidiu a Alemanha adotar critério prudencial que excluísse o grupo de vítimas italianas e gregas do rol previsto na sua lei de reparação (Lei Federal de 2000). Conforme a teoria da escolha racional (*rational choice*) defendida pelos realistas, a Alemanha fez uma análise instrumental

---

<sup>120</sup> CAPPELLETTI; GARTH, 1999, p. 8.

<sup>121</sup> ALEMANHA, 1949.

do custo de cada escolha e tendeu àquela que fosse a mais adequada aos seus interesses.

Agindo assim, resta claro que o Estado Alemão preferiu não progredir com as compensações a um grupo que, por não ser seu nacional, não lhe causaria desgastes políticos internos. No plano internacional, da mesma forma, a situação das vítimas não lhes traria sérios danos, a princípio por ser esta arena ainda mais complexa para as vítimas. Os mecanismos de proteção e o direito de petição de indivíduos às organizações internacionais em ações contra Estados são, reconhecidamente, bastante restritos. Como se não bastasse, no âmbito internacional, impera a compreensão de que o direito internacional deve-se pautar pela ação entre Estados.

Segundo a linha de raciocínio jurídico adotada pelo Estado Alemão, as Cortes Italianas estariam desrespeitando os acordos firmados entre as duas nações (o Tratado de Paz de 1947 e os Acordos de 1961), alegando fazê-lo para proteger direitos de seus cidadãos e dos cidadãos gregos. Esta conduta estaria em desacordo com a doutrina internacionalista tradicional, que presa pela análise do direito internacional como sendo um direito focado apenas nos atos de Estados, o que garantiria a superação das decisões por esses critérios.

Conforme a teoria da escolha racional defendida pelos realistas, a Alemanha considerou em sua análise a importância dos Estados na esfera internacional. A posição alemã trabalhou com a deferência de que o conceito de soberania goza no direito internacional. Este, inclusive, foi reforçado pela Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH) que, sobre o caso, não julgou o mérito, em razão de ser a matéria relacionada a fatos anteriores à assinatura da Convenção Europeia de Direitos Humanos, que estabeleceu o foro dessa instituição pelo critério *ratione temporis*,<sup>122</sup> também como pelo *ratione materiae*.<sup>123</sup>

No entanto, não obstante a recusa formal, a CEDH indicou em seus argumentos que cabe aos Estados, por meio de seus executivos, negociar as formas de reparação às vítimas, havendo, nessas situações, larga margem de discricionariedade para se definir quais os critérios a serem utilizados. Nos dizeres da CEDH,

---

<sup>122</sup> CEDH, 2004, p. 12.

<sup>123</sup> CEDH, 2004, p. 13.

a Convenção não impõe nenhuma obrigação específica sobre a República Federal da Alemanha em conceder reparação por erros ou danos causados pelo Reich Alemão. Quando o Estado, no entanto, escolhe corrigir esses erros e danos dos quais não foi responsável, ele tem uma ampla margem de apreciação. Em particular, o Estado tem uma ampla margem na escolha de como e para quem tais erros devem ser compensados (ver, *mutatis mutandis*, *von Maltzan e outros contra Alemanha* (dezembro), n. 71916/01, 71917/01 e 10260/02, § 74, da CEDH 2005 ...;.. *Woś v. Polónia*, n. 22860/02, § 72, da CEDH 2006).<sup>124</sup>

Sob o argumento de que antes da Lei Federal de 2000 não havia nenhum precedente quanto ao direito de reparação por trabalhos forçados impostos aos países que praticassem essa ação, alegou também que a posição de seus argumentos afetava apenas indivíduos e não ao Estado Italiano, já comprometido com seus acordos. Neste contexto, defende a Alemanha o direito de continuar negando reparação às vítimas italianas. Agindo dessa forma, para os realistas, a Alemanha enfrentou o dilema de cuja escolha lhe exigia entre ser coerente com seu ordenamento jurídico interno, e com a atual tendência do direito internacional de proteger cada vez mais os sujeitos, ou firmar posição em sentido contrário a fim de evitar supostos prejuízos aos seus cofres públicos e estancar os pedidos de reparação de suas vítimas de guerra.

Conforme Jack Goldsmith e Eric Posner, no plano internacional, os quatro modelos básicos de ação dos Estados gravitam em torno da coincidência de interesses, da coordenação, da cooperação e da aplicação da coerção.<sup>125</sup> O que guia, porém, a ação dos Estados é a busca pela realização de seus interesses conforme as circunstâncias presentes no momento da tomada de decisão. De acordo com esse raciocínio, durante conflitos bélicos, o problema das violações ao direito internacional dos direitos humanos contra o adversário com o qual se está em guerra repete a

estrutura do dilema do prisioneiro, e pode ser resolvido através do jogo repetido. As normas específicas de *jus in bello* podem ser entendidas como descrições dos resultados de equilíbrio; eles fornecem os pontos

---

<sup>124</sup> CEDH, 2004, p. 13. Tradução nossa do original em inglês: (...) the Convention imposes no specific obligation on the Federal Republic of Germany to provide redress for wrongs or damage caused by the German *Reich*. Where the State, however, chooses to redress such wrongs and damage for which it is not responsible, it has a wide margin of appreciation. In particular, the State has a wide margin of appreciation when choosing how and to whom to compensate such wrongs (see, *mutatis mutandis*, *von Maltzan and Others v. Germany* (dec.), no. 71916/01, 71917/01 and 10260/02, § 74, ECHR 2005-...; *Woś v. Poland*, no. 22860/02, § 72, ECHR 2006-...).

<sup>125</sup> GOLDSMITH; POSNER, 2005, p. 27-34.

focais que minimizam o risco de que a cooperação se rompa porque os Estados interpretam mal as ações dos outros. Note-se que o direito não restringe os Estados da mesma forma que a legislação interna constrange os seus cidadãos-através da existência de uma terceira força capaz de sua aplicação. A lei simplesmente fornece um *script* ou protocolo que os Estados podem optar seguir ou ignorar. O resultado cooperativo pode ser sustentado somente se cada Estado ameaçar retaliar em resposta às violações sofridas. Assim, a ameaça de descumprimento do direito deve estar sempre presente. Se um Estado sabe que o outro Estado não vai retaliar, então o primeiro Estado tem todo o incentivo para violar o direito em si. Conclui-se que, se um Estado viola as regras, o outro Estado deve violar as regras também.<sup>126</sup>

Esse dilema enfrentado pela Alemanha é tratado na corrente realista como dilema do prisioneiro.<sup>127</sup> Aparentemente, o cálculo da Alemanha continua a replicar a lógica desse dilema e reforça a tese de que é permitido aos Estados violar o direito internacional. A Corte, em seu argumento, segue a lógica alemã, a qual diz ter a Itália ignorado o fato de que a Alemanha fez considerável esforço financeiro e outros sacrifícios para cumprir os acordos praticados no contexto da época entre os Estados. Não obstante esses, a Itália sustentou que um grande número de vítimas italianas ainda continuava sem reparação.<sup>128</sup> A ação de reparação da Alemanha foi, portanto, seletiva. Foi uma ação estratégica que se propôs a realizar as reparações em prestações.

Sobre essa questão, a Corte declara ser uma surpresa<sup>129</sup> que a Alemanha, no caso dos militares italianos, tenha-lhes negado, primeiro, o *status* de prisioneiro de guerra pelo regime Nazista. E, segundo, se recusado a assumir o tratamento que lhes

---

<sup>126</sup> POSNER, 2010, p. 4. Tradução nossa do original em inglês: (...) the structure of the familiar prisoner's dilemma, and can be solved through repeated play. The particular norms of *jus in bello* can be understood as descriptions of the equilibrium outcomes; they provide focal points that minimize the risk that cooperation breaks down because states misinterpret each other's actions. Note that the law does not constrain states in the same way that domestic law constrains citizens — through third party enforcement. The law simply provides a script or protocol that states can choose to follow or ignore. The cooperative outcome can be sustained only if each state credibly threatens to retaliate in response to violations. Thus, the threat of noncompliance with the law must be ever present. If one state knows that the other state will not retaliate, then the first state has every incentive to violate the law itself. It follows that if one state does violate the rules, the other state should violate the rules as well.

<sup>127</sup> O "Dilema do Prisioneiro" deriva da história original que acompanha a teoria dos jogos. Segundo essa situação, os jogadores são dois prisioneiros suspeitos de um crime. Neste os suspeitos são levados para salas de interrogatório separadas, onde se é esperado que eles possam "confessar" o crime ou "negá-lo" ( em alternativa, eles podem também "cooperar" ou "rejeitar" a colaboração). Como qualquer um dos resultados imaginados não são positivos, cada um desses cenários conduz os prisioneiros a ter uma expectativa diferente de sanção, cuja dosimetria dependerá das reações por eles demonstradas. BROWN; SHOHAM, 2008, p. 4.

<sup>128</sup> CIJ, 2012, p. 47.

<sup>129</sup> CIJ, 2012, p. 48.

dispensou, impondo-lhes a condição de internos de campos de trabalhos forçados, o que os torna elegíveis para a persecução reparatória na jurisdição alemã. Contudo, segundo a CIJ,<sup>130</sup> esse é um problema a ser resolvido pelos Estados.

Prossegue a Corte sustentando que esta é uma questão interna italiana, já que a ela reconhece os objetos do Tratado de paz de 1947 e dos Acordos de 1961, nos quais a Itália se compromete a não dar continuidade aos pedidos de reparação em troca de indenizações ao Governo Italiano. De acordo com a Corte, não cabe a ela investigar como a Itália investiu os fundos de reparação que lhes foram garantidos, se para reconstruir a economia nacional e a sua infraestrutura ou para redistribuí-los entre as vítimas individuais de sua nacionalidade. É difícil, continua, entender como as vítimas que não foram reparadas podem entrar com ação contra a Alemanha que transferiu dinheiro para o Estado de sua nacionalidade, a título de reparação.

Com esta manifestação, a Corte faz jus às críticas dos que rejeitam a postura realista por focar apenas a perspectiva entre Estados do direito internacional. Com sua decisão, a Corte reverencia a primazia das relações de políticas sobre as jurídicas, e a primazia do poder e da barganha sobre os imperativos da justiça. Não é nenhuma surpresa que a corrente realista seja invariavelmente subserviente às relações de poder e força<sup>131</sup> e que ela tenha tamanha expressividade entre os Estados e suas autoridades. Ao assim agir, a CIJ mantém no Poder Executivo o peso das decisões entre Estados, interferindo no sistema de pesos e contrapesos existente na estrutura do Estado nacional.

Seguindo os mesmos padrões que configuram os pressupostos da tese realista, no presente caso, a CIJ levou em conta o conjunto de regras que melhor se mostraram para a preservação das relações e dos interesses dos Estados. Esta postura corrobora a ideia realista de que direitos não são reconhecidos *ex ante factum*,<sup>132</sup> ou seja, as pessoas são destituídas de quaisquer direitos até que ocorra a apreciação judicial. Para essa corrente, aos juízes cabe decidir o caso “como se” as pessoas tivessem direitos, e não como quem tem direitos. Na decisão analisada, verifica-se que se repetiu a crença no direito como instrumento de estabilidade coletiva e de manutenção do “melhor” interesse da sociedade internacional, quando se posiciona pela manutenção do direito à imunidade de jurisdição para os Estados. É o

---

<sup>130</sup> CIJ, 2012, p. 49.

<sup>131</sup> TRINDADE, 2010, p. 47.

<sup>132</sup> DWORKIN, 2007, p. 189.

que aconteceu no caso julgado, o direito foi limitado pelo ceticismo que paira sobre a realidade.

Demonstrando o mal estar com a situação, no parágrafo 104 da decisão, a Corte não deixou de reconhecer que a situação das vítimas deve ser contornada. No entanto, ela deixa para os dois Estados a negociação de como será mediada a reparação às vítimas.<sup>133</sup> Apesar de reconhecer que no caso há questões importantes a serem corrigidas, a Corte afirma que elas não constituem o objeto do caso em análise.

Na medida em que o argumento baseado na combinação das circunstâncias deve ser entendido no sentido de que o tribunal nacional deve equilibrar os diferentes fatores, avaliando o respectivo peso, por um lado, das diversas circunstâncias que possam justificar o exercício da sua jurisdição, e, por outro lado, os interesses inerentes à proteção da imunidade, tal abordagem não teria em conta a própria natureza da imunidade do Estado. Conforme explicado no item 56 acima, de acordo com o direito internacional, a imunidade do Estado, onde existe, é um direito do Estado estrangeiro. Além disso, como explicado no parágrafo 82 da presente decisão, os tribunais nacionais têm competência para determinar questões de imunidade no início do processo, antes da apreciação do mérito. A imunidade não pode, portanto, ser dependente do resultado de um exercício de ponderação das circunstâncias específicas de cada caso em que a imunidade é reivindicada, a ser realizada pelo juízo nacional.<sup>134</sup>

A autonomia política do Estado Alemão foi ora preservada, embora as suas duas condutas sejam contrárias às normas do direito internacional. Como registra o juiz Mohamed Bennouna, a preocupação da Corte foi a de que o argumento de que a flexibilização do princípio da imunidade de jurisdição em decorrência das circunstâncias excepcionais deste caso permitisse abrir a “caixa de Pandora” dos pedidos individuais de reparação por todas as vítimas de conflitos armados.<sup>135</sup>

---

<sup>133</sup> CIJ, 2012, p. 49.

<sup>134</sup> CIJ, 2012, p. 49. Tradução nossa do original em inglês: In so far as the argument based on the combined effect of the circumstances is to be understood as meaning that the national court should balance the different factors, assessing the respective weight, on the one hand, of the various circumstances that might justify the exercise of its jurisdiction, and, on the other hand, of the interests attaching to the protection of immunity, such an approach would disregard the very nature of State immunity. As explained in paragraph 56 above, according to international law, State immunity, where it exists, is a right of the foreign State. In addition, as explained in paragraph 82 of this Judgment, national courts have to determine questions of immunity at the outset of the proceedings, before consideration of the merits. Immunity cannot, therefore, be made dependent upon the outcome of a balancing exercise of the specific circumstances of each case to be conducted by the national court before which immunity is claimed.

<sup>135</sup> CIJ, 2012, p. 81.

Ao se comportar assim, a Corte dificultou os avanços do direito internacional por deixar de reforçar a tese de que os direitos humanos são as normas fundamentais de um sistema internacional. Com seu gesto, além de deixar de efetivar a questão dos direitos humanos e do acesso à justiça como prioritárias no plano internacional, ela deixa de assumir o papel de autoridade internacional<sup>136</sup> capaz de obrigar os Estados a respeitarem os mais altos bens jurídicos do ordenamento internacional, quais sejam: o compromisso do Estado com as normas de direito internacional do *jus cogens* e o respeito à vida humana.

Agindo assim, ela reproduz a premissa realista que atribui aos Estados o papel de atores principais na esfera internacional e deixa as organizações internacionais com uma atuação bastante reduzida. As instituições e normas do direito internacional, na prática, ficam vulneráveis aos interesses dos Estados, os sujeitos mais poderosos da relação jurídica internacional.<sup>137</sup>

A colaboração da CIJ no desenvolvimento de um direito internacional mais humanizado, se observados os assuntos abordados no caso em estudo, foi bastante tímida. Sua importância se deve às discussões traçadas e aos argumentos levantados pela minoria dissidente. A CIJ, com sua postura, estimula os Estados a serem guiados pelo uso da escolha racional nas decisões de Estado, cujas premissas visam à maximização dos interesses, em detrimento da construção de um sistema político-jurídico internacional mais responsivo e justo.

---

<sup>136</sup> Segundo Joseph Raz, em um ambiente em que há baixa coordenação falta uma terceira parte com autorização para colocar os sujeitos nas difíceis escolhas do “dilema do prisioneiro” (RAZ, 2011, p. 48). Como já foi posto aqui citando Eric Posner, no ambiente internacional a ausência da autoridade faz com que a ameaça de retaliação gere o equilíbrio necessário à observância do comprometimento, reestabelecendo a possibilidade de se encarar as escolhas dos Estados dentro desta perspectiva.

<sup>137</sup> DONNELLY, 2004, p. 47.

## CAPÍTULO III

### Positivismo e o vácuo jurídico no direito internacional

*Assim sendo, presentemente, parece estar condenada ao fracasso a tentativa de substituir a força real pela força das ideias. Estaremos fazendo um cálculo errado se desprezarmos o fato de que a lei, originalmente, era força bruta e que, mesmo hoje, não pode prescindir do apoio da violência. Freud<sup>138</sup>*

#### 1. A nova concepção de soberania.

Na contramão do movimento das cortes nacionais, que têm se aberto cada vez mais ao diálogo entre julgados e legislações dos países que compõem a comunidade internacional nos casos que envolvem direitos humanos, o caso *Jurisdictional Immunities of the State* representa um ato de resistência à promoção de direitos dos indivíduos. Em uma atuação marcada pela vontade política, como demonstrado no capítulo anterior, a Corte utilizou de todos os argumentos para demonstrar que a ausência de normas e de jurisprudência relativas ao caso seriam favoráveis à decisão pela manutenção do princípio da imunidade de jurisdição.

Contra o primeiro argumento apresentado pelo Estado Italiano, entendeu a Corte que 1) a imunidade de jurisdição do Estado é um direito costumeiro; 2) não há jurisprudência que se valha deste argumento para criar regra de restrição à imunidade de jurisdição em ações soberanas denominadas *acta jure imperii* e; 3) há ausência de normas que tratem do assunto.<sup>139</sup>

Quanto ao segundo argumento da Itália, descrito no parágrafo 80, sobre o conteúdo da matéria levada à apreciação da jurisdição italiana, entendeu a Corte que, sob o direito costumeiro internacional, um Estado não é privado da imunidade por ser acusado de atos que constituem sérias violações aos princípios do direito internacional em conflitos armados (crimes contra a humanidade praticados durante a Segunda Guerra Mundial).

---

<sup>138</sup> FREUD, 2005, p. 37.

<sup>139</sup> CIJ, 2012, p. 40.

Também não há conflito entre norma do *jus cogens* (regras de direito internacional de caráter permanente) e o princípio da imunidade de jurisdição. Isso porque, na opinião da Corte, elas têm naturezas distintas: a primeira é de caráter substantivo; a segunda, de natureza procedimental.

E, por fim, como já trabalhado no capítulo anterior, a Corte não conhece prática dos Estados que sustente norma do direito internacional costumeiro capaz de assegurar exceção ao princípio de imunidade de jurisdição por inexistência de alternativa jurisdicional efetiva. Segundo o entendimento da Corte, não há norma de direito costumeiro, ou convenção, que assegure direito de reparação às vítimas em suas jurisdições nacionais.

Segundo estudos realizados sobre o caso,<sup>140</sup> a postura da Corte, além de ser formalista, também lançou incertezas sobre a efetividade do *jus cogens* e deixou um vazio sobre o problema da proteção dos indivíduos no direito internacional. Esta decisão é contrária a todo um movimento que se vê nos países rumo a um maior reconhecimento dos sujeitos, nas esferas nacionais e supranacionais, e da importância de um *jus gentium* na proteção dos direitos fundamentais das pessoas.

Podemos atestar que esta postura majoritária da Corte é decorrente da adesão não só à preocupação realista com a manutenção do *status quo* da vontade do Estado na tomada de decisão internacional, como também, genericamente, ao positivismo jurídico,<sup>141</sup> que é bastante dedicado à tese do consentimento como fonte originária do direito. Esta última, escola de grande popularidade entre os estudiosos do direito, apresenta um reconhecido déficit no ambiente internacional, onde a legitimidade da autoridade superior aos Estados é bastante restrita ou inexistente.<sup>142</sup>

O déficit de uma autoridade dotada de poder normativo e coercitivo centralizado no ambiente internacional se deve à importância que é dada à soberania dos Estados e do seu papel em relação a qualquer tipo de intervenção ou ingerência externa.<sup>143</sup> As dificuldades de organização, legitimação e eficiência das instituições internacionais são daí diretamente decorrentes. Os problemas de coordenação internacional hoje vivenciados são indícios do esgotamento do Sistema de

---

<sup>140</sup> STEPHAN, 2012, p.16; ESPOSITO, 2012, p. 14.

<sup>141</sup> KRAJEWSKI; SINGER, 2012, p. 3.

<sup>142</sup> HART, 2009, p. 303.

<sup>143</sup> RAZ, 2007, p. 12.

Westphalia,<sup>144</sup> que colocou em primeiro plano a independência dos Estados soberanos garantindo-lhes prerrogativa plena de governarem a si mesmos.

A comunidade internacional, hoje, está estruturada de forma a tomar suas decisões de forma desconcentrada. A discussão política e jurídica acerca dos direitos humanos, por isso, ocorre em vários fóruns paralelos com a mesma importância.<sup>145</sup> A continuidade dessa discussão tem feito com que eles sejam vistos como argumentos que justifiquem a limitação da soberania dos Estados em prol dos indivíduos.<sup>146</sup> Contudo, a implementação das medidas coercitivas e corretivas necessárias à sua proteção, ou seja, à efetiva realização dos direitos humanos, permanece vinculada às forças e estruturas jurídicas locais de cada Estado.<sup>147</sup>

A tese defendida pelos positivistas segue uma linha bem próxima da adotada pela corrente realista, ou seja, o entendimento negativo de que soberania é um poder independente.<sup>148</sup> Logo, ela também enfrenta os mesmos problemas de justificar como se dá o crescimento do papel putativo da pós-soberania, marcada pela importância da autoridade do direito internacional, sobre um poder absoluto, unitário e supremo.<sup>149</sup>

Como o positivismo é carente de tese substantiva do direito,<sup>150</sup> ele recorre a técnicas instrumentais nesses momentos para indicar qual é o direito a ser aplicado. Contudo, o ambiente onde se dá a realização do direito internacional não oferece as mesmas condições jurídicas de análise que são encontradas no ambiente doméstico do direito nos Estados.

No âmbito internacional, não há os elementos constitutivos de uma soberania típicos do Estado nacional constitucional, tais como território delimitado, população estável e governo centralizado dotado de capacidade de coerção. Sem esses, o ambiente que permite a verticalização de normas necessárias à existência de uma ordem jurídica eficiente fica prejudicado.<sup>151</sup> No entanto, ela demanda no

---

<sup>144</sup> WALDRON, 2012, p. 168.

<sup>145</sup> SLAUGHTER, 2004, p. 100.

<sup>146</sup> RAZ, 2007, p. 14.

<sup>147</sup> NEVES, 2009, p. 165.

<sup>148</sup> HART, 2009, p. 287.

<sup>149</sup> BELLAMY, 2003, p. 176.

<sup>150</sup> A tese substantiva citada recorre à concepção dworkiana de que a existência do direito é dependente do reconhecimento do seu conteúdo, o que o faz rejeitar a tese positivista da independência do conteúdo. Segundo Dworkin, a legitimidade do direito apresenta relação direta entre a integridade e a autoridade moral do direito. O conceito de direito de Dworkin associa o direito à justificativa da coerção oficial, origem da obrigação política. DWORKIN, 2007, p. 231.

<sup>151</sup> BELLAMY, 2003, p. 173.

momento atual por elementos regulatórios da soberania em razão do estreitamento internacional de questões relativas ao comércio, à segurança e aos direitos humanos. Essa constatação traz um desafio para os teóricos do direito, já que a sua ocorrência abriu espaço para a realização de uma “soberania compartilhada”, que tem afetado o exercício da soberania tal qual tradicionalmente a conhecemos.<sup>152</sup>

Para os realistas, é fácil se desvencilhar desse obstáculo. Para eles, o direito é desdobramento de uma política prudencial dos Estados. Assim, não há que se preocupar com coerência nos arranjos políticos, já que eles podem ser abandonados conforme as circunstâncias do momento. A mesma postura, porém, não pode ser manifestada pelos positivistas que possuem elevado apreço ao fato constituidor das formas políticas de organização social que vinculam a tomada de decisão posterior por meio da normatividade decorrente do consentimento.

Pelo fato de estar acostumado com um ambiente de elevada hierarquização e profissionalização do regime jurídico dos Estados, em razão da existência de sofisticadas normas de direito denominadas pela teoria hartiana de regras secundárias, a técnica positivista não vê com a mesma eficácia a decisão tomada em um contexto de distribuição horizontal de poder, já que onde há o compartilhamento de poderes não se sabe exatamente de quem é a última decisão.

A constatação de um Estado de anarquia, tido como incoerente e de baixa consistência jurídica,<sup>153</sup> é situação estranha ao funcionamento desta teoria. Isso porque um dos seus grandes apelos é a garantia de previsibilidade e certeza do comportamento social decorrentes do forte sistema institucionalizado que é assegurado pelas já mencionadas normas secundárias. No âmbito internacional, as normas que são comparadas às secundárias não possuem a mesma prerrogativa de criar competências hierarquizadas que têm como uma das suas atribuições permitir ou proibir certos padrões de comportamento e recorrer à ameaça legítima pela coerção, em razão da sua autoridade, no caso de desobediência.

Por não reconhecer o mesmo dinamismo do sistema político e jurídico internacional, é precária a análise positivista que tentar justificar os fundamentos jurídicos da eficiência do direito internacional. Essa limitação acaba por refletir nas decisões (precedentes, acordos, tratados convenções e textos jurídicos)<sup>154</sup> que

---

<sup>152</sup> BELLAMY, 2003, p. 176.

<sup>153</sup> BELLAMY, 2003, p. 172.

<sup>154</sup> HART, 2009, p. 294.

seguem essa orientação filosófica. Isso ocorre por que elas ficam presas a argumentos técnicos sobre o que os Estados dirigiram uns aos outros sobre as matérias controversas de direito internacional.

Os Estados, em conjunto com as organizações internacionais e transnacionais regulam e adjudicam matérias comuns como o controle das práticas econômicas, sociais e políticas e a proteção os direitos humanos. A ideia de soberania compartilhada resulta em uma noção de equilíbrio de poder que obriga os Estados e as organizações internacionais a interagirem e tratarem uns aos outros com justiça e reciprocidade.<sup>155</sup> Tal qual se verifica neste caso, o mero reconhecimento da nova ordem jurídica não passa apenas pela constatação de que a governança internacional é realizada em um sistema de divisão de tarefas, de acordo com a capacidade e responsabilidade dos vários agentes pertencentes às sociedades que compõem a comunidade internacional.<sup>156</sup>

Neste constante agir entre os envolvidos, é estabelecida uma cadeia de “divisão de tarefas” articulada entre as autoridades locais, internacionais, supranacionais e transnacionais, cujo resultado é constatado no interior das soberanias dos Estados. A funcionalidade deste sistema, no entanto, é desmantelada quando, ao longo do desenvolvimento dos processos decisórios, os agentes se restringem a uma análise estreita do direito e dos fatos.<sup>157</sup>

No caso do direito internacional, este tipo de postura tem sido associada às práticas dos positivistas tradicionais, condicionados a identificar o direito apenas como padrões jurídicos previamente postulados. Assim, para eles, a observância do direito costumeiro, dos textos e documentos jurídicos existentes à época do fato são as fontes do direito a serem observadas,<sup>158</sup> mas eles não trataram de compreender o fundamento político por trás dessas práticas. Por muito tempo, essa corrente discutiu apenas a natureza do direito internacional como sistema jurídico: se ele é ou não é “realmente” um direito.

A corrente positivista não se dedicou com afinco ao estudo do direito internacional, porque importantes filósofos dessa tradição não o consideravam como direito, mas como ordem moral ou um conjunto de regras de “mera cortesia entre os

---

<sup>155</sup> BELLAMY, 2003, p. 182.

<sup>156</sup> NAGEL, 2005, p. 139.

<sup>157</sup> NEVES, 2009, p. 164.

<sup>158</sup> HART, 2009, p. 294.

Estados”.<sup>159</sup> O reconhecimento do direito internacional como um corpo jurídico ficou prejudicado, porque ele era visto como uma prática jurídica descentralizada, destituída de autoridade soberana, e com baixa efetividade de fazer exigir a coerção.<sup>160</sup>

Apesar das dificuldades apresentadas pelos positivistas em sistematizar uma teoria do direito internacional, como até aqui demonstrado, a análise do seu pensamento sobre o direito internacional requer atenção detalhada. Os pontos de crítica que ela levanta contra a autonomia do direito internacional são contundentes e difíceis de serem desconstruídos dentro da lógica que ela persegue. Inicialmente, ela faz uma comparação entre o ambiente nacional e o âmbito da esfera internacional. Ao contrapor as duas realidades, descreve que, dentro do ordenamento jurídico nacional, a norma jurídica é decorrente da manifestação de uma autoridade. Esta se dirige a uma comunidade definida que compartilha certos valores e princípios, de modo a ser possível aceitar e respeitar essa norma, fazendo com que ela tenha o mínimo de eficácia necessária para ser válida.<sup>161</sup>

Cada vez mais se intensificam os elos e práticas sociais envolvendo diversos povos do planeta, não mais identificados apenas por raça, idioma, elementos de uma cultura ou nacionalidade, mas, sim, por estratificações sociais, conhecimento e capacidade de se interagir e locomover em uma sociedade altamente globalizada.<sup>162</sup> Com base em justificações, certas políticas estão sendo tratadas no âmbito internacional como comuns a toda a humanidade, como é o caso dos direitos humanos.<sup>163</sup>

Isso porque, com o aumento das relações entre os povos, novos desafios jurídicos foram incorporados ao pensamento da teoria do direito e das áreas que se dedicam ao estudo das instituições jurídicas.<sup>164</sup> Contudo, os problemas do passado não foram esquecidos. Hoje, uma variável interveniente foi aceita à reflexão e à análise do direito: a interdependência entre os povos que afeta a concepção tradicional de soberania. Este fenômeno pode ser observado, especialmente, por meio

---

<sup>159</sup> SHAPIRO, 2011, p. 263.

<sup>160</sup> HART, 2009, p. 275.

<sup>161</sup> KELSEN, 2003, p. 51.

<sup>162</sup> Afirma Peter Singer, a tecnologia muda tudo, conforme esclarecedora meia-verdade afirmada por Marx. “Quando a tecnologia venceu as distâncias, a globalização econômica se estabeleceu.” SINGER, 2004, p. 13.

<sup>163</sup> WALDRON, 2012, p. 121.

<sup>164</sup> RAZ, 2010, p. 39.

da sua cadeia produtiva,<sup>165</sup> mas também no reconhecimento da própria humanidade o que faz com que seja, cada vez mais, crescente o interesse na proteção das pessoas e no controle dos governos e organizações como forma de estabilização dos problemas sociais globais.

Esse controle perpassa pela ideia de flexibilização da soberania. Um dos exemplos que pode ser dado é o da restrição à imunidade de jurisdição em razão da distinção entre os atos de *jus imperii* e *jus gestione*. Essa diferenciação, vista como um avanço, contudo, precisa aumentar a preocupação com a proteção das pessoas durante conflitos armados e intervenções militares de forma a mitigar os casos de ofensas aos direitos mais essenciais.

Assim, a nova realidade leva a crer que, num planeta “negativamente globalizado”,<sup>166</sup> todos os principais problemas – metaproblemas que condicionam o enfrentamento de todos os outros – são globais e, sendo assim, não admitem soluções locais. Não há, nem pode haver, soluções locais para problemas originados e reforçados globalmente. A decisão da CIJ, que acompanha a Corte Constitucional da Alemanha, sendo favorável à manutenção da desvinculação dos atos do Estado a qualquer senso de responsabilidade com os indivíduos reforça um padrão de práticas que destoam dos atuais esforços constitucionais de ampliação das camadas de proteção das pessoas como sujeitos de direitos.

