



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Eraldo Silva Júnior

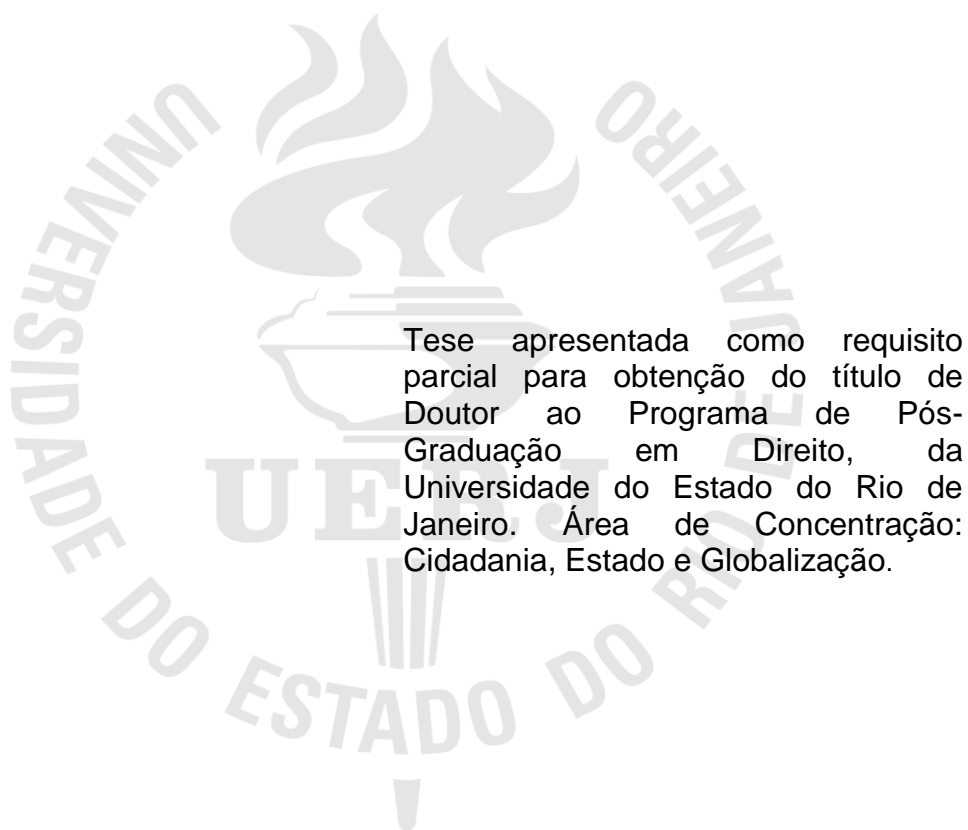
A dignidade humana como fundamento sistêmico do direito dos povos

Rio de Janeiro

2020

Eraldo Silva Júnior

A dignidade humana como fundamento sistêmico do direito dos povos



Tese apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Doutor ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de Concentração: Cidadania, Estado e Globalização.

Orientador: Prof. Dr. Raphael Carvalho de Vasconcelos

Rio de Janeiro

2020

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

S586 Silva Júnior, Eraldo.
A dignidade humana como fundamento sistêmico do direito dos povos /
Eraldo Silva Júnior - 2020.

146 f.

Orientador: Prof. Dr. Raphael Carvalho de Vasconcelos

Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de
Direito.

1. Direito internacional público - Teses. 2. Dignidade - Teses. 3. Direito
internacional - Teses. I. Vasconcelos, Raphael Carvalho de. II. Universidade
do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título

CDU 341.1/.8

Bibliotecária: Angélica Ribeiro CRB7/6121

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Eraldo Silva Júnior

A dignidade humana como fundamento sistêmico do direito dos povos

Tese apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de Concentração: Cidadania, Estado e Globalização.

Aprovada em 20 de fevereiro de 2020.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Raphael Carvalho de Vasconcelos
(Orientador)

Faculdade de Direito – UERJ

Prof.a Dra Ana Cristina Paulo Pereira

Faculdade de Direito – UERJ

Prof.a Dra Ana Paula Correa de Salles

Faculdade de Direito – UERJ

Prof. Dr. Eduardo Manuel Val

Universidade Federal Fluminense

Prof. Dr. Jeancezar Ditzz de Souza Ribeiro

Centro Universitário La Salle

Rio de Janeiro

2020

DEDICATÓRIA

À Marielle, à Dorothy, ao Chico, a todas defensoras e a todos defensores de direitos humanos ameaçados e/ou executados anualmente no Brasil. A todas e a todos pelos quais arriscam suas vidas.