Das muitas discussões sobre o direito internacional que tangenciam este caso, uma delas é como se dá formação do direito. De vital importância para o positivismo, ela permite compreender porque apenas com a redução da autoridade política soberana, discutida neste item, a Corte poderia ter agido de modo a reconhecer a flexibilização do princípio da imunidade nos casos de crimes de guerra contra o *jus cogens*. A independência que as soberanias gozam no direito internacional faz com que toda e qualquer alteração deste *status* dependa da aquiescência dos Estados envolvidos no fato. Por isso, durante a interpretação de princípios ou de normas do direito internacional, a Corte não se vê autorizada a seguir

---

<sup>165</sup> Neste sentido, o filósofo do direito Scott Shapiro, com base no pensamento de Michel Bratman, aponta para escalada da vida social na atualidade, destacando a quantidade de iniciativas coletivamente desenvolvidas (*massively shared agency*) por uma sociedade de larga escala global, ou de “massas”, que empreende negócios interdependentes, cooperativas e uniões para a criação de informação (como a comunidade *wiki*, por exemplo), serviços (jogos on-line e compras coletivas) e produtos (programação de softwares livres e abertos), realizados de forma compartilhada por meio da internet. SHAPIRO, 2011, p. 20.

<sup>166</sup> BAUMAN, 2007, p. 31.

aquele entendimento que pode vir a mudar o *status* dos Estados, mesmo que identifique e reconheça como outro o fundamento jurídico do caso.

## 2. Hierarquia de normas no direito internacional

A atividade legislativa no direito internacional é difusa e desconcentrada. No entanto, apesar da existência de vários “sistemas de direito internacional”,<sup>167</sup> tradicionalmente, guia o exercício da atividade interpretativa das autoridades internacionais o art. 38 do Estatuto da CIJ (*Rules of Court*), visto como uma fonte formal do direito internacional.<sup>168</sup> Nele, está descrito o conjunto de normas que compõem o direito internacional, quais sejam: os tratados, as convenções internacionais (gerais ou especiais, que estabelecem regras reconhecidas pelos Estados litigantes), o direito costumeiro internacional (aceito como uma prática geral com força de lei) e os princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações civilizadas. Como meio auxiliar para a determinação das regras de direito, estão as decisões judiciais e os ensinamentos dos internacionalistas mais qualificados.

Essa leitura dedica aos Estados o papel de principal responsável pela elaboração dos documentos normativos que devem orientar a conduta dos sujeitos do direito internacional, identificando também, além dos próprios Estados, as organizações internacionais, as organizações não-governamentais, as multinacionais e os indivíduos.<sup>169</sup> Em razão da diversidade dos sujeitos que compõem a comunidade internacional, muito se questiona sobre a capacidade das normas de direito internacional de se fazerem reconhecidas, ou seja, serem justificáveis, e de serem exigidas.<sup>170</sup> Esta questão é ligada intimamente à legitimidade das normas do direito internacional, sua autoridade e normatividade.

De acordo com Thomas Christiano, o que atribui legitimidade a essas normas é o consentimento entre os Estados. Contudo, esta tese tem sido afastada

---

<sup>167</sup> Aqui está se referindo aos sistemas autônomos que compõem a governança mundial. Eles são formados pelas estruturas dos Estados, e das organizações supranacionais e internacionais, tais como a União Europeia, Organização Mundial do Comércio, a Organização Internacional do Trabalho, a Organização das Nações Unidas. Estas organizações que possuem órgãos com competência legislativa e também dispõem de órgãos responsáveis pela adjudicação dos conflitos, cujos atos refletem nos ordenamentos jurídicos dos Estados e gozam dos efeitos além dos limites da soberania. PAULUS, 2010, p. 207.

<sup>168</sup> BESSON, 2010, p. 164.

<sup>169</sup> CHRISTIANO, 2012, p. 380.

<sup>170</sup> BESSON, 2010, p. 175.

porque ela não compreende importantes fenômenos das relações internacionais. O primeiro ponto que essa tese não abarca é a diferença de poderes nas relações entre os países. No âmbito internacional, não há ambiente de igualdade e liberdade entre as nações equiparado ao das associações voluntárias, que são formas básicas de organização onde o consentimento é moralmente aceito. Isso porque no ambiente internacional aos países menores não é dado o tratamento igualitário caracterizador do *status* de associado. Segundo ponto, a teoria do consentimento não consegue explicar como podem os Estados gerar as normas que obrigam as organizações internacionais, que são independentes deles. Terceiro, o consentimento não explica o surgimento e a obediência ao direito costumeiro internacional às normas do *jus cogens*, bem como a importância do *pacta sunt servanda* na prática do direito internacional.

Com o surgimento desses sujeitos em razão da globalização, do aumento do fluxo de comércio, de investimentos e de processos de trabalho, o projeto internacional se faz mais presente na vida das pessoas, e as discussões sobre soberania tal qual era conhecida se tornaram um amplo campo a ser desbravado por teses jurídicas,<sup>171</sup> uma vez que, em razão da aproximação entre os diversos povos, há mais demanda por estabilidade, certeza e previsibilidade.

Como declara Joseph Raz,<sup>172</sup> os contornos atuais do direito internacional fazem com que se enfrentem dois pressupostos básicos para o direito: legitimidade e soberania. As bases da tese do consentimento no direito internacional não conseguem equilibrar esses dois elementos constitutivos do direito. O importante filósofo do direito manifesta em sua palestra (*lecture*) durante a *Second Kellogg Biennial Lecture on Jurisprudence*, realizada na Biblioteca do Congresso Norte-Americano, em 2011, que há grandes desafios nesta análise, pois, no direito internacional a relação entre esses dois conceitos é inversamente proporcional, ou seja, quanto mais legitimidade do direito internacional, menos soberania, e vice versa.<sup>173</sup>

Pelos motivos acima apontados, entendemos que a origem da não efetivação do direito de reparação em razão dos atos apontados no caso *Jurisdictional Immunities of the State* pela CIJ perpassa pela postura da Corte de levar muito a sério as orientações positivistas que, até então, prezam pelas prerrogativas do Estado.

---

<sup>171</sup> DUNOFF; TRACHTMAN, 2009, p. 21.

<sup>172</sup> RAZ, 2012.

<sup>173</sup> RAZ, 2012.

Em razão da proliferação do número de organizações internacionais e da tendência de elas se tornarem as principais elaboradoras de normas desse sistema, verifica-se o compartilhamento de competências entre elas e as estruturas das nações soberanas. Parece que a tendência atual no direito internacional é a consolidação dessas instituições, privilegiando a questão da legitimidade do sistema, em superação da tese do consentimento e com relativo enfraquecimento da soberania dos Estados. Não obstante essa constatação, a comunidade internacional se depara com decisões conservadoras, como a ora estudada, onde a tese da soberania encontra um forte apelo.

Uma das soluções aceitas pelos adeptos da doutrina mais atual do positivismo para discutir a questão da legitimidade é reinterpretar a tese das fontes do direito. Com essa proposta, eles procuram deixar o sistema internacional funcional e compreensível, ao associar a tese do consentimento ao dever de justificação.

Um dos pressupostos desta perspectiva é discutir sobre a constitucionalização, ou “quase-constitucionalização” do direito internacional em razão do conteúdo do *jus cogens* no direito internacional, que compreende normas tidas como de caráter impositivo.<sup>174</sup> De acordo com essa visão, por meio de uma interpretação democrática da tese do consentimento, poderão ser superados os difíceis problemas da universalização, da objetivação e da hierarquização do direito internacional, e das incongruências deste sistema jurídico, reduzindo-se as lacunas no direito e aumentando-se o seu grau de previsibilidade.<sup>175</sup>

Por meio desses debates, verifica-se que hoje há demandas de controle sobre o comportamento dos Estados, o aumento da transparência dos mecanismos internacionais e a exigência de obediência ao princípio do igual respeito. Dentre esses, a ideia de igual direito entre Estados se destaca por pregar obediência às normas, não apenas na esfera nacional, mas também no âmbito internacional, de modo a dar novos contornos a ideia de *rule of law*.

A despeito do profuso debate em torno do estabelecimento e aperfeiçoamento das instituições internacionais, verifica-se, contudo, que muitas dessas discussões passam ao largo das questões referentes às violações mais graves aos direitos humanos praticadas durante o período de guerra. Muito do que se tem

---

<sup>174</sup> BESSON, 2010, p. 182; CHRISTIANO, 2012, p. 392.

<sup>175</sup> BESSON, 2010, p. 174; CHRISTIANO, 2012, p. 380.

tratado hoje sobre os direitos humanos e o *jus cogens* é referente a garantias dos indivíduos típicas dos direitos fundamentais, tais como direitos políticos, direitos sociais e ambientais, titularizados pelo cidadão contra o seu Estado de origem.<sup>176</sup> Quando se trata da proteção de pessoas sujeitas à intervenção militar de Estados estrangeiros, parece que a mesma lógica não é aceita. Tem prevalecido a tese do ato de soberania, *acta jure imperii*, no âmbito internacional. Os julgamentos ocorridos após a Segunda Guerra Mundial que renovaram o valor do ser humano na comunidade internacional aparecem como uma exceção, enquanto deveriam ser a regra.

O resgate do caso se faz aqui importante em razão da existência dos confrontos atuais que se observam no mundo. Eles suscitam reflexões sobre qual é o padrão de comportamento, ou de uma obrigação normativa, que a CIJ está repassando aos Estados, quando esses se virem na iminência de (des)respeitar os direitos dos sujeitos de outro Estado com que se está em conflito. Na ordem atual, com o distanciamento dos grandes confrontos e a redução da ameaça de embate entre duas grandes potências e seus blocos, os atos de guerra ganham novos contornos.

A guerra contemporânea é pulverizada e regionalizada, ficando alheia à visão da opinião pública mundial.<sup>177</sup> A esta, as intervenções militares de hoje se mostram não como um conflito armado entre Estados, mas como um enfrentamento a uma insurgência doméstica.

Como o fenômeno da fragmentação não é exclusivo do direito, mas afeto às questões sociais como um todo, as repercussões da vacância de poder e da violência tem sido perceptíveis tanto dentro das nações, quanto na relação entre elas. No segundo caso, se tem a guerra, não contra um Estado, mas contra um grupo de pessoas identificado com uma causa político-cultural.

Os conflitos ficam, a cada dia, mais distantes das populações críticas à medida que se tornam mais frequentes e cotidianos. Como se pode ver, a guerra está aí, mesmo que mascarada com o nome de enfrentamento ao “terror”. Pensar nos contornos do princípio da imunidade de jurisdição do Estado e do que se entende por *acta jure imperii* se faz, logo, muito atual. O momento é oportuno não só pela

---

<sup>176</sup> RAZ, 2010, p. 47.

<sup>177</sup> NAÍM, 2013, p.179.

necessidade de respeitar e reparar as pessoas cujos direitos foram gravemente violados, mas para sinalizar aos Estados os atuais limites da sua soberania e reforçar a superioridade da norma de *jus cogens*.

Buscar argumentos que reconheçam o *jus cogens* como norma de conteúdo independente superior às demais do sistema jurídico internacional, é esboçar a hierarquização do direito internacional pelo seu conteúdo.<sup>178</sup> Essa percepção pode ser associada à relevância dos direitos fundamentais, especialmente nos sistemas nacionais dos países de governo liberal democrático, como regras sociais de primeira importância.<sup>179</sup>

Dentro dos Estados, há o reconhecimento de que práticas sociais relacionadas aos direitos fundamentais são um fenômeno global.<sup>180</sup> Elas são registradas de modo semelhante em vários locais do mundo a partir de eventos em comum. Essa constatação permite identificar a ocorrência de uma “polinização cruzada” de eventos constitucionais, como citado por Marcelo Neves.<sup>181</sup>

Desse modo, de caso-a-caso, tem-se o resgate do *jus gentium*, ou o direito das nações ou dos povos. Na visão de Jeremy Waldron, esse consiste em um conjunto de princípios comuns observados no direito positivo de vários países por meio de uma sensibilidade jurídica.<sup>182</sup>

Contra o vácuo jurídico do direito positivo no direito internacional, a reação vem das jurisdições nacionais. Como um movimento de baixo para cima, os juízes têm reconhecido o aprendizado acumulado nas decisões dos juízes e legisladores de outros países que lidam com os problemas reais dos direitos humanos.<sup>183</sup> As decisões das jurisdições italiana e grega, logo, são o indício dessa mudança. Elas representam o direito das nações que ganha força dentro dos Estados Soberanos.

---

<sup>178</sup> BESSON, 2010. p 183.

<sup>179</sup> Com Thomas Bustamante, registramos aqui a crítica à tese de que a autoridade do direito depende do conteúdo, de vital importância para o positivismo, que nega a importante conexão entre direito e moral. Com a superação do positivismo, a autoridade efetiva da lei depende, pelo menos em parte, da sua capacidade de fundamentar a sua pretensão de autoridade ou buscar convencer as pessoas sujeitas à sua autoridade de que o seu poder normativo é moralmente justificado. BUSTAMANTE, 2014, p. 5.

<sup>180</sup> BELLAMY, 2003, p. 176.

<sup>181</sup> NEVES, 2009, p. 165.

<sup>182</sup> WALDRON, 2012, p. 35.

<sup>183</sup> WALDRON, 2012, p. 41.

O caso ora estudado<sup>184</sup> é bastante interessante por mostrar que, enquanto se tem toda uma ação interna nos Estados para reconhecer que há um diálogo institucional sobre os valores mais caros ao ser humano, a CIJ, na prática, se abstém de participar desse debate.

Ao não obrigar o Estado Alemão a se responsabilizar pelos seus atos, a Corte ignorou o avanço das normas de direitos humanos contrárias 1) ao atentado à vida, à liberdade e à dignidade dos cidadãos italianos e gregos praticados pela Alemanha nos seus territórios de origem; 2) à imposição, aos militares e civis italianos (e civis gregos), de trabalho forçado para a indústria bélica alemã durante a Segunda Guerra Mundial; e 3) ao tratamento diferenciado promovido pela lei de reparação alemã, que excluiu esses três grupos do critério de abrangência de tal norma e, conseqüentemente, negou-lhes o direito de reparação pelas ofensas sofridas. Sua ação tornou incerta a realização das normas de *jus cogens* e do direito internacional dos direitos humanos.

Quanto ao direito de reparação às vítimas das sérias violações praticadas pelo Estado Alemão, que configuraram crimes de guerra mesmo no período em que ocorreram, ela deixa para os Estados negociarem norma que discipline o assunto. Especialmente em um caso tão importante sobre a responsabilização de Estado por ofensas graves praticadas contra direitos humanos (normas de *jus cogens*), a CIJ foi conservadora, quanto ao direito de reparação às vítimas e à realização do direito orientado pelo *jus cogens*.

Também surpreende a Corte Constitucional Alemã, que não identifica a exclusão de vítimas italianas e gregas da Lei Federal de 2000 como ofensa ao princípio da equidade previsto no art. 3º da Lei Fundamental Alemã (*Basic Law for the Federal Republic of Germany*), cujo inciso primeiro declara que todas as pessoas são iguais perante a lei e que não deve haver qualquer espécie de favorecimento ou discriminação em razão de gênero, parentesco, raça, idioma, nacionalidade e origem, fé ou opinião política e religiosa sob sua jurisdição.<sup>185</sup>

---

<sup>184</sup> O caso em estudo é bastante rico em razão da comunicação entre instâncias nele contida. Além das normas de direito internacional citadas, também foram apresentados diversos casos que tangenciam o assunto. Eles são: julgados da própria Corte, da Corte Europeia de Direitos Humanos e de cortes constitucionais nacionais. O caso, em si, é emblemático. Ele possui o debate entre cortes superiores de três Estados, Alemanha, Itália e Grécia, com a manifestação da Corte Europeia de Direitos Humanos e Corte Internacional de Justiça.

<sup>185</sup> Diz o art. 3º da Lei Fundamental Alemã que a igualdade perante a lei é direito fundamental no Estado Alemão, sendo que (1) todas as pessoas devem ser tidas como iguais perante a lei; (2) não

A atuação da CIJ não reflete o padrão adequado ao quadro social, político e jurídico em formação na comunidade internacional, que considerou o empoderamento das pessoas comuns a mais importante transformação política da contemporaneidade.<sup>186</sup> Como afirma Andreas Paulus, não é por acaso que a CIJ em suas manifestações continua a mostrar uma certa reticência ao julgamento dos direitos e obrigações para os indivíduos.

No exemplo provavelmente mais característico, a Corte não decidiu, no seu Parecer Consultivo sobre a Ameaçou ou Uso de Armas Nucleares, sobre a questão de saber se os interesses de sobrevivência do Estado ou os princípios humanitários prevalecem quando há conflitos uns com os outros. Para modificar a presunção da soberania do Estado de Lotus, o então presidente da CIJ Bedjaoui criou a categoria de "nem permitido nem proibido" para um confronto entre os valores do Estado e individuais.

Alguns juízes consideraram a posição da Bedjaoui como uma abdicação inadmissível da função própria da Corte. Nas palavras de um de seus sucessores, Rosalyn Higgins, "o papel do juiz é precisamente decidir qual das duas normas concorrentes é a aplicável nas circunstâncias específicas". Um *non liquet* – por exemplo, a impropriedade ou a impossibilidade de uma corte ou tribunal proferir uma sentença ou parecer sobre o fato – reflete a incapacidade da Corte para decidir um conflito de valores por meios judiciais. O direito internacional clássico da complexidade de Lotus não poderia entrar em tal situação - na ausência de uma norma jurídica, o Estado estaria livre para agir do modo que lhe conviesse, mesmo se violasse a soberania de outro Estado. No entanto, a visão contrária – de que um *non liquet* deve ser evitada não através da aplicação de uma regra formal padrão como no caso de Lotus, mas por referência aos valores da comunidade internacional - parece utópica.

A Presidente Higgins corretamente enfatizou a resolução de conflitos para a manutenção da paz e segurança como o objetivo central da jurisdição internacional, que serve não apenas ao Estado, mas também aos interesses humanos. No entanto, uma vez que a proibição do uso da força geralmente impede os Estados de usá-la contra o outro – a guerra do Iraque é a exceção e não a regra - o direito internacional tem ampliado no sentido de incluir toda a extensão das interações do Estado. Assim, a regulação dos interesses da

---

deve haver diferenças entre homens e mulheres, cujos direitos são considerados iguais, e (3) nenhuma pessoa deve ser favorecida ou desfavorecida por causa do sexo, filiação, raça, língua, pátria e origem, fé ou opiniões religiosas ou políticas (ALEMANHA, 1949). Não obstante, a Alemanha possui tal previsão normativa, ela promulgou lei para realizar a reparação dos atos ilícitos práticos durante a Segunda Guerra Mundial, porém excluiu da abrangência desta pessoas nas mesmas circunstâncias fáticas dos que foram beneficiados com a elaboração da lei, mas pertenciam a grupos étnicos diferentes dos que foram identificados pelo legislador, ou seja, não eram pessoas com origem nos países do leste europeu ou em Israel.

<sup>186</sup> RAZ, 2010, p. 42.

comunidade também está sob a jurisdição dos tribunais internacionais, tanto o consultivo quanto o contencioso.<sup>187</sup>

Como o direito internacional é destituído de hierarquia em suas fontes, os juízes, na sua atuação, se prendem ao que foi tratado pelos Estados utilizando como critério de interpretação apenas os princípios de aplicação *lex specialis* ou *lex posterior*.<sup>188</sup> Por um dever de coerência com as normas e convenções presas ao passado, os juízes vinculados a esses pressupostos não se permitem olhar para o presente e sair da “moldura”, dos limites impostos pela autoridade dos Estados.<sup>189</sup> Esse formalismo da corrente positivista, que o prende à necessidade da convenção entre Estados, é um dos motivos pelos quais ele tradicionalmente recebe duras críticas.

### 3. Direito, coerção e moral no direito internacional.

Para o positivismo, a discussão sobre o funcionamento da ordem internacional é cercada de dúvidas ou incertezas. Ao contrário das construções teóricas sobre sistemas jurídicos ou das tradicionais teorias da justiça, muito bem desenvolvidas por serem vinculadas às ordens políticas e jurídicas dos Estados, o

---

<sup>187</sup> PAULUS, 2010, p. 212. Tradução nossa do original em inglês: In the probably most characteristic example, the Court did not decide, in its Advisory Opinion on the *Threat or Use of Nuclear Weapons*, on the question of whether the state interest of survival or humanitarian principles prevail when in conflict with each other. To modify the *Lotus* presumption of state sovereignty, then-ICJ President Bedjaoui created the category of ‘neither allowed nor forbidden’ for a clash between state and individual values. Some judges regarded Bedjaoui’s position as an inadmissible abdication of the proper role of the Court. In the words of one of his successors, Rosalyn Higgins, ‘the judge’s role is precisely to decide which of two or more competing norms is applicable in the particular circumstances’. A *non liquet*—for example, the impropriety or impossibility for a court or tribunal to hand down a judgment or opinion—indeed reflects the inability of a court or tribunal to decide a value conflict by judicial means. Classical international law of the *Lotus* variety could not come into such a situation—in the absence of a legal rule, a state was free to act however it pleased, even if it intersected with the sovereignty of another state. Yet, the contrary view—namely that a *non liquet* should be avoided not by the application of a formal default rule as in the *Lotus* case, but by reference to the values of the international community — appears utopian.

President Higgins rightly emphasizes the resolution of disputes for the maintenance of peace and security as the central purpose of international adjudication, which serves not only state, but also human interests. However, since the prohibition on the use of force generally prevents states from using force against each other — the Iraq wars being the exception rather than the rule — international law has broadened towards including the whole range of state interaction. Thereby, the regulation of community interests also comes under the jurisdiction of international courts, both advisory and contentious.

<sup>188</sup> BESSON, 2010, p. 183.

<sup>189</sup> Não se identificou nenhum trabalho que abordasse sobre a discricionariedade no âmbito da decisão judicial nos órgãos de competência jurisdicional internacional. Compreendeu-se que, para a corrente positivista, pelo fato das decisões desses serem baseadas estritamente na vontade dos Estados, não há qualquer discricionariedade dos julgadores. Apenas aos Estados é admitido uso desse poder.

direito internacional convive com um vazio de instituições e hierarquia que desafia a sistematização do raciocínio jurídico pelas premissas trabalhadas pelo positivismo.

Isso porque quaisquer pretensões de desenvolvimento de uma teoria analítica da decisão no âmbito global esbarram na ideia de que esse campo das relações sociais humanas está ainda em estágios iniciais de formação<sup>190</sup> e carece de construções básicas, tais como as noções de autoridade e legitimidade das decisões.

Jeremy Bentham, o idealizador do termo direito internacional,<sup>191</sup> nas trilhas de Hobbes, sugere uma ordem que regule as ações entre os Estados deveria ser concebida de forma análoga ao funcionamento do direito existente na ordem interna. Ao transpor as noções relativas ao direito pertencente a um espaço e grupo delimitado aos limites da soberania, contudo, Bentham se deparou com uma série de incongruências inadmissíveis no âmbito tradicional da teoria geral do direito, como a ausência de coerção e de instituições com autoridade para impor aos transgressores as sanções decorrentes dos comportamentos tidos como desviantes.

Havia, também, dificuldades em harmonizar as noções de soberania e imperatividade de uma ordem jurídica externa. Essas e outras questões foram as razões motivadoras do entendimento de que as normas internacionais deveriam ser tidas como direito, apenas por questões de uso, de convenção, não constituindo um sistema jurídico.

O primeiro contato com o debate sobre a ética no direito internacional na teoria do direito é um pouco áspero e gera uma série de questionamentos sobre a legislação, a juridicidade e a coerção no direito internacional. São muitas as dúvidas sobre a existência da ação de uma norma de validação do sistema e da autoridade política decorrente da comunidade internacional, em razão da debilidade das organizações internacionais, capazes de coordenar o convívio entre os Estados e povos.

Os textos mais tradicionais sobre o assunto, de orientação positivista, não conseguiram tratar a questão. Restringiram-se aos debates realizados no processo de elaboração do conteúdo da legislação de cada Estado ou elaboração de mecanismos de conciliação das demandas envolvendo os Estados e povos. Devido à defesa da tese da posição neutra, destituída de interesse no conteúdo “substantivo”

---

<sup>190</sup> NAGEL, 2005, p. 113.

<sup>191</sup> HART, 2009, p. 305.

do fenômeno jurídico, as descrições sobre o funcionamento do direito internacional, logo no início da discussão sobre as origens e fundamentos do direito internacional, já sofrem com uma série de dificuldades.

Mesmo as leituras positivistas mais sofisticadas que tratam essas normas sob um viés crítico, como o texto de Hart sobre o direito internacional constante no Capítulo X da obra *O conceito de direito*, partiram da análise deste em comparação com a descrição que se faz do direito interno. Nestas, o direito internacional foi comparado ao funcionamento de um sistema simples de regras de obrigação primárias. Desse modo, ele foi visto como um estágio distante do direito interno pertencente aos Estados, dotados de estruturas políticas e jurídicas mais organizadas e “sofisticadas”, tidas como “um luxo”<sup>192</sup> decorrente da organização política hierarquizada dos Estados nacionais – algo longe de se verificar no âmbito internacional.

Ao considerar o intervalo entre o momento histórico em que as concepções positivistas foram elaboradas e a realidade social de hoje, vê-se que os pressupostos dessa teoria sobre o direito internacional foram ultrapassados pelos eventos históricos.

As posturas positivistas compreendem o direito internacional como conjunto de normas de caráter factual. E, portanto, negam um ponto essencial à discussão sobre o direito internacional contemporâneo: a importância do caráter moral contido nas noções de *jus cogens* e de direitos humanos. Isso porque esse conjunto de normas traz em sua origem a preocupação moral em proteger o ser humano. Uma discussão sobre os direitos humanos para os positivistas expõe as fragilidades e incongruências dos pressupostos dessa corrente.

Sem muitos méritos, a decisão da Corte foi de visão curta, ao se apoiar em argumentos frágeis que recusam a discussão sobre as questões substantivas. Como declara o juiz Kono, a Corte não deve adentrar na questão substantiva da legalidade da conduta alemã para resolver a questão da imunidade de jurisdição. A sua jurisdição, neste caso, está limitada apenas à questão da imunidade de jurisdição, e examinar, pois, “qualquer” questão relacionada à conduta da Alemanha seria uma postura que excederia as competências da Corte, cuja decisão seria *ultra petita*.<sup>193</sup>

---

<sup>192</sup> HART, 2009, p. 303.

<sup>193</sup> CIJ, 2012a, p. 62.

Como se pode observar, a CIJ se recusou a decidir sobre as questões relativas ao núcleo do direito internacional,<sup>194</sup> adotando um viés procedimental típico do processo civil dos séculos XIX e XX, de atrelamento estrito do juiz ao pedido. Tal concepção, todavia, mesmo no plano interno dos países já foi superada.

Voltando ao caso, os direitos humanos e as normas de *jus cogens* nele tratadas não são abstratas, nem “supérfluas”. Está-se discutindo no caso graves violações à vida de pessoas<sup>195</sup> que foram ofendidas em seus direitos mais básicos, como o direito de não ser retirado de seu país coercitivamente, de não ter a sua liberdade restringida, de ter acesso a uma alimentação e a condições de higiene ou saúde mínimas, de não ter a sua integridade física violada e de não ser submetido a trabalhos arriscados ou exaustivos por coerção, sem nenhuma forma de pagamento.

Por esses motivos, essa decisão tem que ser analisada, e as construções teóricas que as fundamentaram, revistas. Não se está aqui, de forma alguma, dizendo que os seguidores das correntes positivistas são contra os direitos humanos. Pelo contrário, na visão de Amartya Sen, Hart foi um dos grandes propagadores da ideia e da utilidade dos direitos humanos como fonte de inspiração para a legislação, segundo posicionamentos apresentados pelo jurista no artigo *Existem direitos naturais?*.<sup>196</sup>

A mais atualizada corrente do positivismo defende e reconhece o valor dos direitos humanos. Positivistas de escol, como Joseph Raz, atestam que os direitos humanos devem ser vistos como medidas que estabelecem limites para a soberania do Estado, especialmente, quando, para alcançar determinados fins, os Estados se valhem da sua soberania para a prática de crimes contra a humanidade. Os direitos humanos, da forma vista por ele, são responsáveis por desativar o escudo da soberania.

O que se está sustentando aqui é que a prática positivista é limitada, contrária à problemática da justiça e ignorante do transconstitucionalismo que envolve conflitos entre normas de direito internacional e do *jus cogens*, e favorece a tomada de decisão a favor dos interesses do Estado.

---

<sup>194</sup> DUNOFF; TRACHTAN, 2009, p. 20.

<sup>195</sup> Estes são os exemplos de direitos humanos identificados por Joseph Raz no seu texto *Direitos humanos sem fundamentação*, na esteira de John Rawls, como sendo aqueles bens jurídicos que atingem o ser humano em seus direitos mais essenciais. RAZ, 2007, p. 9.

<sup>196</sup> SEN, 2011, p. 398-9.

Essa posição ignora que, com a globalização, o direito internacional hoje não pode mais ser visto como um conjunto de tratados e acordos interestatais.<sup>197</sup> Ele deve ser entendido como prática social e jurídica cujo objetivo demonstra preocupações que repercutem, principalmente, nas questões referentes à defesa e proteção do ser humano. No cerne dos debates a respeito dos anseios constitucionais, cada vez mais influenciado pelos acontecimentos e reflexões desenvolvidos em todo o mundo, há a preocupação com a proteção e promoção dos direitos com tendência a serem vistos como conquistas universalizáveis. Este fato conduz ao reconhecimento da existência de uma teia transconstitucional estabelecida por meio do intercâmbio de informações e críticas de conteúdo jurídico.<sup>198</sup>

Como alternativa às posturas positivistas limitadas, como as apontadas no caso, o positivismo tem reagido com novas formas de interpretar o direito internacional. Para começar, ele tem enfrentado o sério problema da obrigatoriedade, legitimidade política, e coerção no direito no âmbito internacional. No artigo, *Exclusão: coerção do direito doméstico e do direito internacional*, os professores de Yale Oona A. Hathaway e Scott J. Shapiro sustentam a tese de que o conceito de direito não está, necessariamente, conexo à estrutura estatal que atribui obrigatoriedade e respeito ao direito através do uso da força monopolizado pelo Estado.<sup>199</sup>

A partir das críticas ao direito internacional realizadas por aqueles que se dizem atrelados à tese do Estado Moderno soberano, os autores desconstruem os principais argumentos teóricos desta corrente, qual seja: 1) a objeção interna e 2) a objeção da força bruta, ambas vinculadas à concepção de Estado Moderno, para reforçar as características próprias do sistema jurídico internacional e permitir avanços da teoria do direito que contemplem esses fundamentos na noção de direito.

Como objeção interna, entendem os autores a denúncia de que o direito internacional é destituído de aparato institucional, ou burocracia, que garanta a efetivação de sanção para os casos de violação das regras de comportamento instituídas. Já a objeção da força bruta, continuam, é descrita como o ataque à natureza da sanção do direito internacional, vista por esses críticos como fracas retribuições morais exercidas pelos países membros da comunidade internacional,

---

<sup>197</sup> NEVES, 2009, p. 133.

<sup>198</sup> Do ponto de vista da ordem internacional, isso significa a incorporação das questões constitucionais no âmbito de competência de tribunais, que passam a levantar a pretensão de decidir com caráter vinculatório imediato para agentes e cidadãos dos Estados. NEVES, 2009, p. 133.

<sup>199</sup> HATHAWAY; SHAPIRO, 2011, p. 309.

pois eles abrem mão da violência ou do exercício da força física na resolução dos conflitos internacionais. Como bem destacam, para esses críticos, as duas objeções andam juntas e compõem o paradigma de direito da concepção de Estado Moderno. Eles se distinguem porque enquanto a objeção interna discute *quem* aplica a lei, a objeção da força bruta está mais interessada em *como* ela é aplicada.

Essa leitura feita pelos positivistas tradicionais, críticos do direito internacional por estarem arraigados à tese do Estado Moderno, defende que a noção atual de direito – a sua juridicidade - é decorrente da centralização do poder pelo Estado. Dele surgem os fenômenos da sistematização na produção e aplicação do direito (a objeção interna) e o uso da força física concentrada nos casos de descumprimento ou desobediência do comportamento obrigado (objeção da força bruta). Sem a figura do Estado Moderno, o fenômeno jurídico, que se desdobra na previsibilidade e na segurança, não seria possível.

Desconstruindo as críticas dirigidas ao direito internacional, os autores positivistas de vanguarda buscam demonstrar que as objeções apresentadas são destituídas de fundamentos por se apoiarem em pressupostos que, apesar de importantes, não os são únicos que compreendem a prática do direito. O fenômeno jurídico que envolve o direito internacional não precisa, necessariamente, decorrer de uma vontade soberana superior ou supranacional dotada de estrutura burocrática, como polícia, prisão e promotores, para ser qualificado como direito e exigir obediência aos seus princípios.

Com base nas percepções iniciais desse texto e nas importantes observações indicadas por Hathaway e Shapiro a respeito do funcionamento do direito internacional, é possível o convencimento de que a comunidade internacional dispõe na atualidade de recursos políticos e jurídicos hábeis à organização e ao estabelecimento de diretrizes voltadas ao controle dos comportamentos dos sujeitos de direito internacional. Não há como negar que, sob os critérios procedimentais, o direito internacional é válido, apesar de não haver e nem ser possível hoje se pensar em uma supraestrutura coercitiva e diretiva que determine os rumos da governança global.

Mas reconhecer sob os pressupostos positivistas a validade do direito internacional, mesmo que tardio, com base em um sistema de governança intragovernamental e intraorganizacional, não tira o mérito desta corrente, que busca

questionar sobre o funcionamento do sistema jurídico conhecido na atualidade por ser sistema difuso e de instrumentalização complexa. Esta é a nova fronteira da teoria do direito logo no início da virada para a segunda década do século XXI. Ela busca, superar a tese da neutralidade como a contida na manifestação do juiz Abul G. Koroma, segundo o qual:

(...) para o direito internacional atual, portanto, os Estados continuam a ter direito à imunidade soberana para os atos de natureza *acta jure imperii* cometidos por suas forças armadas durante um conflito. Dado que a tarefa do Tribunal é aplicar o direito existente, nada no julgamento de hoje da Corte impede a evolução contínua do direito sobre o princípio da imunidade do Estado. No século passado, o direito de imunidade do Estado evoluiu consideravelmente de modo que estava significativamente circunscrito às circunstâncias nas quais um Estado teria direito à imunidade. É possível que outras exceções à imunidade do Estado venham a continuar a se desenvolver no futuro. O acórdão do Tribunal aplica o direito tal como ele existe hoje.<sup>200</sup>

Nos dias atuais, é incômoda a postura positivista que preserva as bases de seu pensamento indicando a inviabilidade ou ineficácia de sanções aos sujeitos mais poderosos das relações, como o Estado Alemão nesta decisão. Declarar no julgamento que a lei deve ser aplicada como o é hoje, sem tomar em conta o seu processo de evolução, é passível de críticas.<sup>201</sup>

---

<sup>200</sup> CIJ, 2012a, p. 64. Tradução nossa do original em inglês: Under current international law, therefore, States continue to be entitled to sovereign immunity for *acta jure imperii* committed by their armed forces during armed conflict. Given that the Court's task is to apply the existing law, nothing in the Court's Judgment today prevents the continued evolution of the law on State immunity. In the past century, the law on State immunity has evolved considerably in a manner that has significantly circumscribed the circumstances in which a State is entitled to immunity. It is possible that further exceptions to State immunity will continue to develop in the future. The Court's Judgment applies the law as it exists today.

<sup>201</sup> Também, outra passagem da opinião do mesmo juiz que vale a pena ser destacada é a de que "Grécia tem razão ao afirmar que o direito internacional humanitário de agora considera os indivíduos como beneficiários finais das reparações por violações dos direitos humanos (ver Comissão de Direito Internacional, elaboração dos artigos sobre a Responsabilidade dos Estados por Atos Ilícitos Internacionais (A/56/10), art. 33, comentário terceiro). Este é um desenvolvimento positivo que deverá certamente ser bem-vindo, uma vez que reflete a crescente importância dos direitos humanos individuais no direito internacional. Isso não significa, no entanto, que o direito internacional proporciona aos indivíduos o direito de fazer pedidos de reparação diretamente contra um Estado estrangeiro. Nada na Convenção de Haia (IV) ou no Protocolo de 1977 apoia tal proposição. Os artigos relevantes destas duas convenções prevêm apenas que os Estados devem "pagar indenizações", se violarem as disposições das convenções. Eles não pretendem exigir que os Estados paguem indenizações diretamente aos indivíduos lesados." CIJ, 2012a, p. 64. Tradução nossa do original em inglês: Greece is correct in stating that international humanitarian law now regards individuals as the ultimate beneficiaries of reparations for human rights violations (see International Law Commission, draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (A/56/10), Art. 33, comment 3). This is a positive development that should certainly be welcomed, as it reflects the increasing importance of individual human rights in international law. It does not follow, however, that international law provides individuals with a legal right to make claims for reparation *directly* against a foreign State. Nothing in the

Essas conclusões vão ao encontro da reflexão de Norberto Bobbio, para quem a ordem jurídica precisa mais de atuação e concretização do que novas declarações de direitos - representados por toda ordem de estatutos e códigos que a cada dia são promulgados; ou seja, já “não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é a natureza e seu fundamento (...) mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados”.<sup>202</sup> Questões como as aqui postas superam os problemas dos arranjos e desenhos institucionais. Se não observadas, deixam direitos no vácuo.

---

Hague Convention (IV) or the 1977 Protocol I supports such a proposition. The relevant Articles of these two Conventions provide only that States must “pay compensation” if they violate the provisions of the Conventions. They do not purport to require that States pay compensation *directly to aggrieved individuals*.

<sup>202</sup> BOBBIO, 2004, p. 25.

## CAPÍTULO IV

### Imunidade ou impunidade na Jurisdição

*A situação ideal, naturalmente, seria a comunidade humana que tivesse subordinado sua vida instintual ao domínio da razão. Nada mais poderia unir os homens de forma tão completa e firme, ainda que entre eles não houvesse vínculos emocionais. No entanto, com toda a probabilidade isto é uma expectativa utópica. Não há dúvida de que os outros métodos indiretos de evitar a guerra são mais exequíveis, embora não prometam êxito imediato. Vale lembrar aquela imagem inquietante do moinho que mói tão devagar, que as pessoas podem morrer de fome antes de ele poder fornecer sua farinha. Freud<sup>203</sup>*

#### 1. A primazia do *jus cogens*

Até o presente momento, foi feita uma análise sobre a decisão da CIJ sob a perspectiva das teorias que fundamentaram a tese majoritária predominante na decisão da Corte. A partir de agora, nos Capítulos IV e V serão traçados os possíveis contrapontos às teses realista e positivista já discutidas nos Capítulos II e III, respectivamente.

No presente Capítulo, uma reflexão teórica sobre o jusnaturalismo será realizada, a partir do voto dissidente do juiz Cançado Trindade. Não obstante reconhecer que a teoria adotada pelo magistrado aponta para a conclusão correta do caso em análise, ao final deste capítulo sustentaremos que ela é permeada por premissas jusnaturalistas difíceis de justificar, o que a torna insuficiente para fundamentar uma concepção teórica do direito internacional adequada para a prática jurídica.

Como desde o primeiro capítulo se vem discutindo, a origem da normatividade do direito internacional está associada às diferentes concepções que pressupõem a sua obrigatoriedade, em razão da teoria adotada pelo intérprete do direito internacional. Ela perpassa pela subordinação dos Estados e dos sujeitos a modelos teóricos que trabalham as dimensões da política e da moral na orientação do

---

<sup>203</sup> FREUD, 2005, p. 43.

comportamento humano. Nesta primeira parte do capítulo, discutiremos os pressupostos que estruturam a corrente do direito natural no plano internacional, contrapondo-a, especialmente, à corrente do positivista que é marcada pela tese das fontes formais do direito.

Na tradição iluminista, o jusnaturalismo é corrente do pensamento filosófico que defende a existência de um conjunto de direitos de cunho moral que obriga os Estados e os indivíduos a se comportarem de acordo com uma concepção de justiça pré-determinada. As teorias do direito natural manejam os fundamentos do direito com foco no estado de bem-estar dos indivíduos e no grau de satisfação daqueles bens que lhes são os mais básicos. Elas veem as normas morais sendo razões práticas<sup>204</sup> conclusivas que orientam a escolha e ação dos sujeitos.

A noção de moral defendida pelo direito natural é bem próxima de uma moral europeia e cristã que preza pela “regra de ouro” do igual respeito, do valor da igualdade e da liberdade dos indivíduos. Nesta perspectiva, os fatos jurídicos devem ser decididos e interpretados segundo o conjunto de normas de conduta que regem a prática e a convivência internacional sob os auspícios dos valores universalmente compartilhados.

Esses princípios refletem a idéia de uma justiça objetiva, que é consubstanciada no próprio sistema jurídico nacional ou internacional, incorporando, como eles fazem, valores superiores que podem satisfazer as aspirações da humanidade como um todo. Sua validade contínua está fora de questão, e sua relevância torna-se evidente na construção, em nossos dias, de um novo *jus gentium*, os direitos humanos internacionais. O *jus cogens* traz à tona, ainda, a importância da cooperação internacional na ordem pública, formada pelo respeito à dignidade da pessoa humana; não é de se surpreender que a maioria dos casos de incidência de *jus cogens*, hoje, dizem respeito à posição do indivíduo como sujeito de direitos.

A consolidação de obrigações *erga omnes* de proteção(infra), que se seguiu de normas imperativas do direito internacional, supera o padrão erigido no passado sobre a autonomia da vontade do Estado, que não pode mais ser invocado, tendo em vista a existência de normas de *jus cogens*.<sup>205</sup>

---

<sup>204</sup> GEORGE, 2008, p. 399.

<sup>205</sup> TRINDADE, 2010, p. 311. Tradução nossa do original em inglês: Those principles reflect the idea of an objective justice, are consubstantial with the national or international legal system itself, embodying, as they do, superior values, which can fulfil the aspirations of humankind as a whole. Their continued validity is beyond question, and their relevance becomes evident in the construction, in our days, of a new *jus gentium*, the international law for humankind. *Jus cogens* brings to the fore, furthermore, the relevance of international public order, conformed by the respect for the dignity of the human person; nor surprisingly, most cases of incidence of *jus cogens* pertain to the position of the individual as subject

Segundo o direito natural, o argumento que faz com que, especialmente, o Estado se vincule à sua autoridade é fato de ser intrínseco ao direito ser possuidor da fonte legítima de sua própria autonomia. O jusnaturalismo sustenta que o direito internacional não é restrito às fontes identificadas como “formais do direito”, conforme prega o positivismo. Para esta teoria, entender as fontes do direito internacional é o grande desafio dos teóricos do direito na atualidade.<sup>206</sup> Isso porque a questão da validade do direito internacional transcende o âmbito do direito positivo e dos incisos do art. 38 do Estatuto da CIJ.

O jusnaturalismo entende que o art. 38 do Estatuto da CIJ não é uma relação exaustiva, como fica evidente quando se discute o estabelecimento de uma hierarquia entre as fontes do direito internacional público. Para eles, não há restrição às dinâmicas que envolvem a prática internacional. Assim, segundo o entendimento desta corrente, os tratados e costumes são “positivações”<sup>207</sup> dos princípios gerais do direito adaptados para as situações históricas diferentes.<sup>208</sup> Para os adeptos do direito internacional fundado no direito natural, é mais fácil perceber a relação que há entre os princípios gerais do direito, tratados e costumes através da identificação dos “princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações civilizadas”, também denominado de *jus cogens erga omnes* (literalmente entendido como a lei que é convincente em relação a todos, sem a necessidade de acordo ou promulgação ou outras formas de adoção), ou “lei maior”, ou também de “direitos humanos fundamentais”.<sup>209</sup>

---

of rights. The consolidation of *erga omnes* obligations of protection (*infra*), ensuing from peremptory norms of International Law, overcomes the pattern erected in the past upon the autonomy of the will of the State, which can no longer be invoked in view of the existence of norms of *jus cogens*.

<sup>206</sup> TRINDADE, 2010, p.113.

<sup>207</sup> TRINDADE, 2010, p.114.

<sup>208</sup> Segundo Finnis, a derivação da lei dos princípios básicos do raciocínio prático tem, efetivamente, dois principais modelos identificados e nomeados por Aquino; mas estes não são dois fluxos que fluem por caminhos separados. O princípio central da lei do assassinato, do roubo, do casamento, do contrato pode ser uma simples aplicação de requisitos universalmente válidos de razoabilidade, ou um esforço para integrar estes domínios no Estado de Direito que irá exigir do juiz e legislador inúmeras elaborações nas quais a maioria dos casos participa do segundo modo de derivação. Este segundo modo, a simples *determinatio* por mais ou menos uma escolha autoritativa livre é em si mesma não só ligada aos os princípios básicos de inteligíveis em relacionamento com os objetivos (tais como a segurança do trânsito...), que estão diretamente relacionados aos bens humanos básicos, mas também são controlados por uma ampla estrutura de princípios formais e outros (tanto na forma de primeira e de segunda ordem) que em si são derivados dos princípios básicos do primeiro modo de derivação. FINNIS, 2011, p. 289, tradução nossa.

<sup>209</sup> FINNIS, 2014.

A tese das fontes formais, sustentada pelos positivistas, enfrenta os seus primeiros desafios quando se recusa a admitir a existência de normas válidas em função apenas de seu conteúdo substantivo, sob a premissa de que todo o direito é composto por convenções jurídicas aceitas pelos Estados. O positivismo, ao ficar restrito ao consentimento dos Estados,<sup>210</sup> como fundamento de autoridade do direito internacional, deixa de abranger uma série de dimensões que englobam a realização desse direito.

A tese positivista do consentimento dos Estados encontra, segundo Cançado Trindade, restrições ao não conseguir explicar o porquê dos costumes anteriores à origem dos novos sujeitos do direito internacional, sejam eles Estados recém-surgidos, organizações internacionais recentemente concebidas e a mudança de *status* dos indivíduos, apesar de não terem participado do processo de criação dessas normas costumeiras, a elas estão vinculados sem que a aceitação tenha sido necessária para a sua validade. Essas e outras circunstâncias demandam uma forma diferente de ver o direito internacional porque demonstram haver conexões entre a comunidade internacional e todos os seus sujeitos.

Para Cançado Trindade, não é o consentimento dos Estados, como quer o positivismo, que fundamenta a autoridade e o dever de sujeição ao direito internacional, mas as interações entre os sujeitos do direito internacional que fazem com que mesmo o mais importante dos Estados não consiga reclamar uma prática como sendo de direito internacional de forma individual ou unilateral, por mais importante que ele seja.<sup>211</sup> Apenas os integrantes da comunidade internacional, todos juntos, contribuem para a formação do direito internacional.

A previsão dos princípios gerais do direito, outro ponto de dificuldade para a tese positivista, segundo a visão dos jusnaturalistas, só poderia ser compreendida por uma leitura dos fundamentos naturais do direito internacional. Isso porque para o direito natural, o positivismo não consegue explicar o fato de os princípios gerais do direito indicarem a tensão oriunda da polaridade entre o direito natural (os princípios universais da justiça objetiva) e o direito positivo (a procura por princípios do direito reconhecidos e cristalizados na ordem jurídica doméstica).<sup>212</sup> Segundo Finnis,

---

<sup>210</sup> TRINDADE, 2010, p.117.

<sup>211</sup> TRINDADE, 2010, p. 138.

<sup>212</sup> TRINDADE, 2010, p. 122.

os princípios do direito natural, assim entendidos, são traçados, não só na filosofia moral ou ética e na conduta "individual", mas também na filosofia política e na teoria do direito, na ação política, na adjudicação, e na vida dos cidadãos. São esses os princípios que justificam o exercício da autoridade na comunidade. Eles exigem, desse modo, que essa autoridade seja exercida, na maioria das situações, de acordo com a maneira convenientemente rotulada de Estado de Direito, e com o devido respeito aos direitos humanos os quais foram incorporados às exigências da justiça e ao propósito de promover o bem comum no qual o tal respeito pelos direitos é um componente.<sup>213</sup>

Para os jusnaturalistas, o resultado da prática jurídica identificado nas ordens nacionais e a internacional fazem com que o direito internacional adote certos princípios não reconhecidos formalmente pelas fontes formais previstas no art. 38 do Estatuto da CIJ, o que faz com que a tese que defende a validade do direito criado apenas pelos processos formais seja rejeitada.

Assim, para levar a sério essa nova leitura do direito, é necessário promover a substituição do papel do consentimento dos Estados pelo consenso no processo de elaboração do direito internacional contemporâneo.<sup>214</sup> Essa nova tendência, verificada pelas codificações das conferências e do desenvolvimento progressivo do direito internacional, entende o processo de formação das normas desse como uma expressão da consciência da comunidade internacional, responsável por estabelecer os pressupostos da justiça objetiva.

Mas essa mudança de paradigma também depende de uma aceitação das próprias organizações internacionais do seu novo papel como formadoras de consensos. Elas precisam superar em suas decisões a clássica teoria das fontes

---

<sup>213</sup> Para Finnis o Direito Natural é composto por (i) um conjunto de princípios práticos básicos que indicam as formas básicas de desenvolvimento humano tidas como bem a ser perseguido e realizado, nela englobando (ii) um conjunto de requisitos metodológicos básicos da razão prática (em si uma das formas básicas de desenvolvimento humano) que distinguem o aceitável (*sound*) do pensamento prático não aceitável (*unsound*); e (iii) um conjunto de normas morais gerais, importantes para "distinguir pensamentos práticos aceitáveis e não aceitáveis", e que são capazes de diferenciar comportamentos razoáveis dos não razoáveis. FINNIS, 2011, p. 23. Tradução nossa do original em inglês: the derivation of law from the basic principles of practical reasoning has indeed the two principal modes identified and named by Aquinas; but these are not two streams flowing in separate channels. The central principle of the law of murder, of theft, of marriage, of contract . . . may be a straightforward application of universally valid requirements of reasonableness, but the effort to integrate these subject-matters into the Rule of Law will require of judge and legislator countless elaborations which in most instances partake of the second mode of derivation. This second mode, the sheer determinatio by more or less free authoritative choice, is itself not only linked with the basic principles by intelligible relationship to goals (such as traffic safety. . . ) which are directly related to basic human goods, but is also controlled by wide-ranging formal and other structuring principles (in both first- and second-order form) which themselves are derived from the basic principles by the first mode of derivation.

<sup>214</sup> TRINDADE, 2010, p. 132.

formais que não consideram com a devida conta a produção normativa emanada pelos órgãos de decisão internacionais, necessários para a transposição do paradigma interestatal da ordem jurídica internacional.

Esta contribuição de organizações internacionais se reflete em seu trabalho de codificação e desenvolvimento progressivo do direito internacional, o qual, por sua vez, tem fomentado o Estado de Direito nas relações internacionais. Essa contribuição, tem uma incidência direta no processo de formação do direito internacional, e representa, além disso, uma etapa importante no processo de institucionalização gradual da comunidade internacional, tendo em conta os princípios básicos do direito internacional.<sup>215</sup>

Logo, a ideia de direito não deve ser restrita às relações entre Estados. O direito internacional precisa levar em consideração as organizações internacionais e os demais sujeitos do direito internacional, tais como as pessoas, os grupos e indivíduos, que ativamente participam do processo de construção das suas normas, em um modelo de consenso que fundamente o direito internacional.

Para os jusnaturalistas, a validade do direito internacional é metajurídica e depende dos valores que se manifestam por si mesmos.<sup>216</sup> Assim, não há como deixar de dar importância aos princípios gerais do direito, que carregam em si os valores e as questões morais responsáveis pela fundação do direito internacional. Embora os valores pareçam *prima facie* transcender o domínio da ciência jurídica, eles apreendem e englobam todas as necessidades intrínsecas dos fins sociais e as formas de como realizá-los juridicamente.

A concepção da *opinio iuris* emerge como uma forma de se abandonar a perspectiva focada na importância da vontade dos Estados, movendo-se para uma “consciência jurídica comum”<sup>217</sup> expressa nas normas de direito costumeiro internacional. O processo de formação do direito internacional é muito mais amplo que a formulação das fontes formais do direito da qual depende, segundo os positivistas, a legitimidade das normas para regular a vida internacional. A aceitação dessa constatação faz com se considere a dimensão construtivista presente na formação do

---

<sup>215</sup> TRINDADE, 2010, p. 134. Tradução nossa do original em inglês: Such contribution, in having a direct incidence in the process of formation of International Law, represents, moreover, an important stage in the process of gradual institutionalization of the international community, bearing in mind the basic principles of International Law.

<sup>216</sup> TRINDADE, 2010, p. 135.

<sup>217</sup> TRINDADE, 2010, p. 137.

costume que desempenha um papel chave na identificação das normas gerais do direito internacional.

Os elementos fundamentais da ordem jurídica internacional são independentes da "vontade" dos Estados, e a *opinio juris* dá expressão à "consciência jurídica", não só das nações e dos povos (como sustentado no passado pela escola histórica), mas da comunidade internacional como um todo. Desta forma, cumpre a *necessidade* de uma *validade objetiva* dos princípios fundamentais e normas da comunidade internacional.<sup>218</sup>

Indica o juiz Cançado Trindade, na sua obra *Direito internacional para a humanidade*, que o primado da consciência jurídica representa o reconhecimento de valores superiores que estão acima da vontade dos Estados. É dessa consciência jurídica universal que emanam as normas peremptórias do direito internacional, tais como as normas de *jus cogens*.

Logo, acerca da relação entre direito e Estado, para os teóricos do direito natural, o direito é o mais profundo nível de normas racionais de condutas construídas entre a natureza das coisas e as pessoas. O direito natural é moral e conduz aquele que está em condição de exercer a governança a obedecer certas normas para evitar ações inadequadas.<sup>219</sup> Como foi exposto, esta corrente requer uma forma de compromisso institucional fundado por uma fonte de validação externa (o direito natural) voltada a aplicação interna do direito (direito positivo) em uma sociedade.

Os ideais desse movimento influenciaram as atuais formas de governo por terem sido introduzidos de forma bem sucedida no estabelecimento das normas constitucionais. Isso se deu por meio da inserção dos valores morais nesses textos constitutivos presentes no núcleo dos direitos fundamentais, tais como a regra do igual respeito, possibilidade de desenvolvimento completo e autonomia das pessoas.<sup>220</sup> Essas ideias são reconhecidas por terem ressonância na crítica contra as práticas cujas performances são questionadas pelas pessoas que entendem ser um dever superá-las.<sup>221</sup>

---

<sup>218</sup> TRINDADE, 2010, p. 138. Tradução nossa do original em inglês: The fundamental elements of the international legal order are independent from the "will" of the States, and *opinio juris* gives expression to the "juridical conscience", not only of nations and peoples (as sustained in the past by the historical school), but of the international community as a whole. In this way, it fulfils the *necessity* of an *objective validity* of the fundamental principles and norms of the international community.

<sup>219</sup> MACCORMICK, 2008, p. 18.

<sup>220</sup> SHAW, 2008, p. 26.

<sup>221</sup> MACCORMICK, 2008, p. 24.

Como ensina Neil MacCormick, a disputa entre o poder contra o direito (“*Might against right*”)<sup>222</sup> é um convite a tomar o lado do direito que guia a ação do poder pela justiça, igualdade e responsabilidade no trato com os sujeitos. Há um ganho na defesa de uma lei superior, pois apresenta claras prescrições e proibições que servem como conjunto normativo contra os acordos políticos e as disposições do poder. Essa constatação aponta para o caráter eminentemente prático dessa corrente.

O direito natural traz consigo a noção de que o direito internacional é forma de proteção do homem e dos bens mais básicos associados às necessidades humanas.<sup>223</sup> Ele concentra sua tese na relação do bem estar associado às prescrições de conteúdo moral (valores fundamentais comuns a toda humanidade apresentados na forma de princípios de mínimo ético) contidas nas normas de direito alcançadas pela consciência jurídica da comunidade.

A consciência da comunidade internacional é tida como um entendimento universal ligado às circunstâncias morais vitais preservadas pelas normas de *jus cogens*, vistas como incomensuráveis por se referirem ao direito à vida (proibição da privação arbitrária), à proibição da tortura, atos desumanos e degradantes, à proibição da escravidão e à proibição de aplicação retroativa de infrações penais praticadas pelos indivíduos.<sup>224</sup>

Defende o direito natural que as escolhas necessárias ao desenvolvimento das pessoas e das sociedades não se devem pautar por análises de custos, por raciocínios consequencialistas ou utilitaristas, mas por princípios que direcionam a escolha e a ação rumo à preservação do homem.

Por isso, aqui merece destaque o voto dissidente do juiz Cançado Trindade, cuja manifestação traz outra forma de ver a questão contida no caso *Jurisdictional Immunities of the State*. Alinhada à perspectiva jusnaturalista, esta opinião visa demonstrar que a posição majoritária da CIJ parte de uma premissa equivocada, ao entender o direito internacional como sendo um direito entre Estados e ignorar o desenvolvimento do direito internacional a partir dos princípios fundamentais do direito natural.

Nas 112 páginas da sua opinião dissidente, o juiz Cançado Trindade fala como se dá a realização da justiça no âmbito do direito internacional. Ele questiona a

---

<sup>222</sup> MACCORMICK, 2008, p. 63.

<sup>223</sup> KOSKENNIEMI, 1997, p. 569.

<sup>224</sup> WET, 2013, p.5.

tese seguida pela maioria da Corte, ao definir que o que está em análise não são os atos praticados pela jurisdição italiana, mas sim as ofensas perpetradas pela Alemanha às vítimas do nazismo que, por mais de sessenta anos, buscaram alguma forma de reparação à violação de seus direitos. É importante compreender que, para este importante internacionalista, o conceito de justiça traz consigo o dever de reparação às ofensas a direitos dos sujeitos e ao direito a um processo judicial justo e isento.

Um dos motivos que tornou a doutrina do direito natural interessante foi que, sob o argumento de uma razão universal e comum, era possível pensar um direito justo a todos os povos. O direito natural, visto como origem das normas de *jus cogens*, seria uma alternativa às posturas realistas e positivistas de manutenção do *status quo* do direito internacional como sendo um direito entre nações. O direito natural, tal qual o realismo e o positivismo, apresenta uma proposta política de se conceber o funcionamento da sociedade.<sup>225</sup> Contudo, diferentemente desses, ele resgata o direito das relações de poder e da mera técnica jurídica ao voltar o seu olhar para o homem e a sua dignidade.

Segundo lição do próprio juiz Cançado Trindade, fazer justiça é respeitar e fazer obedecer aos princípios gerais do direito internacional, como o *jus cogens*.<sup>226</sup> Estes são normas fundamentais universais que, pela prática, independem de uma autoridade centralizada para ter validade, em razão do seu conteúdo independente. Eles existem em razão dos comandos que pregam, motivo pelo qual elas são tidas pelo jusnaturalistas como a origem da autoridade,<sup>227</sup> e não o contrário, seu produto, como querem os positivistas.

De acordo com Martti Koskenniemi,<sup>228</sup> essa posição jusnaturalista deixa evidente a opção de hierarquia de normas existente dentro do sistema jurídico internacional pautado pelo conteúdo. A relação normativa hierárquica existente entre o conceito de “fundamental” apresentado no uso dos direitos humanos e nas normas de *jus cogens* representa uma forma de moral natural ainda importante no direito internacional.

---

<sup>225</sup> WALDRON, 2009, p. 3.

<sup>226</sup> TRINDADE, 2010, p. 443.

<sup>227</sup> FINNIS, 2011, p. 238.

<sup>228</sup> KOSKENNIEMI, 1997, p. 566.

Este pensamento é bastante evidente em todo o voto do juiz Cançado Trindade, que, a cada questão pontuada, reforçou a noção de que a argumentação jurídica, no cenário internacional, deve nortear as decisões a um direito pré-existente, ou seja, o *jus cogens*, que tem como pano de fundo o direito natural. Ele deixa claro, em seu voto dissidente, que o direito deve ser visto como um mecanismo de ação dotado de primazia sobre a força bruta. O direito deve regular as relações humanas, assim como as relações desenvolvidas pelos Estados (tidos como abstrações personificadas), de acordo com o que preceitua a *recta ratio* do direito natural, a qual é identificada pelo ideal de mitigação do sofrimento humano.<sup>229</sup>

O direito natural não foge ao apego à racionalidade prática, apesar de partir de um direito externo à sociedade humana. Como ensina Jeremy Waldron, o direito natural é uma teoria racional em seu método, individualista na sua fundação, universalista em seu propósito e altamente crítico em sua política.<sup>230</sup> Seu modelo de pensamento se propõe a ser alternativa ao desenvolvimento da prática jurídica desapegada a valores e inspira a desobediência civil<sup>231</sup> no âmbito internacional a favor dos menos favorecidos nessa relação: os indivíduos.

Em um momento no qual a compreensão sobre o que fundamenta as organizações internacionais é precária, e há uma forte crença na falibilidade delas, o direito natural se apresenta como um fenômeno externo a guiar a correção da conduta humana. Tal concepção leva à defesa de um direito visto como superior, ético, e por isso melhor do que o direito positivado, por ser fruto do apelo à razão, à consciência dos indivíduos e dos seres coletivos.<sup>232</sup>

Assim, fazendo uma retrospectiva contendo manifestações doutrinárias e decisões jurídicas que afirmam sua posição, a manifestação do juiz Cançado Trindade parte da premissa jusnaturalista de que as ações dos Estados devem ser controladas, segundo a perspectiva de proteção do homem e sua dignidade, com base na satisfação de seus bens jurídicos básicos, conforme a existência de uma norma permanente e irrevogável que fundamenta o *jus cogens*.

Este breve levantamento da evolução doutrinária, centrada nos valores fundamentais humanos, revela que alguns dos juristas mais

---

<sup>229</sup> TRINDADE, 2010, p. 186.

<sup>230</sup> WALDRON, 2009, p. 4.

<sup>231</sup> MCDUGAL; LASSWELL; REISMAN, 1968, p. 217.