AGRADECIMENTOS

A vida acadêmica é marcada por intensos prazeres e desesperos infindáveis. Atender às exigências quantitativas – e não qualitativas – impostas pela CAPES e lutar pela melhoria de um programa de excelência como o Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro demanda tempo, e tempo é o que mais falta quando se desenvolve uma tese de Doutorado – anos voam. Há desespero crescente a cada prazo a ser cumprido.

Os prazeres, por sua vez, também são muitos. Começam, claro, ao perceber que amigos estão dispostos a apoiar esta insana empreitada. Por isso, meus agradecimentos àqueles que entenderam as ausências, as preocupações, as excentricidades. Letícia, Thales, Joanna, Suzana, Livia, Gustavo, Paula, Cinthya, Henrique e Alexandre vos agradeço pelo apoio. Daniel Alves Pereira, amigo conquistado, ouvidos sempre disponíveis para minhas angústias. Tatiana, não possuo vocabulário bastante para agradecer à altura.

Outros amigos, pesquisadores excepcionais, foram essenciais para elucidar pontos vitais da tese. Francisco Vieira, excelente antropólogo, obrigado pela paciência e, claro, pelas valiosas indicações bibliográficas. Prof.a Dr.a Ana Paula Salles, grande internacionalista, grande inspiração. Anne Lima, historiadora, Daniel Cardinali, constitucionalista, por terem contribuído em pontos específicos da obra. Gabriel Galil e Gabriela Antunes, obrigado pela parceria ao longo dos dois últimos anos.

À Prof.a Dr.a Carmen Tiburcio, não só por ter confiado tantas vezes no meu potencial, mas por servir como padrão de excelência acadêmica e humildade a ser seguido.

À Prof.a Dr.a Marilda Rosado, que sempre soube balancear elogios e críticas, incentivando o crescimento acadêmico, contribuindo para que um jovem estudante hoje se veja como um professor.

À Prof.a Dr.a Ana Paula de Barcellos, professora do primeiro semestre letivo da graduação ao último semestre letivo do doutorado. Mesmo após muitos anos ouvindo seus ensinamentos e lendo sua produção ainda me surpreendo. Não se satisfaz com o alto nível de excelência atingido cedo, continua perseguindo novos

objetivos. Exemplo de tolerância e excelência acadêmicas, inspiração sobretudo na elaboração da parte final da presente tese.

Ao Prof. Dr. Paulo Emílio Vauthier Borges de Macedo, pelas provocações e pela exigência acadêmica, ambas essenciais para evitar o senso comum.

Ao saudoso Prof. Dr. Celso Renato Duvivier de Albuquerque Mello, maior símbolo do direito internacional uerjiano, por ter marcado profundamente todos aqueles que cruzaram o seu caminho com o seu idealismo, com seu pessimismo, com sua genialidade e com sua loucura.

À Prof.a Dr.a Ana Cristina Paulo Pereira, que, assim como no mestrado, foi, durante o primeiro ano de doutorado, mais do que uma orientadora. Foram nas aulas da Prof.a Ana Cristina que, há mais de quinze anos, encontrei no direito internacional a minha grande paixão acadêmica. Obrigado por jamais usar meias palavras e pelo altíssimo – e justíssimo – grau de exigência que serviram não só para elevar a qualidade de qualquer pesquisa, mas principalmente para impedir que eu criasse uma falsa sensação de genialidade que academicamente resultaria em mediocridade.

Ao Prof. Dr. Raphael Carvalho de Vasconcelos, estranhamente o agradecimento mais difícil de redigir, já que fatalmente ficará aquém de sua importância. Agradeço por jamais ter sido condescendente, por duvidar, por forçar a reflexão, por apoiar as incontáveis loucuras, por ser psicólogo, por ser amigo. Sem sua orientação, esta tese certamente teria seguido o caminho seguro que invariavelmente leva à irrelevância. Ambos arriscamos com o caminho trilhado e isso, por si só, é uma grande vitória.

À Prof.a Dr.a (ou quase doutora, qual de nós dois defenderá primeiro?) Fernanda Volpon. “*Desfrute de suas conquistas, seja feliz com o que você tem*”, me disse uma vez. Sou feliz por te ter como amiga, por termos enfrentado juntos o doutorado e, agora, por poder escrever Prof.a Dr.a antes de teu nome.