<sup>232</sup> WALDRON, 2009, p. 4.

ilustres de uma geração que testemunhou os horrores de duas guerras mundiais no século XX, não seguiram de forma alguma uma abordagem centrada no Estado para a nossa disciplina. Pelo contrário, adotaram uma abordagem completamente diferente, centrada na pessoa humana. Eles eram, no meu entendimento, fiéis às origens históricas dos *droit des gens*, como se deveria ser nos dias de hoje também. Mesmo em um domínio tão fortemente marcado pela visão que prega a centralidade do Estado no direito internacional – que não ajudou em nada a evitar os horrores das Guerras Mundiais – temas como o da imunidade de Estado precisam ser reavaliados à luz dos valores humanos fundamentais de hoje. Imunidades do Estado são, afinal, uma prerrogativa ou um privilégio, e não podem continuar a fazer abstração da evolução do direito internacional que deve assumir seu lugar nos dias atuais à luz dos valores humanos fundamentais.<sup>233</sup>

O voto dissidente do juiz Cançado Trindade elenca uma série de argumentos para demonstrar que o posicionamento majoritário da Corte está em desacordo com o conjunto de direitos gerais internacionais básicos que passa pela predominância do *jus cogens* e, conseqüentemente, dos direitos humanos, núcleo deste conceito. As manifestações do direito natural, representadas pelas palavras e ensinamentos do juiz Cançado Trindade, se insurgem contra aqueles que se esquecem de que seres humanos não podem ser tratados como fins.<sup>234</sup> Por isso, entende essa corrente filosófica que deve existir uma hierarquia substantiva entre normas de direito, decorrente do reconhecimento dos princípios gerais do direito internacional, a ocuparem o seu topo.

Por meio do art. 53 da Convenção de Viena sobre o direito dos tratados de 1969, o *jus cogens* é visto como sinônimo de “norma(s) imperativa(s) de direito internacional geral”, definidas como aquelas “aceita(s) e reconhecida(s) pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma(s) da(s) qual(is) nenhuma derrogação é permitida e que só pode(m) ser modificada(s) por norma ulterior de direito internacional geral da mesma natureza”.<sup>235</sup>

---

<sup>233</sup> CIJ, 2012c, p. 99. Tradução nossa do original em inglês: This brief survey of doctrinal developments, centred on fundamental human values, discloses that, some of the most distinguished jurists of a generation which witnessed the horrors of two World Wars in the twentieth century did not at all pursue a State-centric approach to our discipline. On the contrary, they advanced an entirely distinct approach, centred on the human person. They were, in my understanding, faithful to the historical origins of the *droit des gens*, as one ought to be nowadays as well. Even a domain so heavily marked by the State-centric approach — which did not help at all to avoid the horrors of the World Wars — such as that of State immunities has nowadays to be reassessed in the light of fundamental human values. State immunities are, after all, a prerogative or a privilege, and they cannot keep on making abstraction of the evolution of international law, taking place nowadays, at last, in the light of fundamental human values.

<sup>234</sup> CIJ, 2012c, p. 157.

<sup>235</sup> CHRISTIANO, 2012, p. 388.

Segundo Erika de Wet,<sup>236</sup> a elaboração da Convenção de Viena foi fortemente influenciada por jusnaturalistas, cujos pressupostos consideravam os princípios gerais de moralidade política pública a origem das limitações das obrigações postas por tratados, vistos como nulos no caso de ofensa ao *jus cogens* por mandamento positivado na convenção (art. 64 da Convenção de Viena).<sup>237</sup>

O *jus cogens*, como bem explica Salem Kikmat Nasser, se apresenta como alternativa externa à realidade social e às instituições jurídicas humanas. Ele representa um conjunto de normas jurídicas colocado na posição mais elevada de abstração do direito.<sup>238</sup> A existência dele no conjunto de normas positivas, fundamentalmente, representa a “vontade de transformação e de *mise à jour* desse direito, a fim de vê-lo mais adequado à consecução de determinados fins”.<sup>239</sup> Sendo pensado assim, em razão do seu caráter imperativo, ele ocupa o papel de norma mais importante dentro da estrutura normativa hierarquizada do direito internacional. Essa sua deferência não é em razão do seu modo de produção, mas do seu conteúdo (matéria ou substância) e dos valores por ele expressos.

Este fundamento muda toda a perspectiva do controle das ações do Estado e a forma como se interpreta o caso em análise, já que o reconhecimento do “Estado de Direito” (*rule of law*), como coloca o juiz Cançado Trindade, também é limitado. De acordo com essa posição, os Estados ou as organizações internacionais não poderiam decidir contrariamente à preservação de certos valores fundamentais,<sup>240</sup> cuja proteção é o fim último dos ordenamentos jurídicos, tais como o respeito e a inviolabilidade da vida e liberdade das pessoas.

Isso ocorre em razão do conteúdo dessas normas, que é associado ao *jus cogens* e a valores morais, cujo teor prega a proteção das pessoas, e não a

---

<sup>236</sup> WET, 2013, p. 1.

<sup>237</sup> Convenção de Viena, art. 64. “[ Se ] uma nova norma imperativa de geral direito internacional surge, qualquer tratado existente que seja incompatível com essa norma torna-se nulo e extinto.” UN, 1966.

<sup>238</sup> Nasser cita que nos trabalhos da Comissão de Direito Internacional e nos escritos dos doutrinadores é possível encontrar exemplos de normas apresentadas como de *jus cogens*, entre elas algumas das mais comumente citadas são: 1) o princípio *pacta sunt servanda*; 2) a proibição do uso ou da ameaça do uso da força; 3) a proibição de atos que infrinjam a soberania e a igualdade dos Estados; 4) o princípio da autodeterminação dos povos; 5) o princípio da soberania sobre os recursos naturais; 6) a proibição do tráfico de seres humanos; 7) a proibição da pirataria; 8) a proibição do genocídio (CDI, 1966-II, p. 248-249; 1976, p. 103) (Wouters e Verhoeven, 2005) (Lauterpacht, 1993, p. 439-441); 9) a proibição dos atos qualificados como crimes contra a humanidade e (Ago, 1971, p. 324); 10) os princípios do direito humanitário codificados nas Quatro Convenções de Genebra, princípios fundamentais dos direitos humanos e do direito do meio ambiente. Todas essas são normas fundamentais e inderrogáveis direito internacional, lembra o autor. NASSER, 2012, p. 165.

<sup>239</sup> NASSER, 2012, p. 162.

<sup>240</sup> FINNIS, 2011, p. 265.

manutenção das relações entre Estados, como sendo o objetivo primeiro da ordem jurídica internacional. Esse posicionamento já demonstra um claro embate com as propostas positivistas e realistas, que defendem o contrário.<sup>241</sup> Diferentemente do realismo e do positivismo, o direito natural reforça o modelo de pensamento que fundamenta o direito internacional e a sua autoridade no conteúdo de certos princípios de direito natural.

A proteção desses bens jurídicos encontra guarida nas decisões sistematizadas em torno de um *jus gentium* de característica universal, que é reconhecido pelos órgãos de adjudicação dos ordenamentos jurídicos nacionais e internacionais. Essa atuação das Cortes faz com que elas sejam reconhecidas como sendo responsáveis por exercer importante papel no desenvolvimento do direito costumeiro internacional, e do *jus cogens*, ao permitir que indivíduos, grupos e organizações passem a ser efetivamente vistos como sujeitos do direito internacional capazes de fazer prevalecer os seus imperativos sobre a vontade do Estado.

Devido ao papel institucional exercido pelos órgãos de adjudicação, especialmente os tribunais nacionais, a postura política dos sujeitos do direito internacional fortemente influenciados pelo surgimento de uma sociedade global cada vez mais conectada, exige a observância da primazia do *jus cogens* como forma de aumentar o controle sobre as ações políticas dos atos dos Estados. É essa a mudança de perspectiva que abre caminho para o fundamento do raciocínio jurídico com foco na proteção dos indivíduos.

## **2. A realização da justiça**

Em clara crítica às teses realista e positivista contidas na decisão da Corte, o juiz Cançado Trindade rejeita a tese política que caracteriza a atuação da CIJ. Ele critica o fato de que aqueles que tiveram os seus direitos mais essenciais violados foram vítimas pela segunda vez ao terem seu direito negado de ter acesso a um julgamento imparcial. A obstaculização da realização da justiça e da efetivação da primazia do *jus cogens* se deu no caso *Jurisdictional Immunities of the State* em razão (a) da postura majoritária da Corte em interpretar o fenômeno jurídico identificado no

---

<sup>241</sup> KOSKENNIEMI, 1997, p. 569.

caso e (b) das atitudes dos dois Estados envolvidos no estabelecimento de acordos de reparação e da sua interpretação.

Em crítica ao ponto de vista da maioria, alega Cançado Trindade que a decisão do caso é resultado de um exercício empírico factual. Esta posição positivista da CIJ é arraigada à tese do consentimento dos Estados na formação do direito internacional, o que leva ao seu engessamento. Tal postura é identificada pela interpretação da tese do *acta jure imperii*, pela compreensão estrita dos termos do Tratado de 1947 e dos dois Acordos de 1961 firmados entre a Itália e a Alemanha e pela defesa de artifícios jurídicos quando da análise do conflito entre os princípios da imunidade de jurisdição e da realização do *jus cogens*, ao estabelecer uma contraposição entre as normas "processuais" e "substantivas",<sup>242</sup> respectivamente. Logo, ao invés de seu desenvolvimento, como seria de se esperar, a decisão da Corte limita o progresso do direito internacional ao empregar metodologia fundada em visões pouco convincentes.

Identifica o juiz Cançado Trindade que a tensão entre a imunidade do Estado e o direito de acesso à justiça deve ser resolvida em favor do último, particularmente em casos de crimes internacionais, em preocupação com a necessidade de respeitar os imperativos de justiça<sup>243</sup> e de evitar a impunidade nos casos de prática de crimes internacionais. Seu questionamento sobre a leitura da doutrina do *jure imperii* deixa claro o equívoco realizado pelos realistas e positivistas ao minimizar a compreensão dos crimes de guerra nela englobados.

Como observaram Markus Krajewski e Christopher Singer, sustentar a posição defendida pela Corte é contemplar que certos crimes cometidos em nome de um Estado, mesmo aqueles reconhecidos por serem escandalosamente não civilizados, são tidos como o exercício legítimo de seu poder soberano como nação. Assim,

embora não se questione sobre a caracterização de guerra crimes e violações dos direitos humanos como não-comerciais, a Corte não abordou a questão de saber se existe uma terceira categoria de atos do Estado para além do *acta jure gestione* e *acta jure imperii*. Esta questão foi levantada pelo juiz Cançado Trindade nas audiências

---

<sup>242</sup> TALMON, 2012, p. 29.

<sup>243</sup> STEPHAN, 2012, p. 18.

orais. Ele perguntou à delegação alemã: "Podem crimes de guerra ser considerados como atos de *jure* - eu repito, *jure* - *imperii*"?<sup>244</sup>

O juiz Cançado Trindade defende o direito a um julgamento imparcial como dever de justiça. Ele justifica que o direito de acesso à justiça *lato sensu* compreende não só o acesso formal à justiça (direito de demandar em juízo), por meio de um remédio eficaz, mas também as garantias do devido processo legal (com igualdade de armas, conforme o equitativo *procès*) até o julgamento (como o *prestation juridictionnelle*), com a sua fiel execução, da possibilidade de disponibilização da reparação devida. Ele salienta que não se podem abordar casos do tipo – envolvendo graves violações dos direitos humanos e do direito internacional humanitário – sem dar muita atenção para os valores humanos fundamentais presentes na concepção dos princípios gerais do direito internacional.

Os princípios centrais em causa são, de acordo com a sua percepção, o princípio da humanidade e o princípio da dignidade humana. Eles deixaram de ser realizados quando encontraram como obstáculos artifícios processuais que fazem o uso do princípio da imunidade de jurisdição no presente caso, defendido pela corrente majoritária da Corte, como sendo de natureza “processual”. O que está em pauta é a realização do *jus cogens*, do direito material, visto como conteúdo superior no ordenamento jurídico internacional e com respaldo nos ordenamentos jurídicos nacionais. A imunidade do Estado não pode, na opinião do magistrado em destaque, ser indevidamente colocada acima da responsabilidade do Estado por crimes internacionais. Por respeito ao direito, é dever do Estado ser responsável pela reparação das vítimas.

É equivocado supor que não existe nenhum conflito, ou não pode existir, entre as substantivas normas de *jus cogens* (impondo as proibições do assassinato de civis em território ocupado, a deportação dos habitantes civis para trabalho escravo e a deportação de prisioneiros de guerra para o trabalho escravo) e as regras processuais da imunidade do Estado. Esta suposição leva à manutenção do princípio da imunidade, mesmo nas circunstâncias graves do presente caso. Existe, portanto,

---

<sup>244</sup> KRAJEWSKI; SINGER, 2012, p.18. Tradução nossa do original em inglês: While there is no question about the characterisation of the war crimes and violations of human rights as non-commercial, the Court did not address the question whether there is a third category of state acts apart from *acta jure gestionis* and *acta jure imperii*. This question was raised by Judge Cançado Trindade in the oral hearings. He asked the German delegation: “Can war crimes be considered as acts *jure* – I repeat, *jure* – *imperii*?”

um conflito material, mesmo que para um formalista não se possa, *prima facie*, ser discernível.<sup>245</sup>

A negação do *jus cogens* no caso presente é uma desconstrução que opera não apenas em detrimento das vítimas individuais de violações graves dos direitos humanos e do direito humanitário internacional, mas do próprio direito internacional contemporâneo. No seu entender, sustentar a prerrogativa ou privilégio de imunidade de Estado, vista como tese processual, em casos de crimes internacionais, como massacres da população civil, deportação de civis e a sujeição de prisioneiros de guerra ao trabalho escravo – que são vistas como graves violações ao *jus cogens* – é primar pela impunidade.

A opinião do juiz Cançado Trindade foca os aspectos mais sensíveis da decisão da CIJ no caso em estudo. Não obstante, como argumentam Krajewski e Singer,

infelizmente, a sua opinião divergente não alcança esta conclusão com base em uma análise sobre a mudança das concepções de soberania, mas com base na visão em um entendimento filosófico moral sobre o direito internacional público que coloca os indivíduos no centro de um *jus gentium*. Por mais desejável que essa perspectiva do direito internacional possa ser, ela só pode ser alcançada se for analisada de perto a função da imunidade de Estado em uma época que vê uma noção radicalmente diferente da soberania em comparação com o século XIX.<sup>246</sup>

Segue esta manifestação Paul Stephan, que observa que a tese do juiz Cançado Trindade não foi aceita por nenhum outro integrante da Corte porque ele sustenta um argumento a favor de uma norma peremptória que autoriza a exceção da imunidade de jurisdição, tida como categórica. Essa fundamentação teórica não encontrou acolhida dentre os demais integrantes da Corte, nem mesmo entre aqueles que divergiram da decisão da maioria.<sup>247</sup> Como destaca Stefan Talmon, a abordagem de Cançado Trindade não é convincente, pois “sacrifica o pensamento conceitual e as

---

<sup>245</sup> COLANGELO, 2013, p. 76.

<sup>246</sup> KRAJEWSKI; SINGER, 2012, p.18. Tradução nossa do original em inglês: Unfortunately, the Dissenting Opinion does not reach this conclusion on the basis of an analysis of the changing ideas of sovereignty, but bases its view on a moral philosophical understanding of public international law which places individuals at the centre of a *jus gentium*. As desirable as this perspective of international law might be, it can only be achieved if one closely analyses the function of state immunity in an era which sees a radically different notion of sovereignty compared to the 19th century.

<sup>247</sup> STEPHAN, 2012, p. 19.

fontes do direito internacional sobre o altar de uma lógica indeterminada de valores”.<sup>248</sup>

Não obstante a tese jusnaturalista defendida pelo juiz Cançado Trindade abordar de forma competente e emocionante a análise da evolução do direito internacional sobre importantes temas contemporâneos, tais como as interpretações da tese da soberania, do princípio da imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro, da primazia do *jus cogens* e do princípio do acesso à justiça, bem como o papel das instituições no desenvolvimento do direito internacional; a legitimidade da sua argumentação é superada por outras propostas que não têm como premissa fundamental o apelo à consciência jurídica da comunidade internacional.

Como tratado logo no Capítulo I, há uma pluralidade de ordens jurídicas que formam um emaranhado de conexões que dão sustentação a uma rede jurídica internacional. Esta é dinâmica e complexa e não apresenta com tanta clareza a posição exclusiva de “uma consciência” à qual se possa recorrer no momento da tomada de decisão. O fato de os princípios do jusnaturalismo serem tidos como “autoevidentes” e “não demonstráveis”, dotados de um conteúdo moral independente que representa a autoridade da norma jurídica, deixa a base teórica dessa corrente do direito destituída de credibilidade.

Isso porque a sua premissa foi associada a uma moral metafísica, tida como a dominante e inquestionável, que coloca as demais concepções morais como contrárias ao direito e em situação de ilícito. Essa fundamentação não é mais compatível com o atual estágio das sociedades que se reconhecem como plurais e abertas a diferentes concepções de mundo. O momento presente da teoria do direito identifica o argumento da “razão superior” oriundo da consciência como arbítrio por ser a sua construção realizada de forma não democrática, já que não há participação dos sujeitos no seu processo de justificação.

Esse argumento contrário ao jusnaturalismo encontra forte aceitação nas sociedades democráticas constitucionais, harmonizadas sob a norma legislada que abarca não só uma, mas diversas concepções de mundo distintas entre si. As normas dos Estados Liberais Democráticos são concebidas mediante processos reconhecidos pela sociedade que vinculam a normatividade à sua justificativa. Nestas comunidades, é possível conviver com tensões entre perspectivas morais em conflito.

---

<sup>248</sup> TALMON, 2012, p. 29.

Reconhecidamente, essa estrutura jurídica em rede é palco de uma permanente concorrência de valores que oscilam de acordo com os períodos históricos delimitados.

Por ser delicado vincular o direito a uma moral oriunda de uma consciência personificada, as teorias constitucionais de vanguarda sustentam não uma subordinação, mas uma conexão entre o direito e a moral. Esta moral não é extrato dessa consciência personificada, mas sim fruto de vários experimentos sociais que reconhecem os valores capazes de justificar as melhores práticas políticas de convivência entre os sujeitos do direito para aquele momento. Essas relações, longe de serem “metafísicas” ou “imanescentes”, são eticamente justificadas com base na ideia de igual respeito.<sup>249</sup>

Para essas abordagens, como a teoria da integridade de Dworkin, os princípios do direito que sustentam a moralidade política da comunidade surgem do aprendizado social. Em razão dos erros e acertos do passado, os princípios são estabelecidos como aqueles que representam os limites de convivência entre o conjunto de sujeitos dessa comunidade política. Não obstante o seu reconhecimento, a cada novo fato e a cada nova decisão, as concepções acerca dos princípios são testadas por meio de outras interpretações.

Em cada uma dessas oportunidades, a orientação do princípio em análise e a compreensão sistema jurídico sofrem algum impacto. Isso se dá pela revisão dos limites existentes ou pelo seu ajuste, realizado em nome da coerência.<sup>250</sup> Desse modo, é possível assimilar os ganhos de cada ocorrência na construção de um sistema jurídico eficiente apto a resistir com certa estabilidade aos novos desafios impostos pelas práticas sociais.

Como detalhado na Introdução deste trabalho e no Capítulo I, não obstante as diversas ameaças que existem e as que se afiguram em um futuro próximo, a humanidade passa por um momento de grande inquietação política, em razão da exigência de reformas dos mecanismos de coordenação social hoje em exercício. A superação desses problemas, cada vez mais complexos, depende de uma postura construtiva e interpretativa.

---

<sup>249</sup> DWORKIN, 2011, p. 246-252.

<sup>250</sup> DWORKIN, 1982, p. 180.

O ocidente promoveu indivíduos que se veem como autônomos e que reivindicam o aperfeiçoamento dos sistemas políticos. Em razão da globalização, o desenvolvimento dos povos ocidentais vem acompanhado de movimentos que reivindicam autonomia. Essa disputa por reconhecimento político e jurídico dos sujeitos superou as fronteiras dos Estados Nacionais e desafia agora o protagonismo das instituições internacionais.

A resistência dos Poderes Executivos e das demais organizações internacionais em provocar as adequações urgentes em favor da proteção dos indivíduos frente ao *status* dos Estados está para cair, não em razão da consciência da comunidade, mas em razão das necessidades da comunidade política. Esta passou a contar com sujeitos dotados de autonomia que passaram a se posicionar contrariamente ao padrão de reconhecimento da soberania tradicional praticado pelos Estados e pela CIJ.

O fracasso em encontrar uma resposta institucional a esse desafio resultará numa crise política e jurídica que afetará a legitimidade de qualquer sistema de governança. Seja pela incapacidade de propiciar proteção aos seres humanos ou porque há um 'déficit democrático' que torna inaudíveis diversas vozes, o sistema atual de governança global presente na comunidade internacional – baseado nas relações em rede entre Estados – precisa se abrir. Ele carece de reformas para que as correções de seus pressupostos sejam possíveis pela participação das pessoas.

Os direitos políticos conquistados no ordenamento jurídico nacional fazem com que o poder judiciário seja visto como um caminho para reduzir o protagonismo dos Estados na esfera internacional. Também é possível verificar o desenvolvimento de uma ordem pública e de um direito internacional costumeiro com base em decisões que regulam de forma eficiente as relações entre Estados e, para além das relações entre Estados, colocam indivíduos em pé de igualdade para discutir questões das quais decorre a humanização do direito internacional.

Esta nova dimensão abrangente do processo de elaboração do direito internacional contemporâneo reflete, por sua vez, os recentes avanços em direção a uma *ordre public* internacional e ao Estado de Direito (*rule of law*), próprio do recém-emergente *jus gentium* neste início do século XXI.<sup>251</sup>

---

<sup>251</sup> TRINDADE, 2010, p. 124. Tradução nossa do original em inglês: This new dimension encompassing contemporary international-law-making reflects, in turn, the recent advances towards international *ordre public* and rule of law, proper to the newly-emerging *jus gentium* at this beginning of the XXIst century.

As manifestações acima são respostas atuais às instituições sustentadas por pensamentos elaborados em um estágio de pré-organização da política mundial<sup>252</sup> que, apesar do “déficit democrático”, ou de serem tidas como “injustas” por não terem passado pelo crivo do processo de controle democrático, apresentam capacidade para implementar medidas de interesse comum entre os Estados e que atinge parte dos indivíduos, minimizando o problema da justiça global em um sistema que possa vir a ser eficientemente estruturado e, posteriormente, criticamente questionado.

Pelo que até aqui foi exposto, nem o positivismo nem o jusnaturalismo encontram em suas premissas a legitimidade democrática<sup>253</sup> para fazer evoluir o direito internacional com segurança. Isso ocorre porque ambas as teorias são destituídas do valor necessário à concepção democrática. Enquanto o jusnaturalismo não é justo, sábio ou democrático, porque ele prega a aplicação de um direito que não foi posto por nenhuma instituição, o positivismo não é mais democrático, porque, nos casos difíceis, aceita a postura criativa do juiz positivista que age com discricionariedade.

Segundo Dworkin, a percepção dos vazios democráticos dessas duas teorias não é decorrente dos desacordos sobre quem se opõe ou quem respeita a democracia, mas o que democracia realmente é.<sup>254</sup> Com este autor, entendemos que é crucial a manutenção de uma ordem jurídica dinâmica, sustentável e estável (o que hoje só pode ser concebido por uma democracia que preze o conteúdo dos direitos humanos), na qual é observado o direito de cada pessoa de ser tratada com igual consideração e respeito pelo governo.

### **3. O papel das cortes no desenvolvimento do direito internacional**

Como apontado no item acima, segundo uma postura jusnaturalista, a decisão da CIJ deveria se concentrar nas violações praticadas pela Alemanha contra o *jus cogens* entre os anos de 1943 e 1945 na Itália. Também deveria ter analisado o caminho percorrido pelas vítimas por justiça até o julgamento em 2012, que foi sendo

---

<sup>252</sup> NAGEL, 2005, p. 146.

<sup>253</sup> DWORKIN, 1982, p. 178.

<sup>254</sup> DWORKIN, 1982, p. 180.

alimentado por expectativas a cada decisão da Alemanha orientada a corrigir os seus erros do passado.

Como demonstrado, para o jusnaturalismo o *jus cogens* é direito peremptório e *erga omnes*. Desse modo, ele é exigível a qualquer momento contra qualquer pessoa, sendo ela fictícia ou não. Não há como a Corte desconsiderar essas garantias alegando todo o movimento existente para a sua realização. Mesmo uma leitura não naturalista entende que o direito processual aplicado ao caso não deve ser aquele visto no tempo do fato, mas o atual. E, como já foi dito, na contemporaneidade, o acesso à justiça ganhou em âmbito nacional e internacional *status* de “direito humano” e, por isso, deve ser assegurado.

É importante reiterar o papel que o judiciário tem na proteção e consolidação de direitos políticos.<sup>255</sup> Os órgãos de adjudicação possuem como característica serem locais que permitem às pessoas exigirem o seu *status* de cidadão, neste caso, “cidadão do mundo”. Isso ocorre porque eles colocam as demandas dos indivíduos de frente aos centros de poder dos Estados, reivindicando desses uma resposta séria sobre problemas que se fazem inaudíveis por outros mecanismos. Assim, o acesso à justiça representa uma forma institucional de resistência aos arbítrios dos Poderes Executivos, que têm assumido elevado protagonismo na atual forma de governança global.

Como Hart já havia previsto, os Poderes Executivos locais se tornaram importantes legisladores internacionais.<sup>256</sup> Seus tratados e acordos apresentam peso de leis em um ambiente de governança onde o raciocínio desenvolvido precisa compreender as dimensões local-global para serem viáveis. O processo de elaboração destas normas, porém, nem sempre observa o dever de transparência e de sujeição aos controles institucionais existentes nos Estados, especialmente no caso das democracias liberais.

Essa ocorrência se dá em função de como esses atos são apresentados. Eles são vistos não como atos vinculantes para a população em geral, mas como mero produto da rotina burocrática do Estado. Por isso, eles não são submetidos ao mesmo sistema de contrapesos. A correção destas decisões é realizada por meio de reivindicações políticas às populações ou por meio da submissão dessas demandas

---

<sup>255</sup> KRAJEWSKI; SINGER, 2012, p. 32.

<sup>256</sup> HART, 2009, p. 305.

aos órgãos de adjudicação pelos indivíduos. Na contemporaneidade, as ruas, a mídia e os fóruns das cortes e tribunais são os pontos reconhecidos como locais de luta por direitos, em especial, contra as ações arbitrárias dos Estados.

De modo análogo, destaca o importante filósofo Kwame Anthony Appiah que o compromisso com a dignidade humana, núcleo dos direitos humanos e das normas de *jus cogens*, é construído por movimentos políticos locais. Eles ganham força quando são aceitos como um padrão nacional com o apoio e a simpatia da comunidade internacional, que acaba pressionando os governos para que participem da mudança social. É por meio desse padrão ético que se permite a evolução de um sistema jurídico em direção à preservação dos indivíduos.<sup>257</sup>

Para que um senso de reciprocidade seja efetivado, antes é necessário que uma identidade voltada à garantia do direito ao respeito seja estabelecida pela oposição crítica à práticas reconhecidas como restritivas. Desse modo, é a preocupação com o respeito que faz a ligação entre o viver bem, construído pela participação dos indivíduos no governo, e o lugar que eles ocupam no mundo. A dignidade universal, igualmente atribuída a todas as pessoas, possui uma conotação de um autorrespeito apoiado no reconhecimento social que, em bela passagem, Appiah denomina de honra. Segundo o filósofo,

(...) a honra não é um vestígio decadente de uma ordem pré-moderna; para nós, ela é o que sempre foi: um mecanismo movido pelo diálogo entre nossas autoconcepções e a consideração dos outros, que pode nos impelir a assumir seriamente nossas responsabilidades num mundo que compartilhamos. Uma pessoa com integridade se preocupará em viver de acordo com seus ideais. Se consegue, devemos respeito a ela. Mas preocupar-se em agir corretamente não equivale a preocupar-se em ser digno de respeito. É a preocupação com o respeito que faz a ligação entre o viver bem e o nosso lugar num mundo social. A honra torna pública a integridade.<sup>258</sup>

Sendo a dignidade humana um conceito sobre o igual respeito, ele se ancora em um senso de pertencimento a uma comunidade geograficamente e temporalmente organizada, sob o signo de um *status civil*. Logo, o conceito de dignidade humana é promovido pela combinação do conteúdo de uma moral do igual

---

<sup>257</sup> APPIAH, 2012, p. 140.

<sup>258</sup> APPIAH, 2012, p. 184.

respeito por cada um e uma ordem de cidadãos dotada de sujeitos reconhecidos como de direitos iguais reivindicáveis.<sup>259</sup>

Deste modo, prevê o importante filósofo, a validade positiva dos direitos humanos só ocorre quando estes se encontram em uma comunidade particular, primeiramente no interior de um Estado, sob a forma de direitos fundamentais. No entanto, para Habermas, estes são dotados de uma pretensão de validade universalista que transcende as fronteiras nacionais rumo a uma “comunidade cosmopolita inclusiva” realizada em uma “sociedade mundial constituída democraticamente”, que não precisa desenvolver as mesmas características e estruturas das estatais.<sup>260</sup> Neste momento, o que se observa é uma ideia de “soberania compartilhada” ou “dividida”.

Em Rawls,<sup>261</sup> já se observa a semente da ideia de restrição do direito de soberania interna de um Estado quando fatos atentatórios ao que denomina de Direitos dos Povos, dotado de uma conotação moral, forem constatados. Como já explorado mais acima, a nova concepção de soberania não está apenas focada nas limitações do poder do Estado. Ao longo do debate sobre o tema, especialmente com base na experiência do direito comunitário da União Europeia, a noção de soberania foi reinterpretada até o alcance da concepção de “soberania compartilhada” ou “dividida” entre ordens jurídicas que se entrelaçam em uma “transnacionalização da soberania popular”<sup>262</sup> ou em um “transconstitucionalismo entre direito supranacional e direito estatal”.<sup>263</sup>

Ele não defende que o novo paradigma significa a transferência de um âmbito de “competência de competência” para uma esfera jurídica mais abrangente presente em uma relação de complementariedade situada em uma “rede de elementos constitucionais”<sup>264</sup> em face do cidadão que apresenta os fundamentos mais adequados para realizar a crítica a decisão. Ao invés de uma forma hierárquica monolítica, esse fenômeno aponta para uma conversação constitucional focada no aprendizado recíproco, cujo processo é constituído de três componentes, quais sejam: 1) a comunitarização democrática de que as pessoas de direito são livres e iguais; 2)

---

<sup>259</sup> HABERMAS, 2012, p. 24.

<sup>260</sup> HABERMAS, 2012, p. 24.

<sup>261</sup> RAWLS, 2001, p. 35.

<sup>262</sup> HABERMAS, 2012, p. 50.

<sup>263</sup> NEVES, 2009, p.152.

<sup>264</sup> NEVES, 2009, p.153-4.

a organização de capacidades de ação coletiva; e 3) o médium de integração de uma solidariedade civil entre estranhos.<sup>265</sup>

Pensar, nos termos de Habermas, que honrar e valorizar a capacidade política de cada indivíduo como agente condutor de seu próprio projeto de vida, elevando-o ao mérito de intérprete e escritor de parte da história jurídico-constitucional a ser herdada pelos seus semelhantes, é também denunciar que o processo de governança mundial realizado pelo entrelaçamento entre Instituições e Entidades governamentais, e não-governamentais, carece de um déficit de legitimidade democrática que resulta no distanciamento entre aqueles dotados de poder para decidirem e os que serão influenciados pelas consequências dessas decisões políticas. O reflexo desse abismo político gera uma série de distorções cada vez mais complicadas e impraticáveis de se superar apenas com medidas localizadas.<sup>266</sup>

Essa observação faz com que se dê destaque às mudanças na governança global em razão da vontade dos indivíduos e seus grupos, ou seja, dos reais agentes de mudanças. São eles que enxergam as Cortes como mecanismos institucionais onde podem reivindicar as correções necessárias à construção de um ordenamento jurídico internacional mais justo, transparente e menos pautado pelos interesses dos grupos que dirigem os Estados e dominam a governança global.

No entanto, no limiar do século XXI, contrária a este movimento, a Corte decidiu conter a virada do princípio da imunidade de Estado. Ao assim agir, ela deixou de legitimar o acesso à justiça, a prática constitucional reconhecida como comum aos Estados de maior difusão do direito internacional,<sup>267</sup> como mecanismo de correção dos sérios desvios reconhecidos na ordem jurídica internacional.

Também ignorou o movimento de empoderamento dos sujeitos ao colocar os bens jurídicos que a esses protegem em situação inferior às questões comerciais e aos interesses dos Estados. É importante destacar que, já no início do século passado, deixou de ser absoluto o princípio da imunidade de Estado em razão das

---

<sup>265</sup> HABERMAS, 2012, p. 50.

<sup>266</sup> HABERMAS, 2012, p. 85.

<sup>267</sup> Em 2006, a previsão do acesso à justiça era a previsão constitucional mais comum no mundo, presente em 86% das constituições dos países que formam a comunidade internacional. Ela está em tantas constituições que se pode até dizer que é “parte de uma prática geral global de direitos constitucionais.” WHYTOCK, 2014, p. 2053. Tradução nossa do original em inglês: As of 2006, court access provisions were the eleventh most common constitutional provision in the world, contained in so many constitutions that they can be said to form part of a “generic, global practice of rights constitutionalism.”

questões comerciais (atos *jure gestione*). No entanto, no início do século XXI, ainda se discute se deve haver a flexibilização do seu conceito para aceitar exceção nos casos de graves ameaças ao direito internacional dos direitos humanos e às normas de *jus cogens*.<sup>268</sup>

O judiciário tem se tornado local de resistência ao voluntarismo do executivo com impacto no âmbito internacional. A sua abertura às discussões trazidas pelos indivíduos é de elevada importância por permitir o estabelecimento de um real sistema de pesos e contrapesos em prol dos direitos que promovem a proteção dos sujeitos. A busca do poder judiciário pelos indivíduos representa a insistência dos movimentos políticos em prol da correção e de reparação dos erros do passado. Essa referência é difundida porque no ambiente das Cortes as partes ocupam posições de igualdade. Quando as questões de direito são analisadas, as cortes tendem a tratar todos os sujeitos e todos os casos como se iguais fossem, garantindo a equidade na elaboração de uma regra que servirá de exemplo para os sujeitos das relações internacionais.

Reconhecer essa tendência, ao invés de reprimi-la como tem feito a CIJ, contribuiria para o desenvolvimento do direito internacional voltado para a garantia dos indivíduos, ou seja, o desenvolvimento de um direito internacional das gentes voltado ao ser humano. O movimento a favor de um constitucionalismo global corresponde aos anseios por maior ampliação da participação política nessa esfera,<sup>269</sup> ainda carente de instituições que provoquem a transparência e responsabilização das ações dos principais sujeitos que nela atuam. Esse estado de balanceamento de poderes só pode ser alcançado por meio de ações em prol da constitucionalização do direito internacional e da institucionalização dos mecanismos democráticos de controle social pensados para essa sociedade massificada que é a comunidade internacional.

O movimento que toma corpo tende a criar uma efetiva hierarquização das normas pelo seu conteúdo, tomando o indivíduo por base, não de forma estática. Ele, que já se iniciou dentro dos Estados, com a globalização, deve ter as organizações internacionais como aliadas na construção de um direito internacional baseado no poder das leis não por um imperativo categórico moral, mas pela exigência social de

---

<sup>268</sup> KRAJEWSKI; SINGER, 2012, p. 32.

<sup>269</sup> HABERMAS, 2012, p. 79.

políticas que preservem o direito de integridade e liberdade de todos os povos e seus sujeitos.

A constituição política que visa, em primeira linha, uma limitação do poder, estabelece um “poder das leis” capaz de reformular normativamente as condições de poder existentes e canalizar o poder político para condições juridicamente vinculantes. Uma constituição desse tipo torna possível – já que renuncia identificar os dominadores com os dominados – uma distinção conceitual entre os seguintes elementos: constituição, poder do Estado e da cidadania. Aqui não existe nenhuma barreira conceitual que se contraponha a uma dissolução dos elementos, que se encontram entrelaçados entre si no Estado Democrático. De fato, a juridificação da cooperação entre Estados em redes multilaterais ou em sistemas de negociação transnacionais gerou certas formas de constituição no seio de organizações internacionais, cujo caráter não é mais estável, as quais dispensam, inclusive, a base de legitimação oriunda da vontade de uma cidadania organizada. Tais constituições regulam as relações e o jogo funcional que se estabelece entre os Estados nacionais; as próprias redes inclusivas, tecidas em escala mundial, não possuem mais uma “metacompetência” tida como característica própria de Estados: a de poderem determinar, e, eventualmente, ampliar, por conta própria as duas competências.<sup>270</sup>

O atual desafio do direito internacional é como fazer com que as instâncias constitucionais concorrentes sejam organizadas em uma esfera política e jurídica supra-estatal capaz de ser legitimada. Como posto no caso *Jurisdictional Immunities of the State*, a princípio, três ordenamentos jurídicos constitucionais estavam em concorrência. Neste caso, as decisões gregas e as italianas se posicionaram defendendo a ampla participação dos indivíduos no processo de governança internacional, enquanto a oposição veio da Corte Constitucional Alemã, que sustentou a autonomia da vontade política dos Estados.

A postura italiana e grega estão de acordo com os mais recentes documentos sobre a questão da flexibilização da imunidade e do direito de acesso à justiça. Elas também estão alinhadas com o que vem sendo discutido nas cortes constitucionais e nos principais trabalhos doutrinários sobre a proteção dos direitos humanos. Esse reconhecimento é fruto das importantes conquistas políticas da sociedade contemporânea, que legitimaram o judiciário como um fórum importante de debates acerca dos direitos fundamentais. Local onde se faz valer os direitos, vistos como trunfos.

---

<sup>270</sup> HABERMAS, 2007, p. 353.

Diferentemente, a Corte Constitucional da Alemanha, a CEDH e a CIJ apresentaram argumentos procedimentais, invocando a ausência de normas do direito internacional aplicáveis ao caso. Não há, aparente, dever de coerência da própria corte alemã com o seu papel na promoção dos direitos humanos. Isso porque não há um interesse do povo alemão nesta questão. Esses sim, poderiam cobrar de suas instituições postura mais íntegra sobre a questão. No mesmo vácuo de representatividade, a CIJ decidiu de forma burocrática ao aplicar o direito, até então, inexistente quando ela deu o pontapé inicial ao firmar regra que inclui os crimes de guerra no conceito de *acta jure imperii*.

O distanciamento da demanda dos cidadãos italianos é algo questionado pelos pressupostos da legislação alemã que criou uma lei destinada a não cidadãos vítimas de uma política de Estado. Como a Alemanha faz parte de uma rede mundial de cortes constitucionais, mesmo que não seguisse a tendência das demais cortes sobre o assunto, deveria ter prevalecido por integridade à coerência com os seus próprios valores constitucionais.

Como a imunidade de jurisdição é uma regra procedimental que cria uma exceção ao princípio da soberania do Estado onde ocorreram as violações, este deveria ser uma concessão do país onde se deram os fatos (Itália e Grécia, para citar o caso em estudo) ao Estado estrangeiro (Alemanha), e não um dever seu. Impor que o Estado agressor decida sobre os fatos por ele praticados no território que teve a sua soberania ofendida, é perpetuar uma regra que flerta com a impunidade.

Posturas que defendem leitura do direito internacional como a apresentada no caso confirmam o receio de todos aqueles que são contrários aos que trabalham para o reconhecimento da superioridade da norma do direito internacional. Há um receio dos teóricos do direito de que o direito internacional venha a ser imposto de forma acrítica, sem ponderar o princípio da equidade. Isso significa negar direitos por questões procedimentais, como é o caso ora em análise.

Mas o problema do direito internacional está muito mais em como ele é entendido e vivenciado pelas instituições jurídicas do que com a sua normatividade em si. Contudo, as dúvidas que o cercam são decorrentes da abstração de algumas de suas normas, como é o caso das normas de *jus cogens*, bem como à postura interpretativa das cortes que insistem perpetuar um direito internacional voltado à proteção das relações entre os Estados.

Na atualidade, esperamos que os fundamentos do direito sejam mais do que contextualizados, pois cabe ao direito direcionar os comportamentos da comunidade não só de acordo com os fatos do caso, mas através deles. Isso significa que ao decidir juridicamente, as circunstâncias fáticas devem ser observadas bem como as implicações normativas. Não há como não pensar, então, em como realizar este processo sem a participação e controle das pessoas interessadas no fenômeno jurídico. Por esse motivo, as decisões da CIJ são especiais.

Por serem carentes de vinculação às pessoas, as decisões da CIJ têm sido cada vez mais tendentes a focar suas decisões no equilíbrio das relações entre Estados. Não se preocupa ela com o contexto que é o pano de fundo dos conflitos que envolvem os deveres jurídicos. Tal posicionamento tende a prorrogar a manutenção do Estado de impunidade quando se trata das questões de jurisdição do Estado estrangeiro. Daí ser ela alvo de muitas críticas, assim como as demais organizações internacionais, por ausência de legitimidade democrática. A democracia constitucional hoje realizada por parte dos Estados mais influentes no sistema internacional é o sistema político que permite a realização dos controles necessários à devida correção das decisões públicas.

Fica evidente a noção de que os judiciários nacionais têm desempenhado um papel mais relevante na efetivação dos direitos humanos e no desenvolvimento do direito internacional do que a própria CIJ. As cortes nacionais, mais inseridas no projeto democrático de transparência, responsabilização e apreço ao governo pelo direito, têm se atentado à responsabilidade de analisar os fatos por uma perspectiva principiológica. Boa parte deste avanço deu-se em razão do abandono de teses jusnaturalistas vinculadas a uma moral metafísica, assim como as teses realistas subordinadas às vontades políticas e às teses positivistas que se demonstraram limitadas na perspectiva de dar as garantias de certeza e segurança no ambiente internacional.

Por mais promissora e bem intencionada que seja a defesa da tese jusnaturalista, seus fundamentos são recusados por não representarem parâmetros jurídicos adequados para a análise do direito internacional. O jusnaturalismo fez um bom trabalho ao apontar que a Corte Alemã e a CIJ não agiram conforme a melhor interpretação do ordenamento jurídico em prol da proteção das pessoas. No entanto, a defesa da sua postura teórica não é aceitável.

Como já mencionado no item 2 deste Capítulo, a análise abstrata do direito natural padece do mesmo vício positivista quando aceita uma regra como reta de aplicação ao caso. A tese do consentimento positivista não consegue fundamentar porque se deve seguir as decisões do passado quando esta é reconhecida como ruim para a sociedade. Situação semelhante ocorre com o jusnaturalismo, que não é aceito por se ater a uma racionalidade e à “consciência imutável” para a identificação do direito aplicado ao caso.

Ante as evidentes limitações da postura jusnaturalista e da impunidade da qual resultam as teses realistas e positivistas, propomos o estudo de uma forma diferente de entender o fenômeno do direito internacional e, logo, rever o caso em análise. Essa postura, se vale da premissa básica de justiça que permeia um ordenamento jurídico, seja ele o nacional ou internacional. Tendo em vista a demanda pela análise constitucional das decisões que afetam o direito internacional, é necessário fortalecer uma alternativa que tenha como base um dever de coerência que respeite e foque na proteção dos indivíduos.

Essas importantes teorias jurídicas foram questionadas pelas premissas da obra de Ronald Dworkin, que prega serem as desavenças teóricas do direito parte do seu processo de reconhecimento.<sup>271</sup> Assim, há obrigações mesmo quando há desacordos e estes conflitos são resolvidos por meio de argumentos substantivos morais presentes na moralidade política.

Como ensina Coleman, a teoria de Dworkin está no meio do caminho entre o positivismo e o jusnaturalismo. Ele alcançou essa concepção ao mudar o foco da teoria do direito do conteúdo do critério de legalidade para a sua existência ou fundamento. Ao se afastar do critério de legalidade convencional, Dworkin sustenta que o critério de legalidade não é definido pelas práticas jurídicas, como querem os positivistas, mas sim pela melhor interpretação dessa prática.<sup>272</sup> Ele entende que a interpretação é uma atividade normativa, e as normas de interpretação das condutas e de resolução de problemas são morais e políticas.

No entanto, sua teoria não é jusnaturalista pois ele não recorre a nenhum argumento metafísico derivado da natureza humana ou de Deus. Para a tese que defende, o direito não reivindica que o critério de sua legalidade resta naqueles

---

<sup>271</sup> COLEMAN, 2008, p. 158.

<sup>272</sup> COLEMAN, 2008, p. 158.

argumentos que são os melhores moralmente falando, os mais justos, ou os que mais contribuem para o desenvolvimento humano.<sup>273</sup> Ele entende que o critério de legalidade do direito de uma comunidade é o mais condizente com a melhor interpretação da prática jurídica dessa comunidade.

Esta teoria é atraente porque vê o direito como um processo de aprendizado social. Ele é fruto uma leitura moral das práticas sociais do presente que adota compromissos voltados ao aperfeiçoamento da comunidade. Através da equidade e da liberdade, garantido pelo princípio do devido processo legal, essa teoria assimila os erros cometidos pelas demais e propugna por correções, visando a um ideal de justiça menos abstrato e implausível do que o proposto pelas correntes do direito natural. Passo por ela, de agora em diante.

---

<sup>273</sup> COLEMAN, 2008, p. 159.

## CAPÍTULO V

### O direito internacional visto como um empreendimento coletivo

*Ora, a guerra se constitui na mais óbvia oposição à atitude psíquica que nos foi inculcada pelo processo de civilização, e por esse motivo não podemos evitar de nos rebelar contra ela; simplesmente não podemos mais nos conformar com ela. Isto não é apenas um repúdio intelectual e emocional. Nós, os pacifistas, temos uma intolerância constitucional à guerra, digamos, uma idiossincrasia exacerbada no mais alto grau. Freud<sup>274</sup>*

#### 1. Uma nova abordagem

Tecidas as considerações sobre as três correntes filosóficas de maior repercussão na compreensão do fenômeno jurídico e como elas se relacionaram com a prática do direito internacional no caso *Jurisdictional Immunities of the State*, passamos agora ao desafio de entender o direito internacional sob a ótica de uma nova perspectiva: a do direito como integridade. Encarar o desafio só é possível em razão dos avanços do direito, suas teorias e práticas, imersas na realidade da comunidade internacional e dos seus sujeitos.

Por romper com o postulado positivista da separabilidade entre direito e moral, bem como desacreditar que a teoria das fontes do direito deve ser apenas uma teoria descritiva, a teoria da integridade supera os limites do pensamento jurídico realista ou positivista sem apelar para os argumentos transcendentais jusnaturalistas. Nela, o direito não surge como um fato político ou moral, mas se comunica com esses dois ramos do saber social em um estado de constante diálogo.

Por isso, a teoria da integridade de Dworkin pode ser chamada de pós-positivista, já que o seu modelo de direito traz em si um dever de coerência argumentativa com o direito posto, entendido como conhecimento jurídico voltado à orientação do desenvolvimento social e jurídico. Mas também, ele, em nome da eficiência, rompe com as premissas das convenções quando entende ser necessário

---

<sup>274</sup> FREUD, 2005, p. 46.

avançar nas conquistas sociais e individuais.

Logo, ele se diferencia das teses realistas, positivistas e jusnaturalistas ao defender que, por meio da integridade, os argumentos de justificação observados no direito são pontos de conciliação entre as perspectivas do presente, passado e futuro da comunidade. Assim, como teoria pós-positivista,<sup>275</sup> a tese da integridade sustenta a importância da argumentação jurídica na existência do direito. Desse modo, é possível permitir o surgimento de compromissos promissores com o desenvolvimento do sistema institucional e dos sujeitos que dele dependem.

Antes de argumentar porque a teoria da integridade é a melhor perspectiva para interpretar o caso atual em estudo, e qual o rumo que ela seguiria, é interessante registrar aqui que Dworkin quase nada escreveu sobre o direito internacional. Um dos poucos textos que podem ser apontados sobre o assunto é um trabalho póstumo intitulado *Uma nova filosofia para o direito internacional*,<sup>276</sup> onde o autor faz uma reflexão muito breve sobre o direito internacional. Um dos pontos importantes para elucidar esse texto é identificar qual é a visão sobre a questão do direito costumeiro internacional para esse ramo do saber jurídico. Esse assunto é importante para conduzir a discussão sobre a universalidade do direito, tema fundamental para a compreensão dos quatro modelos filosóficos concorrentes apresentados neste estudo, e que será detalhado nos itens 2 e 3 deste capítulo. Restará ao item 4, por sua vez, refletir sobre a teoria de Dworkin aplicada às circunstâncias ligadas ao caso *Jurisdictional Immunities of the State*.

Por ora, deve-se destacar a dificuldade da presente empreitada. Isso porque, como reconhece Dworkin, a sua teoria foi acusada de ser provinciana em razão da sua observação, em *O império do direito*, de que uma teoria do direito

---

<sup>275</sup> Para melhor esclarecer o conceito de pós-positivismo, seguindo Bustamante, entendemos a categoria no seguinte sentido. Em linhas gerais, por pós-positivismo compreendemos ser o tipo de teoria do direito que não se contenta com uma descrição do Direito positivo a partir da perspectiva do observador imparcial – ou, no dizer de Hart, a partir do ponto de vista externo. Uma teoria do direito adequada deve ser capaz de formular respostas para as indagações que são formuladas pelos próprios usuários da teoria, quando refletem acerca do conceito de direito a partir do ponto de vista interno. Quando consideram os problemas fundamentais da teoria do direito a partir do ponto de vista interno, os juristas não se contentam mais em descrever um fato social que se encontra no passado; pelo contrário, eles buscam encontrar uma justificação adequada para as pretensões de juridicidade que eles pretendem fundamentar em suas argumentações. É justamente neste momento que o positivismo, enquanto teoria geral do direito, se mostra inadequado, pois ele despreza a dimensão argumentativa ou reflexiva do direito e concebe o sistema jurídico como um conjunto previamente dado de normas jurídicas que podem ser inteiramente identificadas a partir da referência a suas fontes. BUSTAMANTE, 2013, p. 309.

<sup>276</sup> DWORKIN, 2013, p. 1.

representa, de acordo com suas premissas, uma teoria do “nosso direito”, em referência ao direito norte-americano.<sup>277</sup> Em sua defesa, Dworkin sustenta que o que quis dizer foi que uma teoria levada ao grau de detalhamento apresentada na citada obra está adaptada às suas práticas locais e pode não se ajustar às de outras comunidades políticas.

Ao dizer “pode” Dworkin não disse que sua teoria não é aplicável a outros contextos políticos, como o internacional. Em sua obra, ele nem mesmo cogitou excluir o “seu direito” da influência dos ordenamentos de outros sistemas. Não era uma preocupação de Dworkin expandir o horizonte da sua investigação ao direito internacional. Ao evitar fazê-lo, ele foi poupado de críticas por não ter tido a devida atenção<sup>278</sup> com a complexidade do tema do direito internacional, como ocorreu com o Capítulo X da obra *O conceito de direito* de Hart.

Destaca o autor em estudo que, ao refletir sobre quão universal pode ser uma teoria interpretativa do direito que compreenda todos os eventos caracterizados por um conceito sociológico de direito, é imperioso reconhecer ser esta tendente à abstração e ser pouco detalhada. Por isso, a melhor resposta sobre se sua doutrina do direito pretende ser universal ou provinciana, responde ele, é considerar ambas as definições.

A partir de uma leitura moral do ordenamento jurídico,<sup>279</sup> Ronald Dworkin dá uma nova vida às concepções republicanas de governo voltadas à promoção das melhores práticas em prol do bem-estar em sociedade. Situado em um paradigma semelhante ao de Habermas,<sup>280</sup> a relação entre direito e moral sustentada em sua obra é de complementariedade. No caso de questões sobre a humanidade, vale dizer que a suposição de uma república de cidadãos do mundo constitui o ponto de referência para a fundamentação de regras que sejam do interesse de todos por igual.<sup>281</sup> Nos sistemas jurídicos, em especial os democráticos,<sup>282</sup> o direito funciona como uma corrente social que espalha pela sociedade a força normativa que

---

<sup>277</sup> Nessa passagem Dworkin critica o comentário de Raz sobre a sua obra *O império do direito*. DWORKIN, 2010, p. 325.

<sup>278</sup> WALDRON, 2013, p. 211- 221.

<sup>279</sup> Quanto à larga designação de documentos como sendo de direitos humanos, sugere que estes argumentos se revestem do teor do direito com autoridade universal sugerido pelo argumento de direitos humanos. DWORKIN, 2011, p. 333-334.

<sup>280</sup> HABERMAS, 2010, p. 171.

<sup>281</sup> HABERMAS, 2010, p. 173.

<sup>282</sup> A teoria Habermasiana possui como um dos fundamentos a triangulação entre o princípio de direito, o princípio democrático e o princípio moral. HABERMAS, 2010, p. 184-197.

fundamenta os princípios da liberdade e do igual respeito, elementos constitutivos do princípio do autogoverno e do Estado de Direito, “*rule of law*”, a partir do qual são cunhados todos os demais direitos individuais.

Ao atuarem na arena internacional, os Estados não se desvestem por completo dos pressupostos necessários ao funcionamento interno. Por isso, eles não podem ser vistos como os únicos responsáveis pela construção da ordem internacional, como se um elemento fosse, conforme sustenta a tradicional noção de soberania. Eles devem ser analisados a partir da capacidade de fazer cumprir as suas determinações e manter a integridade do seu sistema jurídico.<sup>283</sup> Os Estados só existem por causa dos seus cidadãos, da mesma forma como o direito internacional só faz sentido se considerada a sua organização como composta por pessoas comprometidas com o seu cuidado. Isso porque, no caso de uma guerra ou de uma ruptura, são milhões de indivíduos que vão sofrer a insegurança da ordem internacional.

A primeira característica a ser avaliada nessa nova empreitada, então, é aceitar a forma como se dá o reconhecimento do Estado através de mecanismos de autoidentificação e autorreferenciamento<sup>284</sup> do direito internacional que reforçam os conjuntos normativos nacionais estruturados em rede. Nesta, eles são capazes de conservar a memória e a identidade política de seu Estado e se assumem como referência, quando situados no interior dessa rede interconstitucional.

O direito constitucional e o direito internacional são marcados pelos mesmos paradigmas históricos e se influenciam constantemente devido ao desdobramento dos momentos sociais e políticos, cujos ideais, ao não se restringirem aos limites de um território, polinizam cruzadamente seus valores políticos e morais em uma série de outras comunidades. Como afirma Canotilho, a “convergência moral” de constituições nacionais e de tratados internacionais e supranacionais é a responsável pelo “sopro moral comunitariamente inclusivo ao direito, à política e à economia”.<sup>285</sup>

---

<sup>283</sup> WALDRON, 2006, p. 24.

<sup>284</sup> CANOTILHO, 2008, p. 269.

<sup>285</sup> Cita-se como exemplo a influência da Revolução Francesa na promulgação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, como um típico caso de inovações internas que influenciaram o direito internacional. Da mesma forma, o contrário. A Declaração Universal dos Direitos Humanos acabou por influenciar as Constituições Nacionais ao garantir uma série de direito inalienáveis. Como outros exemplos, pode-se citar os momentos da Guerra Fria, o avanço do Neo-

Assim, esses textos, ao se repetirem, são consolidados na vivência coletiva dos povos. Os documentos jurídicos associados às relações entre homens e sociedades contemporâneas estão longe de serem tidos como definitivos. Por isso, foi muito feliz a comparação que Jeremy Waldron fez do desenvolvimento do direito com a evolução do próprio conhecimento científico e a história da humanidade conhecida pela sua própria ciência. Assim, a teoria da integridade vista como uma “analogia do consenso científico”<sup>286</sup> é uma proposta muito bem-vinda.

Tanto o conhecimento jurídico quanto o científico são frutos de ações coletivas orientadas ao alcance de verdades que são reconhecidamente lembradas por serem contextualizadas, provisórias e refutáveis. Elas são construídas globalmente com base no conhecimento anterior produzido por indivíduos. Conhecimento este que foi propagado, questionado, testado e superado conforme as circunstâncias do seu tempo. Foi esse trabalho que permitiu às comunidades, compostas por homens práticos, debruçarem-se sobre as suas conquistas anteriores para encontrar novas soluções para o aperfeiçoamento de sua técnica ou a superação dos sérios problemas que assombraram suas comunidades.

Alcançado certo avanço, o resultado aceito pacifica algumas questões na sociedade contextualizada; contudo, a sua perspectiva não se dá com completude. Nenhum conhecimento científico ou jurídico não está passível de novas abordagens, leituras ou interpretações. São essas ações que dão origem a outras novas teorias e conhecimentos sobre os fatos da realidade e da vida por meio de uma circularidade tão infinita quanto à da própria existência da humanidade.

A acomodação desse conhecimento acaba resultando em demandas por novas soluções, o que faz com que essa “verdade provisória” se esgote e seja deixada de lado, mas não esquecida. Isso ocorre pelo fato de ela estar posta no mundo e integrar as premissas do conhecimento da comunidade que é global. É nesse contexto que se pode tratar da autoridade como uma densa rede de verificações dos resultados testados a todos os instantes. Nesse eterno agir, nem a comunidade científica, nem a jurídica oferecem garantias dos resultados das suas iniciativas: verdade no caso das ciências, justiça ou proteção no caso do direito.<sup>287</sup> Mas elas se comprometem a se

---

Liberalismo e das políticas econômicas globais, bem como a, ainda recente, “Guerra ao Terror”. CANOTILHO, 2008, p. 192.

<sup>286</sup> WALDRON, 2012, p. 100.

<sup>287</sup> WALDRON, 2012, p. 104.

empenhar e alcançar o melhor resultado possível dentro das dimensões que controlam o seu agir.

Logo no início deste trabalho, foi destacada a importância da tecnologia por Marx na mudança dos comportamentos sociais. Assim, não há como desassociar estas inovações do crescimento transdisciplinar das ciências em geral e do conhecimento jurídico em particular. Independentemente do método, que é uma ferramenta importante para se conhecer os pressupostos de funcionamento de uma teoria, os avanços e os erros coletivos da ciência servem de ponto de partida para dúvidas e reflexões quanto aos problemas contemporâneos.

Cabe destacar que nenhuma conquista é completa. A crítica é apenas o ponto de partida. A cada percurso do caminho, percebe-se uma jornada inteira pela frente a ser conquistada. A teoria de Ronald Dworkin é permeada por este senso de ação coletiva, típica das teorias construtivistas, que culminam na metáfora do trabalho em comum que dá origem aos capítulos do seu “romance em cadeia”. Esta representação simboliza o próprio desenvolvimento humano.

Um direito que apresente integridade, segundo Ronald Dworkin, é aquele capaz de sinalizar e nortear a aplicação dos princípios diante de cada caso concreto, tido sempre como um evento único e irrepitível.<sup>288</sup> Devido às suas características, a teoria do direito como integridade permite identificá-lo como um conjunto de decisões políticas e jurídicas rumo à consolidação das melhores práticas sociais em prol do indivíduo.<sup>289</sup> Ao ratificar ou corrigir o direito, as instituições constitucionais se reforçam com base no diálogo estabelecido entre o caso e os princípios eleitos pela comunidade política ao longo da trama que constitui a história da sociedade.

Dworkin parte do pressuposto de que, não obstante a importância da crítica realista e o seu apelo à eficiência do sistema jurídico, esta escola jurídica sofre com a ausência de fundamentação da decisão. A incapacidade de seus adeptos construir argumentos que justifiquem o uso da força organizado contra os sujeitos faz com que sua tese seja rejeitada por permitir sustentar o arbítrio institucional.

---

<sup>288</sup> FERNANDES, 2011, p. 194.

<sup>289</sup> O direito como integridade, portanto, começa no presente e só se volta para o passado na medida em que seu enfoque contemporâneo assim o determine. Não pretende recuperar, mesmo para o direito atual, os ideais ou objetivos práticos dos políticos que primeiro o criaram. Pretende, sim, justificar o que eles fizeram (às vezes incluindo o que disseram) em uma história digna de ser contada aqui, uma história que traz consigo uma afirmação complexa: a de que a prática atual pode ser organizada e justificada por princípios suficientes atraentes para oferecer um “futuro honrado.” DWORKIN, 2007, p. 275.

Já o positivismo, reflete o autor, deveria ser abandonado em razão da falibilidade do seu modelo teórico, que crê ser todo sistema jurídico dotado de uma regra-mestra que estabelece um “*teste de pedigree*” para determinar a validade das normas jurídicas. Essa pretensa segurança do método por eles desenhado é capaz de determinar quais padrões contam como direito e quais não. Esse critério factual de identificação do direito esconde os limites de uma técnica que se vê presa ao passado por não ousar decidir de forma contrária às convenções postas.

Mesmo as abordagens positivistas mais avançadas, que permitem ao órgão julgador superar a lacuna ou a ineficiência do direito reconhecido, não se desvinculam dos consensos do passado sem cometer incoerências nas suas premissas epistemológicas. Essa instabilidade dos pressupostos teóricos da sua tese afeta a realidade jurídica, por perpetuar o mesmo grau de incerteza que rege a sua crítica ao realismo ou às teorias alinhadas ao pensamento moral. Isso ocorre porque ele acaba se rendendo à discricionariedade diante da necessidade de se sobrepor a uma convenção ou criar norma de comportamento na ausência desta, vindo a defendê-lo sem a existência de nenhum pressuposto normativo anterior à decisão.

Ao contrário do que foi defendido pelo positivismo jurídico, nos sistemas jurídicos complexos não há distinção clara e definitiva entre padrões jurídicos e morais. Eles se influenciam por meio do desenvolvimento das ideias e pela comunicação, cujo discurso traz em seu bojo noções que, se não correspondentes, ao menos são limítrofes no sentido das experiências humanas. Contudo, Dworkin não pode ser confundido com um jusnaturalista porque ele não sustenta que o fundamento do direito está em um imperativo moral tido como objetivamente válido, ora ditado pela reta razão cósmica, divina ou humana.

Dworkin reconhece os méritos do ponto de vista interno, ou hermenêutico<sup>290</sup> da teoria de Hart, o grande avanço contido da obra *O conceito de direito*. Isso significa que ele sustenta serem os princípios do direito o resultado da ação crítica e reflexiva dos profissionais e autoridades jurídicas que vivenciam o dia a dia do direito e são os responsáveis por lhe dar forma ao interpretá-lo por meio de suas experiências.