A todo o corpo docente, discente, técnico e terceirizado da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Esta tese foi elaborada em período de clara tentativa de desmonte da universidade pelo Estado do Rio de Janeiro. Resistimos juntos. Sofremos juntos. Venceremos juntos. A UERJ nasceu para a grandiosidade.

Ao Rivotril. À yoga, ao pilates, à meditação, à terapia, ao karatê. Uma pesquisa de qualidade no Brasil tem o potencial de destruir a saúde mental do pesquisador. Vocês restauraram o equilíbrio perdido quando foi preciso.

A Deus, ou qualquer que seja o nome da entidade superior, interna ou externa, real ou imaginária, que nos dá forças para seguir em frente, para enfrentar nossos medos e para acreditar, mesmo sem qualquer evidência, em um futuro melhor.

Ao Frodo e ao Legolas, cujos latidos e pedidos de carinho me lembravam a hora de parar e aproveitar a vida.

Ao Alexandre, irmão de coração, porto seguro nos momentos mais tormentosos, palavras não bastam. Certamente foi quem mais sofreu com o stress causado pela elaboração desta tese. Suportar meu mau humor, minha instabilidade, meus medos, minhas dores foi tarefa hercúlea, eu sei. Não é exagero dizer que nada teria acontecido sem você. Jamais teria recomeçado o mestrado. Jamais teria enfrentado o doutorado. Se existem anjos da guarda, você é o meu. Nada irá compensar o que você passou ao longo desses anos, mas tenha certeza que parte considerável dos títulos é sua.

Por fim, não há como deixar de agradecer aos que sinto como integrantes de meu próprio ser: Zanet e Eraldo (*in memoriam*), pais excepcionais, Fernanda e Flavia, irmãs, quase mães, Cláudio, cunhado, quase irmão, Júlia e Gabriela, a nova geração da família. Obrigado por tudo.

UERJ RESISTE.

O que o cachorro não entenderá nunca (nem num mês inteiro de domingos!, ele pensa), o que seu focinho nunca lhe dirá é que se pode entrar em uma sala absolutamente comum e nunca mais sair. Algo acontece naquela sala, algo não mencionável: ali a alma é arrancada do corpo; paira brevemente no ar, se torcendo e contorcendo; depois é sugada para longe e desaparece. Será incompreensível para ele, essa sala que não é uma sala, mas um buraco por onde se escorre para fora da existência.

J.M. Coetzee

RESUMO

SILVA JÚNIOR, E. *A dignidade humana como fundamento sistêmico do direito dos povos*. 2020. 146 f. Tese (Doutorado em Direito Internacional) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2020.

O direito internacional moderno remonta aos tratados de Vestefália de 1648 como forma de regular as relações entre os Estados, desenvolvendo-se, durante longo período, como ramo do direito deveras peculiar, e evoluindo como subsistema específico destinado a regulamentar as relações entre entes fictícios – isto é, os Estados – em um contexto fictício – a denominada sociedade internacional. Afastado do cotidiano dos indivíduos, o direito internacional tornou-se coadjuvante da geopolítica internacional. Se o Estado, ficção jurídica, tem como fim buscar o bem comum de seu povo, não há justificativa para, no plano internacional, ser o ente ficcional ser privilegiado em detrimento do ser real. Paralelamente, uma série de fenômenos característicos do último século contribuem para o protagonismo que se impõe do indivíduo no direito internacional contemporâneo, em especial a ascensão da proteção internacional dos indivíduos como elemento central do direito internacional público e a mencionada preocupação do direito internacional privado com a justiça material. Nesse contexto, a presente tese tem como objetivo demonstrar que tais modificações refletem uma tendência de modificação do fundamento de validade do direito internacional, de teorias centradas na figura do Estado para a dignidade humana.

Palavras-chave: Direito Internacional Público. Fundamentos sistêmicos. Direito dos Povos. Dignidade Humana.

ABSTRACT

SILVA JÚNIOR, E. *Human dignity as the systemic basis of the Law of the Peoples*. 2020. 146 f. Tese (Doutorado em Direito Internacional) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2020.

Modern international law dates back to the 1648 treaties of Westphalia as a form of regulation of relations between States, developing over a long period as a very peculiar branch of law, and evolving as a specific subsystem specified to regulate relations between fictitious entities - that is, States - in a fictional context – a so-called international society. Far from the daily lives of individuals, international law has become an adjunct to international geopolitics. If the State, a mere legal fiction, must seek the common welfare of its people, there is no justification for, in the international plan, the fictional entity being privileged over the real being. At the same time, a series of phenomena of the last century have contributed to the rise of the individual's protagonism in the contemporary international law, in particular the rise of the international protection of individuals as the central element of public international law and the search for material justice in the private international law. In this context, the present thesis aims to demonstrate that such modifications reflect a tendency to change the validity basis of international law, from theories centered on the figure of the state to human dignity.