Isso ocorre porque, ao argumentar com base em regras jurídicas simples, acredita Dworkin que os juristas e juízes invocam outros tipos de padrões, por ele

---

<sup>290</sup> BUSTAMANTE; CUNHA, 2012, p. 15.

denominados de princípios jurídicos.<sup>291</sup> Esses princípios têm como referência rememorar o papel desempenhado por argumentos jurídicos em situações anteriores,<sup>292</sup> que foram sendo tecidos até o presente por meio de atualizações de seu conceito. Foi esse o movimento que permitiu novas conotações a cada vez em que se dá a sua aplicação.

Com esta postura, Dworkin enfrentou o que considera ser o argumento do uso generalizado sobre o conceito de direito, qual seja: o conceito de padrões sociais que estipulam direitos e obrigações que um governo tem o dever de reconhecer (*has a duty to*) e fazer cumprir (*enforce*) através de instituições conhecidas como os tribunais e a polícia. Segundo o autor, o positivismo, com a sua defesa do teste fundamental, normalmente reconhecido como tese das fontes, toma parte da esfera de aplicação do conceito como se fosse o todo.<sup>293</sup> Na versão mais forte, esta postura jurídica sustenta que não podem existir direitos e deveres de qualquer tipo, a não ser em virtude de uma prática social uniforme que reconhece tais direitos e deveres.<sup>294</sup>

Para a análise da sua preocupação acerca da proposta do positivismo, Dworkin desenvolverá a tese do dever dos juízes de aplicar padrões particulares como parte do direito. Ele começa chamando a atenção para dois tipos de conceitos que são utilizados quando se discute comportamentos, como 1) “deve”/ “não deve” (*ought* – obrigação subjetiva de natureza moral, que contém igualmente o elemento da recomendação) e o 2) “tem a obrigação de”/ “não tem o direito à” (*have a duty to* – sugere a existência de uma autoridade externa motivada que é fonte do dever).<sup>295</sup>

Nos casos particulares, os juízos de dever são em geral mais fortes do que aqueles que simplesmente recomendam o que fazer. A questão de saber quando as alegações de obrigação ou de dever são apropriadas, enquanto distintas de alegações gerais sobre a conduta, é, portanto, negligenciada questão de filosofia moral.<sup>296</sup> O direito simplesmente não enuncia o que os cidadãos devem ou não fazer, não aconselha os juízes a julgar desta ou daquela maneira; ele prediz o que os juízes devem fazer, e todo filósofo do direito, excluídos aqueles que seguem as correntes mais radicais do realismo jurídico norte-americano, acreditam que o juiz tem um dever

---

<sup>291</sup> DWORKIN, 2002, p. 73.

<sup>292</sup> DWORKIN, 2002, p. 75

<sup>293</sup> DWORKIN, 2002, p. 75.

<sup>294</sup> DWORKIN, 2002, p. 76.

<sup>295</sup> DWORKIN, 2002, p. 77.

<sup>296</sup> DWORKIN, 2002, p. 78.

de decidir de uma maneira específica, pela expressa razão de que o direito exige tal decisão.

Aqui, o que importa é dizer se as autoridades políticas e jurídicas tem o dever de seguir os documentos normativos, nacionais e internacionais, assim como o dever de explicar os fundamentos para promover o dever de fidelidade para com o direito internacional costumeiro que defende a regra do *jus cogens* como superior às demais no direito internacional. Como defende Jeremy Waldron, o papel do direito internacional é claro na articulação de um conjunto de normas comuns para a proteção dos direitos humanos,<sup>297</sup> já que o propósito do direito internacional é o bem-estar dos seres humanos ao invés da liberdade dos Estados. Seguindo Waldron, é possível associar a abordagem da filosofia moral à teoria do direito elaborada por Dworkin,<sup>298</sup> que rompe o âmbito nacional, para ser estendida à esfera internacional.<sup>299</sup>

## 2. Digressão sobre a teoria da integridade

Para Dworkin, o direito deve ser pensado não para saber o que ele é, mas para saber o que se deve fazer diante dos casos que demandam decisões sociais. Para o estudo do caso *Jurisdictional Immunities of the State*, esta perspectiva é interessante, porque permite não apenas raciocinar sobre o próprio direito, mas também sobre como o direito leva o julgador a pensá-lo.

As teorias do direito internacional reconhecem as dificuldades em justificar o direito costumeiro internacional e a origem da sua juridicidade porque ele foge à regra da obrigatoriedade fundada no consentimento dos Estados. Ele demonstra que há por trás do direito legislado internacional uma normatividade que vai além do que foi posto pelas vontades políticas nacionais. Logo, buscar compreender esse fenômeno é também perquirir sobre o que é o direito, assim como o fez Ronald Dworkin<sup>300</sup> no primeiro capítulo da obra *O Império do Direito*.

Ao perguntar “*O que é o direito?*”, Dworkin direciona propositalmente a reflexão do seu interlocutor para o modo como os juízes pensam sobre o que é o direito no caso concreto e para os seus pontos de divergência entre esses juízes. Ele

---

<sup>297</sup> WALDRON, 2006, p. 25.

<sup>298</sup> DWORKIN, 2002, p. 79.

<sup>299</sup> CHILTON, 2013, p. 108.

<sup>300</sup> DWORKIN, 2007, p. 6.

pretende apresentar as bases da teoria que toma o fenômeno jurídico como uma prática social de caráter interpretativo

Como no caso *Jurisdictional Immunities of the State*, ora em análise, ele identifica que, regularmente, os juízes divergem sobre o direito do caso partindo de três tipos fundamentais de questões: 1) questões de fato (qual é o fato? o que ocorreu realmente?); 2) questões de direito (qual a lei aplicável ao caso?); 3) questões de moralidade política e de fidelidade (a decisão é justa? cumpriu-se o direito previamente estabelecido?). Apesar dessas, Dworkin afirma que, das três questões postas, a segunda é a mais complexa.

Valendo-se da perspectiva hermenêutica, Dworkin afirma que o direito é uma prática social que se desenvolve interpretativamente em busca de um significado. Reconhece que há um diálogo em torno daquilo que o autor quis dizer, bem como uma construção interpretativa, autêntica, originada através daquilo que o intérprete entende.<sup>301</sup> Seu modelo de interpretação é construtivo,<sup>302</sup> por defender que o horizonte daqueles que estão no diálogo se expande na realização deste, que se dá em três etapas: a) *etapa pré-interpretativa*, em que se identificam os conceitos básicos fundamentais de uma cadeia, como a identificação das normas jurídicas; b) *etapa interpretativa*, em que há a construção de sentido das normas fixadas na etapa anterior vindo a constituir uma interpretação construtiva; e c) *etapa pós-interpretativa*, em que se aplicam as normas estabelecidas nas etapas anteriores aos casos reais e, eventualmente, revisam as interpretações anteriores.<sup>303</sup>

Em contraposição aos céticos quanto à interpretação, para Dworkin há uma resposta correta para questões jurídicas e de moralidade política não só quando existem pontos de vista diferentes, mas também quando há pontos de vista contraditórios. Esta tese tem importante papel na teoria de Dworkin, pois ela prevê que cada intérprete, no seu esforço interpretativo, só pode tomar uma decisão: aquela que é mais adequada ao caso e que constrói o direito à sua melhor luz, de modo a torna-lo o melhor que ele possa ser. Se aplicar tese outra que não aquela tida como a juridicamente correta, após a elaboração dos filtros interpretativos, o intérprete estará deixando de agir de modo comprometido com o direito.

---

<sup>301</sup> DWORKIN, 2007, p. 60-7.

<sup>302</sup> DWORKIN, 2007, p. 81-4.

<sup>303</sup> Em *A Justiça de toga*, ele afirma que essa justificativa passa por dois planos: 1 – ajuste, em que se analisa a adequação da norma ao sistema jurídico, e 2 – valor, em que se indaga se essa resposta seria, realmente, a melhor. DWORKIN, 2010, p. 25.

Esse processo interpretativo exige do intérprete a postura de conhecer e analisar os dados que não podem ser abandonados nessa empreitada, como as interpretações defendidas na época, a legislação, os precedentes e as elaborações do meio intelectual em geral, que atuam sobre as idiosincrasias e os elementos da imaginação. Daí a importância da filosofia e da teoria do direito, que é denominada por ele como uma “parte geral da jurisdição, prólogo silencioso de qualquer veredicto”.<sup>304</sup>

Em razão de uma pré-compreensão compartilhada sobre o que é o direito, produzida pela doutrina com respaldo em uma história compartilhada, os elementos do caso se unem aos paradigmas, que, embora temporários, fornecem as condições de sustentação do argumento defendido. Assim, o argumento tem autoridade naquele momento histórico em que foi concebido, ou reafirmado, projetando-se de forma atualizada em cada novo caso que for destacado.

Ainda afirma o autor que,<sup>305</sup> conforme já dito anteriormente, há três concepções que colaboram para a formação do conceito do direito. Essas três concepções, por sua vez, devem responder a três perguntas básicas: a) faz sentido que a força pública seja usada somente em conformidade com os direitos já estabelecidos pelas decisões políticas anteriores? b) se tal sentido existe, qual é ele? c) qual a importância da coerência com as decisões anteriores?

A posição que defende, denominada “direito como integridade”, sustenta que o respeito às decisões anteriores se dá não só quando o valor jurídico está explícito nestas, mas também quando elas representam a moral institucional da liberdade e do igual respeito entre os sujeitos. Assim, em Dworkin, a justiça, não obstante ser um ideal a ser perseguido pela prática jurídica, desta difere porque a

justiça é uma questão que remete à melhor (ou mais correta) teoria do que é justo moral e politicamente, e a concepção de justiça de uma pessoa é a sua teoria, imposta por suas próprias convicções sobre a verdadeira natureza dessa justiça. O direito é uma questão de saber o que do suposto justo permite o uso da força pelo Estado, por estarem incluídos em decisões políticas do passado, ou nela implícitos.<sup>306</sup>

---

<sup>304</sup> DWORKIN, 2007, p. 113.

<sup>305</sup> DWORKIN, 2007, p. 118.

<sup>306</sup> DWORKIN, 2007, p. 122.

Para Ronald Dworkin, a justiça contribuiria para o conceito do direito porque ela está intimamente ligada à justificativa da coerção das forças que exercem o poder no interior das comunidades. As concepções do direito fornecem as suas justificativas para que se forme o conceito de direito, ou justificação da força institucionalizada, por um viés crítico.

Ao detalhar a sua concepção de direito como um fenômeno interpretativo orientado pelo dever de integridade, Dworkin ensina que a sua teoria nega que as manifestações do direito sejam relatos factuais do passado, como querem as teorias semânticas, ou programas instrumentais do pragmatismo jurídico, voltados para o futuro. Sua teoria visa ser a compreensão do direito como sistema de práticas jurídicas interpretativas em processo contínuo de desenvolvimento.<sup>307</sup>

Então, o direito como integridade entende que, ao desenvolverem o raciocínio jurídico, os juízes ao mesmo tempo em que descobrem, ou inventam o direito, não fazem uma coisa, nem outra. Isso pode até parecer confuso em uma primeira leitura, mas é preciso lembrar-se da tese hermenêutica de que o interpretar é atualizar o objeto que, mesmo reinventado, permanece o mesmo. Aqui está a chave da existência jurídica como um fenômeno dinâmico. Ele se renova ou se reforça diante de cada caso concreto e suas particulares circunstâncias.

O princípio de integridade, logo, orienta os juízes a reconhecer direitos e deveres jurídicos a partir do pressuposto de que foram todos criados por um único autor (a comunidade personificada), expressando uma concepção coerente de justiça e equidade. Segundo a teoria do direito como integridade será verdadeira a proposição jurídica que oferecer a melhor interpretação construtiva da prática jurídica constitucional quando derivada dos princípios de justiça, equidade, e devido processo legal de acordo com o caso concreto. Isso significa que, ao decidir, o juiz deverá observar a prática jurídica segundo a melhor interpretação dos princípios jurídicos aceitos pela comunidade.

Essa perspectiva permite afirmar que o direito como integridade é uma concepção mais interpretativa do que o convencionalismo ou o pragmatismo, podendo ser entendido como produto de uma interpretação abrangente da sua fonte: a prática jurídica. Ele, por tanto, é capaz de orientar a comunidade a continuar interpretando o mesmo material que ela própria interpretou, por diversas vezes, com sucesso. Isso

---

<sup>307</sup> DWORKIN, 2007, p. 271.

ocorre porque Dworkin parte do pressuposto de que a comunidade não é estática. A cada nova vivência, ela também se revisita e faz com que seus princípios e consensos jurídicos sejam atualizados, como um dos reflexos desse processo de evolução. Dworkin é muito consciente de que há diversas tendências na sociedade (forças sociais) que estão em constante tensão. De acordo com cada contexto histórico, elas se alternam na produção dos valores responsáveis pela orientação social, e esse evento repercute na tomada de decisões institucionais.

O elemento histórico no direito como integridade é muito importante para Dworkin. Porém, ele não determina a coerência em todas as etapas históricas ou vincula a interpretação aos pressupostos adotados. Isso porque para esta concepção de direito a compreensão do passado é relevante, porque ela traz em si um aprendizado. Mas, para Dworkin, a regra é se ater aos parâmetros do presente.

Existe, sim, um processo de atualização constante do direito e dos princípios jurídicos, com base nas decisões jurídicas adotadas no passado, o qual vincula, autoriza e justifica o uso da coerção pelo conhecimento. Desse modo, a história é importante, porque ensina a esse sistema de princípios que ele deve se justificar o tempo todo, mesmo quando reinterpreta o conteúdo dessas decisões anteriores.<sup>308</sup> O retorno ao passado no direito como integridade ocorre, geralmente, como elemento de justificação de uma prática honrada, digna de ser contada, na medida em que o seu enfoque contemporâneo assim o determine.

Aponta Dworkin que a prática interpretativa do direito em muito se assemelha ao aspecto ou componente normativo das interpretações criativas ao identificar um propósito próprio ao texto, aos dados ou às tradições que estão sendo interpretados, por estarem nele contidos. É essa correspondência que autoriza identificar o juiz como autor, intérprete e crítico, segundo os diferentes aspectos de um mesmo processo. Tamanha é a proximidade entre o fenômeno jurídico e o literário que Dworkin criou um gênero literário artificial, por ele denominado de “romance em cadeia”, capaz de bem ilustrar o fenômeno jurídico.

O romance em cadeia, segundo Dworkin, consiste em um projeto social coletivo no qual vários romancistas utilizam a perspectiva do autor anterior para desenvolver a trama e a narrativa da história. Cada romancista da cadeia precisa interpretar os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, que é, então,

---

<sup>308</sup> DWORKIN, 2007, p. 274.

acrescentado ao que recebe, e assim por diante. A unidade dessa história depende do comprometimento de cada autor com a obra, desenvolvida por meio de uma avaliação acurada das partes anteriores e da qualidade do seu trabalho, à medida que escreve e reescreve.

Duas são as dimensões a serem utilizadas para avaliar a estrutura de qualquer interpretação, mesmo a jurídica: a dimensão de adequação e a dimensão dos juízos estéticos. Esses são parte de um procedimento analítico útil, que ajuda a dar uma estrutura funcional, independentemente do estilo de qualquer intérprete. As opiniões de coerência e integridade textuais estão ligadas a juízos estéticos substanciais que se anulam diante de uma avaliação global do mesmo modo que permitem a liberdade de interpretação diante do estágio da discussão. Tanto a forma de liberdade irrestrita de aplicação (total liberdade criativa), quanto a limitação desarrazoada (coerção mecânica do texto) sofrem ressalvas em decorrência uma da outra.

Questões de opinião e convicção, sobre as quais os romancistas podem divergir, ou seja, as “convicções subjetivas” a respeito da interpretação que se adapta ou torna o texto melhor, são inerentes ao sistema de crenças e atitudes do autor. Sob o ponto de vista do intérprete, uma parte da crença da experiência cognitiva repousa sobre o fato de que algumas das crenças e convicções operam como elementos de comprovação quanto à aceitação ou correção do texto. Ele a vê como se fosse incontroversa, como se todos os demais interpretes sentissem a mesma coisa.

O processo de argumentação está relacionado a convicções formais ligadas umas nas outras e que são por elas dirigidas. Isso significa que as convicções de um intérprete sofrem, dependendo da complexidade e da estrutura do conjunto de opiniões sobre o assunto em questão, um controle recíproco de como deve ser o caso que ele está interpretando. Assim, a metáfora do romance em cadeia ensina que a opinião de que nenhuma interpretação poderia ser melhor deve ser construída e defendida como qualquer outro argumento interpretativo.<sup>309</sup>

No entanto, o problema fica mais complexo quando se instaura a divergência sobre o que é respeitar o texto.<sup>310</sup> Dworkin atesta que a interação entre adequação e justificação é complexa, apresentando um delicado equilíbrio entre

---

<sup>309</sup> DWORKIN, 2007, p. 284.

<sup>310</sup> DWORKIN, 2007, p. 286.

convicções políticas de diversos tipos. Casos com problemas afins partem de uma longa história que o intérprete tem que interpretar e continuar interpretando, de acordo com suas opiniões sobre o melhor andamento a ser dado à história em questão, segundo os parâmetros da moralidade política (e não da estética).

A decisão judicial é peça que contém conclusões pós-interpretativas sobre o caso, desenvolvidas a partir de interpretação que, além de adequada, justifique os fatos anteriores até onde isso seja possível. Para esclarecer essa complexa estrutura, Dworkin recorre à metáfora do imaginário “*juiz Hércules*”, dotado de capacidade e faculdades ilimitadas de cognição, que o tornariam capaz de sempre alcançar a resposta correta. *Hércules* é um juiz criterioso e metódico. Portanto, logo após selecionar e analisar as hipóteses que correspondem à melhor interpretação dos casos precedentes, rejeita aqueles argumentos que são incompatíveis com a totalidade da prática jurídica.

Ele verifica a correspondência dessas interpretações com o princípio de justiça e desconsidera os argumentos identificados como meros objetivos políticos. Assim, sem se esquecer o porquê e em quais circunstâncias as decisões foram tomadas no passado, alcança a interpretação por meio da sua melhor luz possível, de modo a, cada vez mais, ampliar a sua investigação até alcançar a sua convicção.<sup>311</sup>

Existe para Dworkin uma importante diferença entre legisladores e juízes. Os primeiros, segundo o autor, possuem autonomia de princípios para justificar as regras que aprovam. Logicamente, a permissão de justificação do legislativo não é ilimitada. Eles esbarram em questões de conciliação externa. Os segundos, de acordo com o modelo de direito como integridade, pressupõem que suas decisões sejam fundamentadas em princípios e não em argumentos de política, ou seja, devem apresentar argumentos que digam porque as partes realmente teriam direitos e deveres legais ‘novos’ que eles aplicaram na época em que essas partes agiram, ou em algum outro momento pertinente do passado.<sup>312</sup> Ao colocar a sua opinião em diálogo com todas as decisões anteriores, o juiz testa a sua decisão por meio de uma teoria coerente que justifique a rede de decisões como um todo de modo construtivista.

---

<sup>311</sup> DWORKIN, 2007, p. 292.

<sup>312</sup> DWORKIN, 2007, p. 293.

Conforme o próprio autor reconhece, nenhum juiz real poderia alcançar uma interpretação plena de todo o direito que rege sua comunidade. Por isso, idealiza um juiz hercúleo, dotado de talentos sobre-humanos e com tempo infinito. Ele reconhece que um juiz verdadeiro só pode imitar *Hércules* até certo ponto, explicando que grande parte deste processo se dá de maneira inconsciente por um juiz experiente, comprometido, detentor de um conhecimento suficiente do terreno em que se situa seu problema. Agindo com comprometimento, ele sabe qual interpretação de um pequeno conjunto de casos sobreviveria se os seus limites interpretativos fossem ampliados.

Logo, a teoria da integridade é uma teoria prática que observa ser o processo decisório, em especial o judicial, um esforço misto de compreensão das convenções associados às demandas por adequação, típicas dos novos contextos sociais e conversações deles decorrentes. Esse processo, por meio de contínuos testes de refutação do consenso alcançado, permite chegar à estabilidade da interpretação que se mostre satisfatória, ou seja, menos danosa à integridade.<sup>313</sup>

Quanto à divergência de interpretação, esta é um dos componentes do direito como integridade e faz parte do processo de construção e revalidação dos valores da própria sociedade, vindo a proporcionar a evolução e as mudanças necessárias ao direito. Esse processo tem como resultado o aprendizado coletivo que gera vínculos normativos através do esforço argumentativo que guia a razão nos momentos em que é necessário avançar sobre um problema de coordenação social.

A consideração acima se faz oportuna nesse novo contexto globalizado que, por meio dos princípios gerais do direito internacional surgidos através da interconexão entre os sujeitos do direito internacional e sua história, demonstra quais dos percalços do caminho traçado devem ser evitados e quais das orientações devem conduzir a tomada da decisão.

### **3. Aplicação da teoria da integridade no direito internacional**

Ronald Dworkin não se dedicou ao direito internacional, apesar de muitas das suas ideias terem sido incorporadas a uma leitura mais construtivista do funcionamento dos princípios e regras do direito internacional. Do pouco que o autor

---

<sup>313</sup> DWORKIN, 2007, p. 295.

escreveu sobre o assunto, curiosa é a passagem da obra *A justiça de toga*, na qual reage a uma provocação de Raz e Coleman. Apesar de seu objetivo não ser abordar diretamente esse ramo do direito, sua proposta se adéqua bem ao problema por este enfrentado no caso *Jurisdictional Immunities of the State*.

No citado texto, ele responde ao questionamento positivista de se seria enganoso dizer que o direito grego torna-se parte do direito polonês quando um juiz deste país é demandado a decidir sobre um acidente que aconteceu na Grécia, mas é levado à sua Corte porque alguém neste país abriu um processo sobre o referido caso.<sup>314</sup> Para o autor, é realmente estranho afirmar que a responsabilidade civil do direito grego faz parte do direito polonês, não obstante defender que as condições de veracidade do direito polonês sobre o acidente ocorrido na Grécia repousam sobre os pressupostos do direito grego. Logo, nesta questão específica, o juiz polonês não poderia chegar a uma conclusão correta sobre o estado do direito de seu país sem levar em conta o direito grego.<sup>315</sup>

Nesses primeiros exemplos, mesmo não tratando expressamente sobre o direito internacional, Dworkin lança algumas luzes de como esse interfere na compreensão das experiências jurídicas nacionais. Como já dito, no texto denominado *Uma nova filosofia para o direito internacional*, Dworkin reconhece a complexidade do tema do direito internacional e a falta de maior reflexão dos filósofos do direito a esse respeito, em especial na tradição analítica anglo-americana, a qual pertence. Mesmo afirmando que há o reconhecimento por todos da existência do direito internacional, por meio da observância e respeito às práticas entre os Estados, este fenômeno não foi profundamente estudado e sistematizado como forma de controle político externo, de modo que permanece obscuro como afeta o exercício da soberania.

A respeito deste texto, na seara do direito internacional, as questões interpretativas são de resolução ainda mais difícil do que no âmbito constitucional, afirma Dworkin. Para ele, fazer valer os princípios e as regras que compõem os documentos constitutivos do sistema jurídico internacional é ainda mais controverso e dramático.

Nos últimos sessenta anos, conclui, o interesse da filosofia do direito internacional em nada mudou, e o desafio antigo continuou: ele permaneceu ignorado

---

<sup>314</sup> DWORKIN, 2010, p. 332.

<sup>315</sup> DWORKIN, 2010, p. 334.

pela escola analítica.<sup>316</sup> Essa incompreensão acerca do direito internacional, ele atribui à dominância do movimento filosófico do positivismo jurídico, para o qual a identificação do direito depende apenas de um fato social, que se verifica quando grupos ou pessoas com autoridade criam o direito pelo seu consentimento. Essa concepção está ligada ao entendimento acerca da soberania estatal que, para a grande maioria dos seguidores dessa corrente, é vista como absoluta,<sup>317</sup> de modo que os Estados não sofrem nenhuma forma externa de controle no modo como conduzem as suas atividades.

Segundo Dworkin, esta corrente é amplamente aceita pelos profissionais e estudiosos do direito internacional, que enxergam o art. 38 (1) do Estatuto da CIJ como uma regra de reconhecimento internacional. A leitura positivista deste dispositivo reforça o entendimento de que o direito internacional é a lei para as nações. Partindo desse pressuposto, o direito internacional é baseado no que as nações consentiram em tratar como tal. Dessa forma, a submissão do Estado ao direito internacional não será interpretada como um ato de violação a sua soberania pois ele, em uma ação soberana, consentiu em se colocar sob a submissão da norma que tem, então, efeito de lei para ele.

Há muitas críticas à leitura da força do direito internacional como convenção ou consentimento, por ele não conseguir justificar uma série de padrões e de circunstâncias ainda sem resposta convincente à sua ocorrência. Encaixa-se perfeitamente nesta reflexão aquela que questiona se os Estados têm o dever de obediência às convenções por eles não assinadas. Essa pergunta é instigante porque questiona como podem restrições serem aplicadas contra Estados, como aquelas previstas no direito costumeiro internacional, com base na adesão a normas aceitas por outros países e que são tidas em consideração pelos órgãos de jurisdição internacionais, como a CIJ.

Ao testar a proposição de que o direito internacional é criado por nações sem nenhum tratado formal, mas porque assim foi aceito por elas ou por um grupo que se submete a certas restrições de seus atos, Dworkin conclui que a tese da regra de reconhecimento e da submissão por consentimento não apresenta fundamentos.

---

<sup>316</sup> DWORKIN, 2013, p. 2.

<sup>317</sup> DWORKIN, 2013, p. 4.

Para ele, o que faz com que as nações aceitem restrições são questões de direito e não apenas de prudência ou respeito, ou seja, são os princípios da comunidade política. Ele argumenta que

o que é necessário é uma visão mais abstrata da natureza do direito, que se baseia em princípios de moralidade política. Para lançar as bases desse argumento, o Professor Dworkin avança sobre o conceito doutrinário de direito que é interpretativo e não por critérios. Isso quer dizer que, em uma comunidade política, é partilhado um conceito doutrinário de direito que "não concorda sobre testes de aplicação, mas, concorda sobre algo mais importante que se transforma na sua aplicação e também nas desavenças, às vezes de forma dramática, sobre quais os testes que são adequados ao seu uso, uma vez que a sua aplicação tem essas consequências".<sup>318</sup>

Ao dar continuidade a essa reflexão ele põe em discussão a mudança da comunidade internacional. "Nações mudam dramaticamente após certo período de tempo", diz ele.<sup>319</sup> Elas surgem, são anexadas, fragmentadas, unificadas novamente, como a própria Alemanha, país estudado neste caso, que possuiu os seus limites distintos dos atuais ao longo do século XX.<sup>320</sup> Essas e outras situações que tomam os Estados como entes personificados fazem com que se abandone a tese do consentimento, pois ela gera uma série de dúvidas e inseguranças.

Entende Dworkin que os países estão submetidos ao direito internacional por gerações devido a uma questão de princípios. Sua reflexão o conduz a negar que a teoria da autolimitação dos Estados soberanos pelo consentimento seja a base do direito internacional. O que faz com que nenhuma decisão política dos Estados seja mudada é o fenômeno geral denominado obrigações associativas,<sup>321</sup> seja no âmbito nacional ou internacional. Está se questionando aqui é a origem da obrigação política cujo emprego é interpretativo em razão da concordância da existência de questões

---

<sup>318</sup> CHILTON, 2013, p. 108. Tradução nossa do original em inglês: that what is needed is a more abstract view of the nature of law that is grounded in principles of political morality. To lay the foundation of this argument, Professor Dworkin advances a doctrinal concept of law that is *interpretive* and not *criteria*. That is to say, in a political community, we share a doctrinal concept of the law "not by agreeing about tests for application but by agreeing that something important turns on its application and then disagreeing, sometimes dramatically, about what tests are therefore appropriate to its use, given that its application has those consequences."

<sup>319</sup> DWORKIN, 2013, p. 9.

<sup>320</sup> Esse tipo de questionamento não se aplica ao caso, no entanto, porque em 1947, data da assinatura do tratado de paz com a Itália a Alemanha possuía os limites atuais. A criação da República Federal Alemanha (ocidental) e a República Democrática da Alemanha (Oriental) só ocorreu em 1948. Informação disponível em: <<http://www.dw.de/a-divis%C3%A3o-da-alemanha-de-1945-a-1989/a-958753>>. Acesso em 20 out. 2014.

<sup>321</sup> DWORKIN, 2013, p. 11.

importantes na aplicação e na análise das consequências políticas. Defende Dworkin que uma teoria sobre a correta análise de conceitos políticos interpretativos deve ser normativa: uma teoria da moralidade política sobre as circunstâncias em que algo deve ou não deve acontecer.

A diferença entre o que o direito é e o que ele deve ser dependente da moralidade política.<sup>322</sup> O direito, então, é parte de uma moralidade política, mas uma parte muito distinta, pois parte da pergunta moral sobre qual é o direito de uma comunidade, cuja resposta depende de um julgamento jurídico. Essa situação soluciona quais são as regras cujo cumprimento os cidadãos ou as autoridades têm o direito de demandar às instituições coercitivas sem qualquer outra decisão política coletiva.

A abstrata relação entre direito e moral provê a fundamentação de uma teoria política que combina a atrativa concepção de legitimidade política com a concepção convincente de que há virtudes políticas especiais de equidade (*fairness*).<sup>323</sup> Mas, em um mundo onde política e equidade nem sempre são valores comuns, a indagação sobre como entender qual é o direito a ser aplicado pelas cortes é uma pergunta importante a ser investigada.

Ele responde dizendo que esse processo passa por grandes dificuldades pois, no mundo atual, as grandes potências não atribuem a nenhum órgão jurisdicional a capacidade compulsória de aplicar a coerção efetiva sem a sua cooperação. Esse fato não impede, no entanto, que uma teoria sobre os fundamentos do direito internacional seja pensada, mesmo que esta desagrade os poderes das nações e das grandes potências, pois elas terão o seu poder restringido. E esta teoria deve ser pensada logo em razão da necessidade de um direito internacional mais efetivo que permita a ampliação e a segurança da coordenação no plano internacional.

Pensar nesta alternativa é reinterpretar o Sistema de Westphalia, que conta uma história sobre um mundo dividido entre países em defesa do princípio da soberania a fim de evitar qualquer interferência de cunho religioso ou político. Por esse sistema, ficou estabelecido que cada poder soberano só poderia ser limitado por vontade própria das suas instituições.<sup>324</sup> Ao mesmo tempo, esse sistema serviu para estruturar duas esferas de poder, a externa e a interna, ao fortalecer a soberania e

---

<sup>322</sup> DWORKIN, 2013, p. 12.

<sup>323</sup> DWORKIN, 2013, p. 12.

<sup>324</sup> DWORKIN, 2013, p. 16.

apontar para a legitimidade política. Assim, para este sistema, o desenvolvimento das organizações políticas coercitivas na esfera internacional, observa Dworkin, também é o reflexo de uma mudança da legitimidade política interna e das instituições coercitivas dentro dos próprios Estados. No momento atual, contudo, um governo apenas será ilegítimo, segundo essa perspectiva, se violar os direitos humanos básicos de seus cidadãos.

O modelo do Sistema de Westphalia desconsidera que pessoas do mundo atual acreditam que têm uma responsabilidade moral de proteger aqueles que em outras nações sofrem graves violações aos direitos humanos.<sup>325</sup> Essas mesmas pessoas, também, se consideram parte de uma opinião pública capaz de (des)legitimar o governo coercitivo. Assim elas também se sentem frustradas como cidadãos quando seus governos aceitam e agem em favor de uma agenda internacional que desencoraja a cooperação internacional por razões egoístas, inibindo a prevenção dos desastres que afetam a harmonia do convívio entre os povos, tais como os desafios econômicos, humanitários, médicos e ambientais.

Segundo Dworkin, o sistema internacional sofre do constante risco do que os filósofos chamam de “dilema do prisioneiro”,<sup>326</sup> onde as nações se entendem em circunstâncias nas quais é racional para elas, uma a uma, tomarem alguma decisão. Sem embargo, por falta de interlocução entre essas ações, elas são individuais e descoordenadas, de forma a resultarem em perda para todos. Esse é um problema de coordenação sem condições de ser resolvido internamente, já que ele ultrapassa os limites dos territórios nacionais.

Se não houver uma força que obrigue um Estado a participar, ele não irá encontrar razões para aceitar fazer parte da ação internacional coordenada. Logo, a permanência desse sistema exclusivo dos Estados, baseado na vontade soberana, além de dificultar as formas de coordenação, também inibe que seja conferido às pessoas dignidade para que participem, de forma genuína, nas decisões dos governos e permitam que as decisões equivocadas sejam corrigidas.

Para Dworkin, os Estados precisam fazer parte da comunidade internacional, mesmo os que não possuem grandes interações com os seus demais integrantes. Eles aderem, assim, às decisões da comunidade internacional com base

---

<sup>325</sup> DWORKIN, 2013, p. 17.

<sup>326</sup> DWORKIN, 2013, p. 18.

no princípio da relevância (*principle of salience*).<sup>327</sup> Segundo este, se um número significativo de Estados, abrangendo uma população significativa, desenvolveu um código acordado de prática política, seja por tratado ou por outra forma de coordenação, em seguida, outros Estados têm, pelo menos, um dever *prima facie* de subscrever essa prática. Agindo deste modo, o Estado melhoraria a sua legitimidade e subscreveria a ordem internacional como um todo.

Logo, se um conjunto de princípios limitando as ações dos Estados for aceito, como os direitos humanos, as autoridades das outras nações têm o dever de abraçar e seguir esse conjunto de princípios. A observância do princípio da relevância mitigaria a possibilidade de equívocos e delitos praticados pelo Estado contra o direito internacional.<sup>328</sup>

É através do princípio da relevância que o uso do direito internacional contemporâneo e do antigo *jus gentium* é explicado como forma de compromisso de todos e todas as nações com o direito assumido como sendo as práticas de proteção aos direitos humanos. Ele é uma forma melhor de se explicar a força dos tratados e do direito costumeiro internacional ao alcançar o princípio da mitigação que explica a ideia de *jus cogens*.

Para Dworkin, a sua ideia compreende melhor o art. 38 (1) do Estatuto da CIJ, pois ela não só lança as implicações do princípio da relevância, como também promove a melhor interpretação deste artigo. Segundo Dworkin, esta ação de auto afirmação dos valores do direito internacional pode ser vista como uma “bola de neve” em constante expansão, que parte de demandas morais das quais a legitimidade do sistema internacional depende.

Com esta visão, ensina Dworkin que a interpretação dos documentos e práticas escolhidas, ao se empregar o princípio da relevância, surge no início do século XXI a mitigar os riscos atuais da perpetuação do Sistema de Westphalia. Logo, a interpretação correta de um documento jurídico internacional, como a Carta das Nações Unidas, tratados e casos jurídicos depende da interpretação que traga a melhor leitura do texto jurídico conforme o objetivo do direito internacional. Por meio desses esforços, é criada uma ordem internacional que protege as comunidades

---

<sup>327</sup> DWORKIN, 2013, p. 19.

<sup>328</sup> CHILTON, 2013, p. 109.

políticas do barbarismo, facilita a coordenação quando é essencial e prove mecanismos de participação de pessoas nos governos ao redor do mundo.<sup>329</sup>

#### 4. Teste de integridade do caso *Jurisdictional Immunities of the State*

A discussão de Ronald Dworkin no texto *Uma nova filosofia para o direito internacional* lança luzes sobre a origem da obrigatoriedade e do comprometimento que os Estados devem ter com o direito internacional. Ele inova ao abordar a legitimidade do direito internacional como meio de controle do comportamento dos Estados e demais sujeitos do direito. Sua manifestação auxilia na forma como se interpreta o direito costumeiro e as normas peremptórias do direito internacional através da combinação entre os princípios da relevância e da mitigação.

Esta sua contribuição póstuma, que brinda a comunidade acadêmica com um riquíssimo material, foca a origem do dever de obediência dos Estados ao direito internacional. Ele se distancia, no entanto, um pouco da tradicional abordagem de sua obra, que se dedica a uma teoria do direito construída a partir da discussão de casos jurídicos, ou seja, uma teoria da decisão jurídica dedicada ao ato de adjudicação por parte dos juízes. Talvez isso aconteça porque, diferentemente da teoria do direito delimitada aos limites constitucionais da soberania, Dworkin não se apoiou, no âmbito internacional, em reflexões de peso para ter como ponto de partida de sua teoria do direito, assim como o fez com a tese hartiana, cuja visão sobre o fenômeno jurídico como ato crítico realizado a partir do ponto de vista interno do direito,<sup>330</sup> preparou-lhe as bases hermenêuticas para a (re)evolução que representou a sua teoria do direito como ato interpretativo.

Não obstante a citada contribuição de Dworkin ser um interessante objeto de análise e reflexão,<sup>331</sup> ela apenas fornece alguns elementos para pavimentar a construção de uma teoria da integridade no âmbito do direito internacional. No entanto, os seus escritos sobre direito internacional são insuficientes para a análise do presente caso, pois nela se faz necessária teoria que aborde os aspectos da decisão judicial. Por isso, aqui se volta aos temas dos escritos mais conhecidos do

---

<sup>329</sup> DWORKIN, 2013, p. 22.

<sup>330</sup> BUSTAMANTE; CUNHA, 2012, p. 42.

<sup>331</sup> O Professor Chilton, com base na tese realista discutida na obra *The limits of international law*, dos professores Jack L. Goldsmith e Eric A. Posner, apresenta críticas a proposta de Dworkin não obstante apontar a importância de tal iniciativa do renomado filósofo do direito. CHILTON, 2013, p. 110.

autor, aqueles que lhe deram notoriedade nas obras *Levando os direitos a sério* e *O império do direito*, ao realizar o estudo do caso associando suas principais concepções às inovações do texto sobre o direito internacional.

Por questões epistemológicas, as premissas das teorias anteriormente estudadas nos Capítulos 02, 03 e 04, respectivamente, o realismo, o positivismo e o jusnaturalismo, são recusadas ao estudo deste caso por serem as suas incongruências por demais conhecidas. Tampouco são atraentes as consequências decorrentes da postura filosófica que defendem. O caminho aqui escolhido para avaliar o caso, logo, levou em consideração a observação feita por Krajewski e Singer sobre a questão da imunidade de Estado, para os quais

as Cortes, portanto, abordaram o princípio imunidade de Estado em uma base funcional tentando justificar a recusa de excluir os Estados soberanos da jurisdição de outro Estado com base na praticidade e na compreensão geral de justiça. É precisamente este aspecto da imunidade estatal que está intimamente ligado às tentativas recentes das cortes nacionais de limitarem a imunidade estatal, a fim de proteger os direitos humanos fundamentais.

Independentemente da abordagem jurídica das respectivas Cortes (*jus cogens*, isenção territorial de responsabilidade civil ou *status* especial de direitos humanos) elas são (ou foram) unidas na busca por um equilíbrio justo e equitativo entre as necessidades de relações inter-estatais que justificassem a imunidade de Estado e as necessidades de preservar os valores fundamentais da comunidade internacional que chamam pela exceção de imunidade estatal. Na verdade, parece difícil de aceitar que os Estados que atuam comercialmente estejam sujeitos à jurisdição estrangeira, enquanto os Estados que violam os direitos humanos fundamentais e do direito humanitário seja permitido se beneficiar do princípio da imunidade de jurisdição. Este processo de tentativa e erro foi nada de anormal em relação ao desenvolvimento da doutrina da imunidade de Estado que sempre foi orientada para as necessidades da comunidade internacional.<sup>332</sup>

---

<sup>332</sup> KRAJEWSKI; SINGER, 2012, p. 10. Tradução nossa do original em inglês: The courts therefore approached state immunity on a functional basis trying to justify the refusal to exclude sovereign states from the jurisdiction of another state on the basis of practicability and a general understanding of fairness. It is precisely this aspect of state immunity which is closely connected to recent attempts of domestic courts limiting state immunity in order to protect fundamental human rights. Regardless of the respective legal approach of the courts (*jus cogens*, territorial tort exemption or special status of human rights) they are (or were) united in the quest for a just and fair balance between the needs of inter-state relations warranting state immunity and the needs to protect fundamental values of the international community calling for an exception from state immunity. Indeed, it seems difficult to accept that states acting commercially would be subject to foreign jurisdiction while states violating fundamental human rights and humanitarian law would benefit from immunity. This process of trial and error was nothing unusual regarding the development of the doctrine of state immunity which was always oriented towards the needs of the international community.

A teoria da integridade, de Ronald Dworkin surge, assim, como uma alternativa para a análise do caso *Jurisdictional Immunities of the State* porque ela é uma teoria voltada à decisão das Cortes e possui uma interessante proposta de como se observar o desenvolvimento do direito por meio de coerência do sistema. Ela se adéqua ao caso em análise por oferecer uma postura conciliatória entre a concorrência dessas Cortes e a análise sobre a mudança do direito costumeiro que permita se preocupar com a eficiência e a segurança do direito, sem se descuidar da sua integridade.

O direito visto como um ato interpretativo em busca da integridade consegue superar o que o juiz Abdulqawi A. Yusuf manifesta em seu voto dissidente como sendo o problema da decisão da CIJ, que, além de se restringir a uma visão bastante limitada do caso, deixa de considerar o papel das cortes nacionais na identificação e evolução do direito internacional costumeiro.<sup>333</sup> Isso ocorre porque a tese do igual respeito e da equidade no tratamento dos casos jurídicos, permite que esses sejam vistos como se parecidos fossem.<sup>334</sup>

O fenômeno da constitucionalização cruzada tem sido constatado por muitos filósofos do direito. Jeremy Waldron, por exemplo, é um expoente ao falar de forma inovadora sobre o fato de as Cortes Constitucionais se autorreferenciarem, buscando reforçar a força argumentativa de suas decisões, e se assumirem como um importante fórum de desenvolvimento do direito. Esse trabalho tem sido feito em deferência ao reconhecimento do *jus gentium*, visto como um conjunto de princípios constitucionais interpretativamente reconhecidos como juridicamente e moralmente exigíveis a partir de experiências constitucionais comuns.<sup>335</sup>

Como o próprio Waldron cita, a melhor forma de entender esse evento constitucional é por meio da teoria da integridade de Ronald Dworkin,<sup>336</sup> por ser ela focada na interpretação do evento jurídico como concepção construída como empreendimento coletivo. A integridade do direito requer que os juízes, em especial, prestem atenção ao dever de coerência sobre o que eles estão decidindo naqueles casos que possuem a capacidade de representar a posição do seu governo em outras

---

<sup>333</sup> CIJ, 2012b, p. 197.

<sup>334</sup> WALDRON, 2012, p. 123.

<sup>335</sup> WALDRON, 2012, p. 35.

<sup>336</sup> WALDRON, 2012, p. 35.

ocasiões.<sup>337</sup> Nesta perspectiva, não apenas por razões pragmáticas, mas por questões de certeza, estabilidade, e justiça, a integridade aos princípios se torna uma importante contribuição para a legitimidade política internacional.

Consideramos que o caso *Jurisdictional Immunities of the State* ainda apresenta uma complexidade a mais do que as situações analisadas por Waldron na importante obra *Direito parcialmente comum a toda a humanidade*. Diferentemente das discussões levantadas pelo filósofo nesta obra, que se referem a casos autônomos e independentes entre jurisdições distintas, cujas semelhanças se restringem ao reconhecimento do fenômeno que apresenta características comuns a vários países, no caso em análise, há uma situação um pouco diversa dessas condições. Nele, as decisões constitucionais interferem entre si, não havendo apenas um caso de influência mútua. Por isso, a analogia da relação entre o direito grego e o polonês apresentado no livro *A justiça de toga* aqui se faz oportuna.

A investigação ora em curso busca compreender, com base na crença de Dworkin, como se dá uma obrigação associativa entre povos de diferentes Estados que trabalha as questões dos direitos humanos como pano de fundo.<sup>338</sup> Além do ato de consentimento, a tese dos direitos humanos como fundamento da integridade do direito internacional justifica qual obrigação política a ser perquirida no caso concreto. Essa é uma empreitada coletiva, como um romance em cadeia, que busca desenvolver reciprocamente e de forma durável as bases confiáveis de uma vida compartilhada. Uma vez iniciada, se expande com a forma de uma “bola de neve”.

Tendo em vista que surge no direito nacional a exigência de igualdade de tratamento nas questões sobre direitos fundamentais, a identificação dessas ocorrências permite afirmar que há um movimento que pressiona rumo à harmonização entre países dos direitos fundamentais positivados, especialmente entre aqueles que possuem raízes culturais semelhantes. O caso *Jurisdictional Immunities of the State* deveria ter conduzido a CIJ a tomar uma decisão que interferisse na interpretação de como um dos dois sistemas jurídicos deve recepcionar o direito internacional e participar do seu processo de (re)construção.

Como se discutiu ao longo deste trabalho, a questão da imunidade de Estado tem sua origem no século XVII e sofreu flexibilizações ao longo dos séculos

---

<sup>337</sup> WALDRON, 2012, p. 136.

<sup>338</sup> WALDRON, 2012, p. 140.

XIX e XX em razão das práticas sociais. O momento histórico atual impõe aos sujeitos do direito internacional uma nova postura em razão do compartilhamento da noção de soberania e do fortalecimento do dever de proteção do ser humano ante aos interesses dos Estados. Como a teoria de Dworkin se atém aos parâmetros do presente, orientados pela interpretação de acordo com a norma que garanta a maior proteção e o desenvolvimento dos indivíduos, a sua tese consegue fundamentar a concessão de que a decisão CIJ deve ser tida como um *erro judicial*, e a tese sustentada pela Corte Constitucional Alemã deve ser reformada.

Aplicando os filtros necessários a este caso, é possível colocar os três sistemas jurídicos em análise: 1) o italiano/grego; 2) o alemão; e o 3) direito internacional. Nesta situação, fica perceptível que o direito internacional será o ponto de equilíbrio reflexivo entre os pontos de vista apresentados pelos dois ordenamentos jurídicos nacionais em questão: a decisão italiana e a alemã.

Seguindo Dworkin, a base da interpretação estratégica para o direito internacional é a leitura jurídica que defende as demandas morais das quais a legitimidade do sistema internacional depende. Essas, voltadas à preservação do homem, são de maior importância do que a tese da dependência do consentimento no direito internacional. No dizer de Dworkin, devemos interpretar os documentos e práticas escolhidas pelo princípio de relevância de modo a avançar o propósito de mitigar as falhas imputadas e os perigos do Sistema de Westphalia.<sup>339</sup>

Adotar o princípio da relevância seria primar pela interpretação que se esforça por realizar o conteúdo das normas de direito internacional da atualidade voltadas à proteção dos direitos humanos e à efetivação das normas de *jus cogens*. Essa postura permitiria o emprego do uso do princípio da mitigação, ao reduzir as falhas e os riscos do sistema de soberanias dos Estados, vindo a reforçar a explicação sobre a ideia do *jus cogens*. Dessa forma, seria possível identificar o direito de acesso a uma decisão jurisdicional imparcial (*acesso à justiça*), que cresce de forma comum a todos os povos, como o conteúdo que apela ao princípio da relevância. Isso porque ele permite a participação das pessoas no debate jurídico internacional e a preponderância dos direitos humanos como fundamento de integridade do direito internacional. O princípio do acesso à justiça, para fazer exigir o dever de responsabilização de Estado por crimes de guerra, faz ser reconhecido que:

---

<sup>339</sup> DWORKIN, 2013, p. 22.

os tribunais constitucionais de nações separadas estão (e devem estar) desenhados para perceber e tentar conseguir alguma integridade com os princípios constitucionais das outras nações. O debate entre os juízes da Suprema Corte dos Estados Unidos sobre se esse órgão jurisdicional deve citar materiais jurídicos estrangeiros parece bobo quando a prática é defendida pelos seus proponentes como simplesmente fornecendo fontes úteis, assim como um artigo de revisão do direito em que os juízes são livres para aceitar ou não respeitar. Quem poderia sensatamente se opor a isso? A prática se torna mais séria quando a responsabilidade das nações e indivíduos para buscar um *jus gentium* é notada. A ordem internacional é reforçada pelos "princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações civilizadas" que crescem de modo mais uniforme. A interação entre o direito internacional e os direitos nacionais dos direitos humanos é particularmente importante por esse motivo.<sup>340</sup>

Assim, agindo com um dever de coerência diante do caso atual, a tese de Dworkin obriga a uma revisitação desta decisão, tendo em vista o desenvolvimento jurídico das convenções e tratados de direitos humanos e a própria consolidação das cortes nacionais sobre o direito de acesso à justiça. Há a necessidade de superação da decisão da CIJ para uma real realização dos direitos humanos, cuja busca é vista como o alcance de uma prática jurídica honrada, digna de ser contada.

Essa posição é fundamentada com base na coerência do direito costumeiro internacional do *jus cogens* defendido pelos tribunais italianos e gregos, que se propuseram a mudar o *status* dos indivíduos no desenvolvimento do direito, aumentando-lhes a participação na concepção de um novo modelo político que amplie as formas de controle dos atos do Estado. Também é voltada esta teoria para a coerência interna do ordenamento jurídico nacional, que não foi observada na tese alemã que aprovou norma em seu ordenamento jurídico, a Lei Federal de 2000, cujos critérios tratam dois grupos de vítimas de forma distinta, desrespeitando o princípio da igualdade previsto no seu ordenamento jurídico por meio de normas constitucionais.

---

<sup>340</sup> DWORKIN, 2013, p. 21. Tradução nossa do original em inglês: The constitutional courts of separate nations are (and should be) drawn to notice and to attempt to achieve some integrity with the constitutional principles of other nations. The debate among Supreme Court justices in the United States about whether that court should cite foreign legal materials looks silly when the practice is defended by its proponents as simply providing helpful suggestions, as a law review article might, that judges are free to accept or disregard. Who could sensibly object to that? The practice becomes more consequential when the responsibility of individual nations to seek a *ius gentium* is noticed. International order is strengthened as the "general principles of law recognized by civilized nations" grow more uniform. Interaction between the international and the domestic laws of human rights is particularly important for that reason.

O descontentamento com a decisão em análise decorre da rejeição do raciocínio que afasta o núcleo da argumentação presente na decisão das cortes italianas e gregas. Pelo entendimento das jurisdições gregas e italianas, é incoerente que o princípio de imunidade de jurisdição de Estado estrangeiro deva ser mantido nos casos de grave ofensa às normas peremptórias do *jus cogens* e dos direitos humanos. Essa postura dá relevância à proteção das pessoas, por serem os direitos fundamentais destas tidos como trunfos a serem exigidos por aqueles que tiveram seu direito ofendido, neste caso, as vítimas italianas e gregas.<sup>341</sup>

Assim, compatível com o princípio relevância, a análise do caso busca tomar em consideração que

a CIJ indicou que a imunidade não foi criada para resolver crimes de guerra e atrocidades da escala que estavam em jogo no presente caso. No entanto, esta observação não exclui a possibilidade de aplicá-la a tais crimes. Mesmo que se aceite que a isenção de responsabilidade civil territorial não se aplica às atividades das forças militares durante os conflitos armados, é possível argumentar que isso só se aplica a danos gerais de guerra, mas não a específicos crimes de guerra. Também, deve-se notar que abordagem da CIJ à questão de saber se a isenção de responsabilidade civil territorial poderia ser aplicada a crimes de guerra é baseada em uma compreensão positivista do direito costumeiro internacional: enquanto não houver práticas dos Estados suficientes para seguir esta abordagem, ela não é parte do direito.

No entanto, a prática do Estado e a *opinio iuris* podem ser interpretadas de várias maneiras. Por exemplo, o fato de dois Estados terem declarado oficialmente que a Convenção das Nações Unidas sobre imunidade jurisdicional não afeta a imunidade das ações das forças armadas pode ser interpretado como evidência de que esta é a opinião da maioria dos Estados - como a CIJ fez - ou como prova do contrário, de que dois Estados sentiram que era necessário afirmar seu ponto de vista em oposição. Como muitas vezes, a análise da prática do Estado, a fim de detectar uma (nova regra) do direito consuetudinário internacional depende da escolha de valor ou da normatividade no *Vorverständnis* (pré-determinação) com que se aproxima a análise.<sup>342</sup>

---

<sup>341</sup> WUERTH, 2013, p. 6.

<sup>342</sup> KRAJEWSKI; SINGER, 2012, p. 21. Tradução nossa do original em inglês: The ICJ indicate that this exemption was not created to address war crimes and atrocities of the scale which were at stake in the present case. However, this observation does not exclude the possibility of applying it to such crimes. Even if one accepts that the territorial tort exemption did not apply to activities of military forces during armed conflicts, it is possible to argue that this would only apply to general war damages, but not to specific war crimes.<sup>63</sup> It should also be noted that the ICJ's approach to the question whether the territorial tort exemption could be applied to war crimes is based on a positivist understanding of customary international law: as long as there is not sufficient state practice following this approach, it is not part of the law. Yet, state practice and *opinio juris* can be interpreted in various ways. For example,

A predeterminação aqui entendida não é aquela alcançada por meio da consciência da comunidade, mas pelo dever jurídico decorrente da responsabilidade de seguir as orientações construídas pela comunidade política internacional por meio de processos históricos. Essa estrutura forma a comunidade política, vista como o conjunto de indivíduos no qual alguns se destacam por exercerem papéis e poderes que os autorizam a agir, sozinhos ou em conjunto, no seio da comunidade como um todo.<sup>343</sup> É dessa estrutura social que surge o conceito de moralidade política.

A moralidade política, diferentemente da ética, que estuda como os indivíduos melhor desenvolvem sua responsabilidade de viver bem, e da moralidade pessoal, que é como cada indivíduo deve viver junto às demais pessoas, estuda o que as pessoas podem fazer juntas pelos outros indivíduos quando agem e se comportam através de pessoas coletivas artificiais. Na esfera internacional, mesmo não havendo a indicação de uma autoridade ou de uma estrutura superior de governança, há o reconhecimento de que a comunidade global se desenvolve com forte apelo à questão dos direitos fundamentais, associados à equidade e à imparcialidade.<sup>344</sup> Para Dworkin, esses direitos políticos fundamentais têm sua origem no princípio da dignidade (autorrespeito e autenticidade),<sup>345</sup> visto como trunfo sobre quaisquer outras formas de justificação da ação política.

Segundo Dworkin, a concepção de dignidade é formada por dois princípios da ética: o autorrespeito (tido como capacidade de cada pessoa de conduzir a sua vida seriamente, sem desperdiçar as oportunidades) e o da autenticidade (como a responsabilidade pessoal de cada pessoa em criar seus projetos de vida e ser coerente com a narrativa ou estilo que ele mesmo endossa). Essa noção é compartilhada por diversos documentos de direitos humanos, tais como convenções, constituições políticas e manifestos políticos. Isso ocorre porque a ideia de dignidade ajuda a identificar o conteúdo da moralidade e a denunciar que atos errados são aqueles que insultam a dignidade dos outros. Essa noção de responsabilidade moral

---

the fact that two states officially declared that the UN Convention on Jurisdictional Immunities does not affect the immunity of armed forces' actions can be interpreted as evidence that this is the view of the majority of the states – as the ICJ did – or as evidence of the contrary because two states felt that it was necessary to state their opposing view. As often, the analysis of state practice in order to detect a (new rule) of customary international law depends on the value choice or on the normative *Vorverständnis* (pre-determination) with which one approaches the analysis.

<sup>343</sup> DWORKIN, 2011, p. 328.

<sup>344</sup> WALDRON, 2012, p. 141.

<sup>345</sup> DWORKIN, 2011, p. 203.

nunca é completa, pois é constantemente reinterpretada à medida que os conceitos são utilizados.<sup>346</sup>

Assim, se faz importante lançar vozes contrárias ao entendimento da CIJ, porque a moralidade política apresentada na interpretação do caso se afasta da ideia de responsabilidade e do reconhecimento de direitos construídos por meio do progresso moral.<sup>347</sup> A exigência dos direitos humanos e do *jus cogens*, como no caso em questão, não obstante ter a sua origem vinculada ao direito natural, hoje é vista como ato legislativo de Estados Democráticos,<sup>348</sup> onde as questões constitucionais, tidas como cláusulas abstratas substantivas, são lidas como princípios morais em constante desenvolvimento.

Dworkin seria forte opositor da decisão da CIJ, porque ele, assim como a Corte Italiana, usa a concepção de direitos humanos com um senso político forte, ou seja, o designando como um trunfo.<sup>349</sup> A posição da CIJ, que ratifica a decisão da Corte Constitucional Alemã, colide com o entendimento sobre a legitimidade política dos direitos humanos que reside no direito de todo homem ser tratado como um ser humano, cujo princípio da dignidade importa.<sup>350</sup>

Assim, a decisão da CIJ não iria passar no teste interpretativo que não pode ser satisfeito apenas por uma declaração de boa-fé das autoridades jurídicas. Os precedentes da Corte Constitucional alemã, da CEDH e da CIJ não identificaram os direitos humanos e as normas peremptórias de *jus cogens* como trunfo sobre o princípio da soberania. Atrás de questões formais, elas se calaram diante de setenta anos de sofrimento dos mais vulneráveis da relação entre os Estados envolvidos no caso em análise.

Não obstante os direitos humanos terem aspectos diferentes, em diferentes nações e regiões, o seu julgamento foi baseado em algo que não é relativo: as condições da avaliação pessoal sobre a dignidade humana e as ameaças que o poder coercitivo faz a esta dignidade.<sup>351</sup> Seguindo o voto dissidente do juiz Abdulqawi Yusuf, uma tese interpretativa do direito que primasse pela integridade, defenderia que

---

<sup>346</sup> DWORKIN, 2011, p. 319.

<sup>347</sup> DWORKIN, 2011, p. 109.

<sup>348</sup> DWORKIN, 2011, p. 414.

<sup>349</sup> DWORKIN, 2011, p. 332.

<sup>350</sup> DWORKIN, 2011, p. 335.

<sup>351</sup> DWORKIN, 2011, p. 335.

como o principal órgão judicial das Nações Unidas, a CIJ tem um papel importante a desempenhar ao fornecer orientações sobre as regras do direito internacional e esclarecê-las, especialmente onde o direito é incerto ou instável. Ela teve uma oportunidade única de fazê-lo neste caso. Poderia ter esclarecido o direito no sentido em que ele tende a evoluir, como uma exceção limitada e viável à imunidade jurisdicional nas circunstâncias em que as vítimas não têm outros meios de reparação. Tal exceção traria imunidade de acordo com o peso normativo crescente atribuído pela comunidade internacional à proteção dos direitos humanos e do direito humanitário, e a realização do direito através de um recurso efetivo para as vítimas de crimes internacionais, sem injustificadamente certificar a imunidade jurisdicional dos Estados.<sup>352</sup>

A Itália, Grécia, Alemanha, a CEDH e a CIJ, se encontram em um mesmo paradigma histórico e possuem entrelaçamentos constitucionais em comum. As normas de direitos humanos, apesar de abstratas em si, são compartilhadas por todos esses sistemas jurídicos concorrentes e deveriam projetar sobre eles o entendimento básico de que a dignidade requer igual preocupação com o destino de todos e pleno respeito pela responsabilidade pessoal. Como não há o fim da história, fica aqui registrado mais um capítulo dessa longa narrativa ainda em construção que é a luta por reconhecimento da dignidade da pessoa humana em todas as dimensões da realidade.

---

<sup>352</sup> CIJ, 2012b, p. 213. Tradução nossa do original em inglês: As the principal judicial organ of the United Nations, the Court has an important role to play to provide guidance on rules of international law and to clarify them, particularly where the law is uncertain or unsettled. It had a unique opportunity to do so in this case. It could have clarified the law in the sense in which it is already evolving of a limited and workable exception to jurisdictional immunity in those circumstances where the victims have no other means of redress. Such an exception would bring immunity in line with the growing normative weight attached by the international community to the protection of human rights and humanitarian law, and the realization of the right to effective remedy for victims of international crimes, without unjustifiably indenting the jurisdictional immunity of States.

## CAPÍTULO VI

### Conclusão

*Tudo o que estimula o crescimento da civilização trabalha simultaneamente contra a guerra. Freud<sup>353</sup>*

Ao longo deste trabalho, não nos furtamos analisar as circunstâncias sociológicas, jurídicas e filosóficas que envolveram as principais questões do caso *Jurisdictional Immunities of the State*. Através de uma abordagem descritiva e propositiva, nos colocamos a compreender a argumentação construída e combatida no citado precedente da CIJ, focando a questão da integridade do direito internacional quando da concorrência entre os princípios da imunidade de jurisdição e o do acesso à justiça em caso onde se observaram ofensas ao direito internacional dos direitos humanos.

Nesta investigação buscamos identificar se os direitos humanos são aceitos como argumentos que fundamentam a obrigatoriedade direito internacional. O desenvolvimento desta dissertação, por isso, foi orientado pelo questionamento sobre qual o fundamento da interpretação no caso em estudo e se, através dele, poderíamos considerar os direitos humanos como justificativa para a prática jurídica da comunidade internacional.

Foram discutidos ao longo do presente trabalho os aspectos morais, éticos e políticos que envolvem a concepção de normas de direito costumeiro internacional, em especial as de *jus cogens* e dos direitos humanos. Essa atividade se deu por meio da reflexão sobre as circunstâncias decorrentes do fenômeno da globalização que, não obstante vir acompanhado de muitas mazelas, também permitiu a discussão sobre direitos humanos ser elevada ao *status* de preocupação global.

Como pudemos observar no Capítulo I, a concorrência entre os princípios surgiu em razão das principais variáveis sociais, políticas e jurídicas decorrentes do especial momento pelo qual passa a humanidade: a globalização. Sem esse estreitamento das práticas sociais, não seria possível

---

<sup>353</sup> FREUD, 2005, p. 46.

reconhecer que os principais problemas de coordenação social da contemporaneidade perpassam por um diálogo global.

O mundo logo no início do século XXI, especificamente em 2014, não é mais pacificado do que aquele de cem ou setenta anos atrás, quando eram evidentes as tensões e as crises que culminaram nos dois grandes conflitos em escala mundial do século XX. Não obstante as conquistas desde então, essas ainda não foram suficientes para a edificação de instituições políticas e jurídicas de caráter global eficientes na garantia e preservação da segurança de todos os povos e pessoas.

Como destacado nas reflexões do Capítulo I, o mundo passa por uma revisitação das suas instituições sociais e políticas. É nítida a demanda por uma nova configuração que aumente o respeito à autonomia dos indivíduos e tenha compromisso com os direitos fundamentais destes. Esta é uma forte tendência rumo ao reconhecimento dos direitos humanos como argumentos que justifiquem uma leitura mais fraca do papel da soberania na condução dos assuntos e interesses da cada comunidade política local. Efetivar essa concepção, no entanto, não tem sido fácil. Ela demandará, ainda, muitos embates em torno da sua consolidação.

A razão da incapacidade de avançarmos em direção à sociedade global mais organizada decorre do atual *status* de que ainda gozam os Estados Soberanos nas relações políticas internacionais, tidos quase sempre como que absolutos. Conforme discussão apresentada no Capítulo II, o caso demonstrou que o agir estratégico desses importantes sujeitos do direito internacional encontra sustentação em teses de natureza realista que primam pela ação prudencial dos Estados assegurada por argumentos sobre a independência e a autonomia destes como corolário fundamental do direito internacional. Esta posição tende a aceitar com mais facilidade o desrespeito aos compromissos por eles consentidos e às normas de *jus cogens*, com base na realização dos seus interesses.

Podemos constatar que a discussão fundada nesta visão inibe o desenvolvimento de uma comunidade política internacional pautada pela proteção da dignidade dos indivíduos e pelo império do direito. Ao contrário, ela perpetua o espaço de negociações e barganhas onde não há oportunidade para se exigir coerência ou integridade dos compromissos firmados. Não obstante o

reconhecimento do importante papel da soberania no desenvolvimento das práticas jurídicas globais dentro dos Estados, ela, no entanto, não pode servir de argumento que sustente a impunidade de atos ilícitos realizados pelos Estados contra as garantias jurídicas dos indivíduos, mesmo sendo de povos diversos.

Neste sentido, não obstante ter prevalecido na Corte a tese realista, ela foi rejeitada neste trabalho porque seus fundamentos tendem à manutenção da soberania dos Estados como um princípio absoluto, com base em uma leitura que defende a vontade dos Estados. Esta postura está fechada ao questionamento jurídico realizado pelos sujeitos interessados em fazer valer os seus direitos fundamentais e evitar ações ilícitas pelos Estados.

O nosso posicionamento contrário a esta tese se dá em razão do entendimento de que a interpretação adequada do conceito de soberania deve respeitar os eventos históricos e atuais. Ela deve ser considerada como um importante elemento na preservação da autonomia de cada povo e das convicções de seus cidadãos, mas desde que não ofenda garantias e direitos dos indivíduos, sendo ou não sendo estes cidadãos do Estado em ilícito. Ao assim entendê-la, podemos aceitá-la como fonte de proteção das pessoas contra as interferências prejudiciais externas. Logo, ela não deveria ser invocada para justificar arbitrariedades contra indivíduos, independentemente da sua origem.

Uma leitura divergente desta representa uma séria disfunção ao funcionamento de uma importante conquista política e jurídica do ordenamento jurídico internacional. Isso porque ela ignora tanto o *status* alcançado pelos sujeitos na política interna dos Estados, como as suas conquistas na promoção dos direitos fundamentais e direitos humanos efetivados pela ampliação do acesso aos órgãos de adjudicação pelos indivíduos.

O problema na seara internacional, como vimos, decorre da discussão filosófica sobre a origem da obrigatoriedade do direito internacional. Em parte, essa discussão advém da relação entre moral, política e direito, bem como o modo como esses três ramos da razão prática concorrem na produção de comportamentos reconhecidos como desejáveis pelos sujeitos do direito internacional.

Não parece possível, portanto, aceitar o direito como um produto exclusivo da política, como tampouco o é reconhecê-lo como um fenômeno meramente moral. Daí o grande dilema que, como vimos no Capítulo III, tanto

inibe incursões mais efetivas do positivismo na construção de justificativas filosóficas na profissionalização do sistema jurídico internacional. Diferentemente do âmbito interno dos Estados, onde se consolidou a ideia de um acordo – um pacto social como justificativa filosófica da coesão em torno de uma proposta em comum – que atribui competências a instituições para que elas exerçam o papel de liderança na coordenação social, na seara internacional ainda há muita desconfiança e incertezas sobre como se daria o funcionamento de uma estrutura de governança técnica e política superior aos Estados e não inteiramente reconhecida pelos povos.

Em decorrência desta situação, há um vazio de autoridade e hierarquização na produção do direito, o que inibe a sua evolução nos moldes traçados pela teoria positivista. Como esta, em regra, tende a se vincular à tese das fontes formais para se desenvolver, ela perpetua o ambiente de prevalência dos interesses dos atos dos Estados, ao se apegar a estes como os únicos possíveis de serem reconhecidos como oriundos de autoridades.

Ao assim fazer, a teoria positivista, de modo colateral, registra-se, acaba por fortalecer o papel do Poder Executivo no âmbito internacional já que ele se firmou como o representante da vontade primeira dos Estados, em qualquer ação nesta esfera. Deste modo, como se observou no caso, os compromissos e acordos firmados, mesmo se contrários à realização de direitos fundamentais das pessoas, acabam tendo sobrevida se analisados pelas premissas desta corrente.

Mesmo não defendendo uma leitura política do direito, em razão do apreço à tese da autoridade e à tese de que a validade do direito é independente do conteúdo, a tese positivista acaba reforçando o papel da vontade dos Estados. O destaque que os positivistas dão ao papel do consentimento na arena internacional faz com que essa corrente se vincule aos acordos dos Estados como origem norteadora da decisão jurídica, mesmo que esses sejam contrários às garantias e direitos fundamentais legitimados no interior do ordenamento jurídico nacional.

Em razão das dificuldades de correspondência entre as teses realistas e positivistas aos anseios jurídicos da atualidade, que clamam por maior respeito ao direito internacional dos direitos humanos, a tese jusnaturalista

mantém posição como refúgio daqueles que defendem ser possível um direito focado na proteção das pessoas e não das relações entre Estados.

Devido ao seu apego à tese da autoridade moral do direito, fundada na premissa de que o conteúdo deste por si é a origem da sua autonomia, o jusnaturalismo se desvencilha dos problemas de origem do positivismo. Contudo, conforme reflexões do Capítulo IV, esta corrente não é bem sucedida em seu intento. Isso porque ela parte de uma concepção externa de controle do ato jurídico fundada em um imperativo moral e racional. Este é fruto de uma consciência social cuja existência é obscura e bastante questionada, já que se apresenta como arbitrária e pouco democrática, em uma primeira leitura, devido ao déficit de participação na sua concepção.

Pelas dificuldades teóricas de se sustentar as bases da corrente filosófica jusnaturalista, buscamos desenvolver no âmbito internacional a adequação de uma teoria que respeitasse as bases sociais desse direito, sem desvincular a obrigação que lhe é decorrente da premissa de respeito e proteção da dignidade dos indivíduos. Das opções disponíveis, conforme apresentado no Capítulo V, identificamos que a teoria da integridade, de Ronald Dworkin, apresentaria uma boa opção pelo avanço que ela representa acerca da preservação das conquistas constitucionais e a coerência das suas premissas teóricas.

Partindo do ponto de vista interno das autoridades do direito, a teoria da integridade defende uma prática jurídica responsiva e dedicada a justificações. Segundo ele, é o argumento posto na tomada da decisão, vinculado ao conhecimento das circunstâncias do caso e da análise jurídica das instituições nele envolvidas, que permite um compromisso com o passado representado por um ato que se dedica à estabilização do presente e do futuro. Assim, segundo essa perspectiva, a fidelidade ao direito decorre de aprendizados fundados em princípios jurídicos dotados de normatividade capazes de orientar comportamentos diante das novas demandas sociais.

Como visto ao longo do trabalho, os princípios do direito costumeiro internacional dão grande peso aos argumentos de direitos humanos cujo conteúdo tem, a cada dia, se tornado recorrente nos textos dos diversos acordos e tratados elaborados no âmbito internacional. Também, não podemos deixar de registrar a força que os direitos humanos exercem na governabilidade das

estruturas político-jurídicas dentro dos Estados Nacionais, especialmente as democracias liberais mais avançadas, conforme observado na pesquisa. Em parte, essa importância dos direitos humanos é devida às conquistas obtidas por meio da abertura das Cortes nacionais para o debate de temas jurídicos relevantes sobre direitos fundamentais que não encontraram espaço de discussão em outras instâncias decisórias políticas.

Assim, como reivindicação jurídica social realizada de baixo para cima, ou seja, inaugurada por indivíduos e hábil a percorrer os caminhos institucionais até as maiores autoridades dos Estados, as ações judiciais têm permitido evoluir os discursos de maior proteção das instituições que preservam a dignidade das pessoas, tanto nas esferas nacionais quanto na internacional. Contudo, o problema é que, enquanto no âmbito interno o reconhecimento dessas têm feito considerável progresso, inclusive com a aceitação da visão que parte do pressuposto de que ele é um direito compartilhado por toda humanidade, quanto ao *jus gentium*, na seara internacional muito progresso há ainda por ser feito.

Boa parte desses avanços depende da postura da CIJ e de outras instâncias decisórias do ambiente internacional, que devem se permitir interpretar o direito com autonomia e responsabilidade. A postura desses órgãos deve, a cada novo caso envolvendo o direito internacional dos direitos humanos, ser comprometida com a leitura que preze pelo progresso das normas que protejam as pessoas.

Agindo assim, seria possível esperar que a mitigação dos problemas envolvendo a dignidade da pessoa humana fosse realizada a partir do reconhecimento de ações e argumentos que considerassem o princípio pela sua relevância. Isso porque, independentemente de cada Estado ser oriundo de vivências e experiências tão distintas, eles fazem parte de uma comunidade cujas decisões lhes afetam o comportamento. Devido às relações já assumidas, não há como esses Estados, por meio do questionamento sobre o consentimento, alegar não se adequarem ao direito costumeiro internacional coletivamente construído com base em argumentos.

Diante da demanda cada vez maior de justificação da ação da comunidade internacional, é necessária uma teoria que abarque a complexidade do fenômeno jurídico no âmbito das relações entre Estados, em especial, na

oportunidade da realização do ato de adjudicação no direito internacional. A corrente escolhida precisa permitir que o aprendizado político e jurídico presente no debate judicial disseminado em todas as esferas jurídicas, em especial as do ordenamento jurídico nacional, seja assegurado. Garantir essa atitude resolve o problema da autoridade do direito internacional e o problema da sua normatividade.

O direito como integridade, por ser um ato interpretativo, permite efetivar os mecanismos sociais de controle dos atos contrários à promoção dos direitos humanos, especialmente quando esses são praticados pelo Poder Executivo. Por pregar a coerência com o fundamento nos princípios da equidade e do igual respeito entre as pessoas, o direito tal como visto por essa teoria abarca os elementos de sustentação de um direito que se baseia na proteção dos indivíduos com um apelo social, se distanciando de qualquer imperativo metajurídico.

Ele permite a institucionalização de esferas de contraponto à autonomia que os Estados gozam na nova ordem social, bem como permite denunciar os graves problemas políticos que a estrutura política internacional focada nestes apresenta. Por todos os motivos acima destacados, entendemos que a hipótese desta dissertação se confirmou.

Logo, a CIJ, na decisão do caso *Jurisdictional Immunities of the State*, em um importante caso de concorrência de princípios no direito internacional, ao ignorar os critérios de equidade, justiça e integridade na interpretação dos fatos, bem como a coerência dos ordenamentos jurídicos envolvidos e os avanços na efetivação do princípio do acesso à justiça, desenvolve uma interpretação limitada, negando às vítimas de graves ofensas aos direitos humanos o acesso à justiça, com o argumento principal de preservação da imunidade Estatal.

Ademais, além da decisão da CIJ ser um retrocesso aos avanços jurídicos das sociedades contemporâneas, a ela faz contraponto a toda uma geração de decisões judiciais das Cortes nacionais que primam pela integridade do direito. Estas justificam uma história digna de ser transmitida ao representar a fundamentação e organização da prática atual por princípios suficientemente atraentes para oferecer um futuro honrado.

## REREFÊNCIAS

ALEMANHA. Lei Fundamental (*Basic Law for the Federal Republic of Germany*). 1949. Trad. Inglês Christian Tomuschat e David P. Currie. Disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80201000.pdf>>. Acesso em: 23 abr. 2014.

ALMEIDA, Guilher Assis de; BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Curso de filosofia do direito*. 9.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Atlas, 2011.

AMNESTY INTERNATIONAL. *Germany v. Italy: the right to deny state immunity when victims have no other recourse*. 1ed. Londres: Amnesty International Publications, 2011. Disponível em: < <http://www.amnesty.org/es/library/asset/IOR53/006/2011/en/ce60b84b-e3a7-4266-a1c3-1fb0277f039f/ior530062011en.pdf>>. Acesso em: 07 set. 2014.

APPIAH, Kwame Anthony. *Código de honra: como ocorrem as revoluções morais*. Trad. Denise Bottmann. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

ARENDDT, Hannah. *Homens em tempos sombrios*. Trad. Denise Bottman; posfácio Celso Lafer. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

BAUMAN, Zygmunt. *Tempos líquidos*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.

BELLAMY, Richard. Sovereignty, post-sovereignty and pre-sovereignty: three models of the state, democracy and rights within the EU (2003). In: WALKER, N. (Ed). *Sovereignty in transition*, Londres: Hart Publishing, 2003. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1530445>> ou <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1530445>>. Acesso em: 07 de set 2014.

BILLIER, Jean-Cassien; MARYIOLI, Aglaé. *História da filosofia do direito*. Trad. Maurício de Andrade. São Paulo: Manole, 2005.

BESSION, Samantha. Theorizing the sources of international law. In: BESSION, Samantha; TASIOLAS, John (Ed.). *The philosophy of international law*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2004.

BOVEN, Theo van. *The United Nations basic principles and guidelines on the right to a remedy and reparation for victims of gross violations of international human rights law and serious violations of international humanitarian law*. In: United Nations Audiovisual Library of International Law. Genebra: Organização das Nações Unidas, 2010. Disponível em: <[http://legal.un.org/avl/pdf/ha/ga/ga\\_60-147/ga\\_60-147\\_e.pdf](http://legal.un.org/avl/pdf/ha/ga/ga_60-147/ga_60-147_e.pdf)>. Acesso em: 30 ago. 2014.

BROCHADO, Mariá. *Direito e ética: a eticidade do fenômeno jurídico*. São Paulo: Landy, 2006.

BROWN, Kevin Leyton; SHOHAM, Yoav. *Essentials of Game Theory: a concise, multidisciplinary introduction*. In: MORGAN; CLAYPOOL (Ed.), 2008. Disponível em < <http://www.morganclaypool.com/doi/abs/10.2200/s00108ed1v01y200802aim003>>. Acesso em: 28 ago. 2014.

BULL, Hedley. *The anarchical society: a study of order in world politics*. 3ª ed. New York: PALGRAVE, 2002.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de; CUNHA, Mirlir. O erro metodológico de Hart: ensaio sobre as implicações e relevâncias do ponto de vista interno na teoria jurídica contemporânea. In: BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de; SOARES, Fabiana de Menezes (Coord). *Juridicidade, Fundamentação & Discursividade*. 1 ed., Belo Horizonte: Initia Via, 2012. (Série Direitos Humanos e Estado Democrático de Direito, v. 4) Disponível em <[file:///C:/Users/Mirlir/Downloads/a403223439c8e5f27342222092caa13c%20\(3\).pdf](file:///C:/Users/Mirlir/Downloads/a403223439c8e5f27342222092caa13c%20(3).pdf)>. Acesso em: 7 set. 2014.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. O direito e a incerteza de suas fontes: um problema em aberto para a dogmática jurídica contemporânea. In: *Jornadas Jurídicas Brasil-Canadá*. Rev. Fac. Direito UFMG, Número Especial, pp. 299 – 325, 2013. Disponível em: <[http://www.uniceub.br/media/221743/BUSTAMANTEOdireitoeaincerteza desuasfontes.pdf](http://www.uniceub.br/media/221743/BUSTAMANTEOdireitoeaincerteza%20desuasfontes.pdf)>. Acesso em: 20 out. 2014.

---

On the authority of constitutional courts: can strong judicial review be morally justified?. In: LEGAL THEORY WORKSHOP, 2014, Los Angeles. [*Anais eletrônicos*] Los Angeles: UCLA, SCHOOL OF LAW, 2014. Disponível em: <<https://www.law.ucla.edu/~media/Assets/Law%20and%20Philosophy/Documents/10-09-2014Bustamantepaper.ashx>>. Acesso em: 20 out. 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2008.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. 2ª.ed. Porto Alegre: Fabris, 1999.

CARR, Edward Hallett. *VINTE ANOS DE CRISE 1919 – 1939: uma introdução ao estudo das relações internacionais*. Trad. Luiz Alberto Figueiredo Machado. Brasnia. 2ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

CHILTON, Adam S., A reply to Dworkin's new theory of international law (August 10, 2013). *University of Chicago Law Review Dialogue*, Vol. 80, pp. 105-115, 2013. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2323538>>. Acesso em: 10 out. 2014.

CHRISTIANO, Thomas. The legitimacy of international institutions. In: MARMOR, Andrei (ed.). *The Routledge Companion to philosophy of law*. New York: Taylor & Francis, 2012.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS (CEDH). *Associazione Nazionale Reduci and 275 Others v. Germany*. Decisão n. 45563/2004. Disponível em: <[http://www.menschenrechte.ac.at/orig/07\\_5/Associazione.pdf](http://www.menschenrechte.ac.at/orig/07_5/Associazione.pdf)>. Acesso em: 21 mai. 2012.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA (CIJ). *Rules of Court* (1978). Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/documents/index.php?p1=4&p2=3&>> Acesso em: 12 set. 2014.

\_\_\_\_\_. *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v Italy: Greece intervening)*, julgamento de 3 de fevereiro de 2012. Lista geral n.º 143. Disponível em <<http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&case=143&p3=4>>. Acesso em: 26 abr. 2012.

\_\_\_\_\_. *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*. Opinião separada do juiz Abdul Koroma, 2012 a.

\_\_\_\_\_. *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*. Opinião dissidente do juiz Abdulqawi A. Yusuf, 2012 b.

\_\_\_\_\_. *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*. Opinião dissidente do juiz Cançado Trindade, 2012 c.

\_\_\_\_\_. *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*. Opinião separada do juiz Mohamed Bennouna, 2012 d.

COLANGELO, Anthony J., Jurisdiction, Immunity, Legality, and *Jus Cogens* (April 1, 2013). Chicago Journal of International Law, Forthcoming. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2246137>> Acesso em: 7 set. 2014.

COLEMAN, Jules. *The practice of principle: in defense of a pragmatist approach to legal theory*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

COMMELIN, Pierre. *Nova Mitologia Grega e Romana*. Trad. Thomas Lopes. Belo Horizonte: Itatiaia, 1997.

COMTE-SPONVILLE, André. *Valor e verdade: estudos cínicos*. Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

CORTE DI CASSAZIONE. *Ferrini v. Federal Republic of Germany*, decisão n. 5044/2004 Disponível em <[http://www.genevaacademy.ch/RULAC/pdf\\_state/Ferrini.pdf](http://www.genevaacademy.ch/RULAC/pdf_state/Ferrini.pdf)>. Acesso em 30 mai. 2012.

DEL'OLMO, Florisbal de Souza. *Curso de Direito Internacional Público*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

DONNELLY, Jack. *Realism and international relations*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

DUNOFF, Jeffrey L.; TRACHTMAN, Joel P. A functional approach to international constitutionalization. In: DUNOFF, Jeffrey L.; TRACHTMAN, Joel P. (Ed.). *Ruling the World? constitutionalism, international law, and global governance*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

DWORKIN, Ronald. Natural law revisited. In: *University of Florida Law Review*. Volume XXXIV (Winter 1982) Número 2. HeinOnline -- 34 U. Fla. L. Rev. 165 1981-1982. Disponível em: <[http://www.estig.ipbeja.pt/~ac\\_direito/DworkinNaturalLawRevisited.pdf](http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/DworkinNaturalLawRevisited.pdf)>. Acesso em: 01 nov. 2014.

\_\_\_\_\_. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

\_\_\_\_\_. *A justiça de toga*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

\_\_\_\_\_. *Justice for hedgehogs*. Cambridge: Harvard University Press, 2011.

\_\_\_\_\_. A new philosophy for international law. In: Wiley Periodicals, Inc. *Philosophy & Public Affairs* 41, no. 1, 2013. Disponível em: <<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/papa.12008/abstract>>. Acesso em: 10 Ago. 2013.

ESPÓSITO, Carlos. *Jus cogens* and jurisdictional immunities of states at the International Court of Justice: a conflict does exist. (July 1, 2012). In: *Italian Yearbook of International Law*, Vol. 21, 2012. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2103482> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2103482>>. Acesso em 10 abr. 2014.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 3.<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

\_\_\_\_\_. *Direito constitucional e democracia: entre a globalização e o risco*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FINNIS, John. *Natural law and natural rights*. 2.<sup>a</sup> ed. Oxford: Oxford University Press, 2011.

\_\_\_\_\_, Natural Law Theories. In: ZALTA, Edward N. (Ed.). *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2014 Edition). Disponível em:

<<http://plato.stanford.edu/archives/fall2014/entries/natural-lawtheories/>>.  
Acesso em: 10 set.2014.

FREUD, Sigmund Schlomo. *Um diálogo entre Einstein e Freud: por que a guerra?*. Santa Maria: FADISMA, 2005. Disponível em <<http://library.fes.de/pdf-files/bueros/brasilien/05620.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2014.

GEORGE. Natural law, In: WHITTINGTON, Keith E.; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. (Ed.) *The Oxford handbook of Law and Politics*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

Goldsmith, Jack L.; Posner, Eric A. *The limits of international law*. Oxford: Oxford University Press, 2005.

HABERMAS, Jürgen. *Entre Naturalismo e religião: estudos filosóficos*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007.

\_\_\_\_\_. *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho em términos de teoria del discurso*. Trad. Manuel Jiménez Redondo. 6ª ed. Madri: Trotta, 2010.

\_\_\_\_\_. *Sobre a constituição da Europa: um ensaio*. Trad. Denilson Luiz Werle, Luiz Repa e Rúrion Melo. São Paulo: Ed. Unesp, 2012.

HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de direito*. Trad. Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

HATHAWAY, Oona A.; SHAPIRO, Scott J. Outcasting: enforcement in domestic and international Law. In.: *Faculty Scholarship Series*. Paper 3850, (2011). Disponível em: <[http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/3850](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/3850)>. Acesso em: 15 nov. 2013.

JACKSON, Robert; SORENSEN, Georg. *Introduction to international relations theories and approaches*. 5 ed. Oxford: Oxford University Press, 2013.

KANT, Immanuel. *A paz perpetua*. Trad. Marco Zingano. Porto Alegre: L&PM Editores, 2008.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura Direito*. Trad. João Batista Machado. 6ªed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KORAB-KARPOWICZ, W. Julian. Political realism in international relations. In: ZALTA, Edward N. (Ed.). *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Summer 2013 Edition). Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/archives/sum2013/entries/realism-intl-relations/>>. Acesso em 16 Out.2014.

KOSKENNIEMI, Martti. Hierarchy in international law: a sketch. In: *European Journal of International Law*, 1997, 8 (4), Disponível em <[http://ejil.oxfordjournals.org/citmgr?\\_gca=ejilaw%3B8%2F4%2F566](http://ejil.oxfordjournals.org/citmgr?_gca=ejilaw%3B8%2F4%2F566)>. Acesso em 03 out. 2014.

KRAJEWSKI, Markus; SINGER, Christopher. Should judges be front-runners? the ICJ, state immunity and the protection of fundamental human rights. In: BOGDANDY, A. von; WOLFRUM R. (Ed.). *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, (September 16, 2012), Vol. 16, 2012. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2147386>>. Acesso em 10 set. 2014.

LIPOVETSKY, Gilles. *Os tempos hipermodernos*. Trad. Mário Vilela. São Paulo: Barcarolla, 2004.

MACCORMICK, Neil. *Questioning sovereignty: law, state and nation in European commonwealth*. Oxford: Oxford University Press New, 2008.

MCDUGAL, Myres S.; LASSWELL, Harold D.; REISMAN, W. Michael. Theories about international law: prologue to a configurative jurisprudence. In: *Faculty Scholarship Series*. Paper 2577. (1968). Disponível em: <[http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/2577](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2577)>. Acesso em: 15 ago. 2014.

NAGEL, Thomas. The problem of global justice. In: *Philosophy & public affairs*, Vol. 33, No. 2 (Abr), 2005. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/3558011>>. Acesso em 13 dez. 2012.

NAÍM, Moises. *O fim do poder*. nas salas da diretoria ou nos campos de batalha, em igrejas ou Estados, porque estar no poder não é mais o que costumava ser? Trad. Luiz Reyes Gil. São Paulo: Leya, 2013.

NASSER, Salem Hikmat. *Jus Cogens*: ainda esse desconhecido. In: *Revista FGV* 2. V. 1, N. 2, p. 161 – 178, JUN-DEZ 2005. Disponível em: <

<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/9658>>. Acesso em 17 set. 2014.

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

PAULUS, Andreas. *International adjudication*. In: BESSON, Samantha; TASIIOULAS, John (Ed). *The philosophy of international law*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

PIOVESAN, Flávia. Ações afirmativas da perspectiva dos direitos humanos. In: *Cadernos de Pesquisa*, v. 35, n. 124, 2005. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/cp/v35n124/a0435124.pdf>>. Acesso em: 18 mar. 2012.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Resolução 40/34, de 29 novembro de 1985. Disponível em: <<http://www.un.org/documents/ga/res/40/a40r034.htm>>. Acesso em: 20 out.2014.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito internacional público e privado*. 3.<sup>a</sup> ed. rev. amp. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2011.

POSNER. Eric A. *The perils of global legalism*. Chicago: The University of Chicago Press, 2005.

POSNER, Eric A. Human rights, the laws of war, and reciprocity. In: JOHN M. OLIN LAW & ECONOMICS WORKING PAPER, N. 537 (2D Series) September 2010 . [Anais eletrônicos] *The Law School the University of Chicago*. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1693974>>. Acesso em 07 set. 2014.

RAWLS, John. *O direito dos povos*. Trad. Luiz Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

RAZ, Joseph, Human Rights Without Foundations. In. *Oxford Legal Studies* (March 2007).Research Paper No. 14/2007. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=999874> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.999874>> Acesso em: 13 dez.2014.

\_\_\_\_\_. Human rights in the emerging world order. In: *Transnational Legal Theory* (November 14, 2009), (2010), 1, Columbia Public Law. Research Paper No. 09-219; *Oxford Legal Studies Research*, Paper No. 47/2009. Disponível em

<<http://ssrn.com/abstract=1497055> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1497055>>. Acesso em: 08 set. 2014.

\_\_\_\_\_. *A moralidade da liberdade*. Trad. Henrique Blecher e Leonardo Rosa. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

\_\_\_\_\_. Sovereignty & legitimacy: on the changing face of law, questions & speculations. In: Library Of Congress (Org). *Second Frederic R. and Molly S. Kellogg Biennial Lecture in Jurisprudence*. Enviado em 20/01/2012. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=VMC9u7PZZCo>>. Acesso em: 02 dez. 2013.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos fundamentais: retórica e historicidade*. 2.<sup>a</sup> ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. Trad. Denise Bottmann. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SHAPIRO, Scott J. Massively shared agency. In: *Intenzionalità collettiva e figure della responsabilità*. Catania: Teoria e Critica della Regolazione sociale, Quaderno, 2011. Disponível em: <<http://mimesisedizioni.it/journals/index.php/tcrs/article/view/30>> Acesso em 15 set. 2013.

SHAW, Malcom. N. *International Law*. 6<sup>a</sup> ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

SIMMONS, Beth. International law and international relations. In: WHITTINGTON, Keith E. KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. (Ed.) *The Oxford handbook of Law and Politics*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

STEPHAN, Paul B., Sovereign immunity and the International Court of Justice: the state system triumphant. In: *Virginia Public Law and Legal Theory* (August 1, 2012). Research Paper No. 2012-47. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2137805>>. Acesso em: 10 out. 2010.

SINGER, Peter. *Um só mundo: a ética da globalização*. Trad. Adail Ubirajara Sobral. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

SLAUGHTER, Anne-Marie. *A new world order*. Princeton: Princeton University Press, 2004.

TALMON, Stefan A. G. *Jus cogens* after Germany v. Italy: substantive and procedural rules distinguished. In: *Leiden Journal of International Law*, 25 (2012); Bonn Research Papers on Public International Law, No 4/2012. (June 16, 2012). Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2085271>> ou <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2085271>>. Acesso em: 10 Set. 2014.

THOMAS, E. W. *The judicial process: realism, pragmatism, practical reasoning and Principles*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *International law for humankind: towards a new jus gentium*. The Hague Academy of International Law Monographs. Vol. 6. Boston: Martinus Nijhoff Publishers Leiden, 2010.

UNITED NATIONS. Resolution 2166 (XXI) of the General Assembly convening. *The United Nations Conference on the Law of Treaties*, Vienna, 5 December 1966. Disponível em: <[http://legal.un.org/diplomaticconferences/lawoftreaties/1969/docs/english/1stsess/a\\_conf\\_39\\_Res2166.pdf](http://legal.un.org/diplomaticconferences/lawoftreaties/1969/docs/english/1stsess/a_conf_39_Res2166.pdf)>. Acesso em 12 set. 2014.

VERDIER, Pierre-Hugues; VOETEN, Erik. *How Does Customary International Law Change?* the case of state immunity (January 24, 2013). In: *APSA 2012 Annual Meeting*. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2106627>>. Acesso em: 07 set. 2014.

WALDRON, Jeremy. The rule of international law. In: *Harvard Journal of Law & Public Policy* [Vol. 30 n.1, 2006], Disponível em: <<http://www.harvard-jlpp.com/vols-30-34/>>. Acesso em: 20 out. 2014.

\_\_\_\_\_. The Decline of Natural Right (June 9, 2009). In: WOOD, Allen; SONGSUK, Susan Hahn, (Ed.) *The Cambridge History of Nineteenth Century Philosophy*, Cambridge University Press, Forthcoming; NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 09-38. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1416966>>. Acesso em: 23 mai. 2014.

\_\_\_\_\_. *Partly laws common to all mankind: foreign law in American courts*, Yale University Press. New Haven. 2012.

\_\_\_\_\_. International Law: 'A Relatively Small and Unimportant' Part of Jurisprudence? In: *Public Law Research*. NYU School of Law, (October 2013), Paper No. 13-56. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2326758>> ou <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2326758>>. Acesso em: 22 out. 2014.

WET, Erika De. *Jus cogens* and obligations *erga omnes*. In: SHELTON, Dinah (Ed), *The Oxford Handbook on Human Rights* (January 15, 2013). Forthcoming. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2279563>>. Acesso em: 10 set. 2014.

WHYTOCK, Christopher A. Foreign state immunity and the right to court access. In: *Boston University Law Review*, Vol. 93, No. 6, 2013; UC Irvine School of Law (January 21, 2014). Research Paper No. 2014-10. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2383372>>. Acesso em: 10 set. 2014.

WUERTH, Ingrid B. International law in domestic courts and the jurisdictional immunities of the state case. In: *Melbourne Journal of International Law* (March 14, 2013), Vol. 13, No. 2, 2012; Vanderbilt Public Law Research Paper No. 13-10. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2233376>>. Acesso em: 10 set. 2014.

#### Sites visitados:

<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em 16 jun. 2012.

<http://www.ushmm.org/information/exhibitions/online-features/special-focus/holocaust-era-assets/germany-compensation-programs>> Acesso em: 15 abr. 2014.

<http://www.dw.de/a-divis%C3%A3o-da-alemanha-de-1945-a-1989/a-958753>>. Acesso em 20 out. 2014.