Keywords: Public International Law. Systemic Fundamentals. Law of the Peoples. Human Dignity.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	12
1	O ESTADO DA ARTE	20
1.1	Negadores do Direito Internacional	23
1.1.1	<u>Grupo I: negadores práticos</u>	24
1.1.2	<u>Grupo II: negadores teóricos</u>	27
1.2	Teorias voluntaristas	30
1.2.1	<u>Teoria da autolimitação</u>	30
1.2.2	<u>Teoria da vontade coletiva</u>	32
1.2.3	<u>Teoria do consentimento das nações</u>	34
1.2.4	<u>Teoria da delegação do direito interno</u>	36
1.3	Teorias objetivistas	36
1.3.1	<u>Teoria da norma base</u>	36
1.3.2	<u>Teoria da solidariedade</u>	38
1.3.3	<u>Teoria do monismo intersocial</u>	39
1.3.4	<u>Teorias jusnaturalistas contemporâneas</u>	40
2	ESTADO DE CRISE OU CRISE DO ESTADO	41
2.1	O Direito Internacional Privado Contemporâneo	49
2.1.1	<u>A condição jurídica do estrangeiro – a crescente importância da identidade cultural</u>	54
2.1.2	<u>Deslocamentos forçados</u>	55
2.1.3	<u>Uma das várias soluções milagrosas: a governança global</u>	56
2.1.3.1	<u>A governança global</u>	57
2.2	O Direito Internacional Público em tensão	62
2.2.1	<u>O direito internacional dos refugiados</u>	65
2.2.1.1	<u>O caso europeu</u>	71
2.2.1.2	<u>Américas</u>	76
2.2.1.2.1	<u>Do asilo</u>	77
2.2.1.2.1.1	<u>Da consulta formulada pelo Equador à Corte Interamericana de Direitos Humanos</u>	81
2.2.1.2.1.2	<u>Da Opinião Consultiva</u>	90

2.2.1.3	Outros eventos americanos	93
2.2.1.3.1	O fechamento das portas do EUA pré-Trump analisada sob a ótica do caso Kiobel vs. Royal Dutch Shell	94
2.3	Considerações gerais	103
3	DIREITO DOS POVOS, DIREITOS HUMANOS E DIGNIDADE HUMANA	112
3.1	Os objetivos e a estrutura da teoria Rawlsiana	113
3.1.1	<u>A primazia dos Povos</u>	122
3.1.2	<u>A doutrina dos direitos humanos</u>	129
	CONCLUSÃO : A DIGNIDADE HUMANA COMO FUNDAMENTO DO DIREITO DOS POVOS	135
	REFERÊNCIAS	141

INTRODUÇÃO

Ainda assim, como alguém poderia dizer que o Império Galáctico estava morrendo? Era aceito como um Império há dez mil anos e, mesmo antes disso, Trantor, como capital do reinado dominante, servia de base para o que foi um Império não oficial durante dois mil anos. O Império sobrevivera aos séculos antigos em que setores inteiros da Galáxia eventualmente recusavam-se a aceitar o fim de sua independência local. Sobrevivera às vicissitudes inerentes às ocasionais rebeliões, às guerras dinásticas, a períodos intensos de colapso.

Isaac Asimov

Isaac Asimov, um dos principais autores de ficção científica do século XX, descreveu em sua obra máxima – a série da Fundação – o desmoronamento do mundo que concebera – o Império Galáctico – e parte do período caótico de sua reconstrução, em clara reimaginação da ascensão e queda do Império Romano e da Idade Média.

Esta não é uma tese de história, tampouco um exercício de futurologia, e sim uma tese jurídica, mas não há como discorrer sobre o direito internacional isoladamente. Esta não é uma tese purista, o direito é abordado como indissociável de outras ciências. História, sociologia, antropologia, filosofia e ciências políticas não apenas estarão presentes, mas poderão até mesmo dividir, em alguns momentos, o protagonismo com o direito, sem que a tese deixe ser uma tese jurídica submetida à linha de pesquisa em direito internacional.

Haverá, ao longo da tese, relevante mudança nas nomenclaturas utilizadas, sendo a primeira já evidenciada pela discrepância entre o título da tese e esta introdução: ora será utilizado o termo direito internacional, ora direito dos povos, sem que tais termos sejam considerados como sinônimos. A distinção, contudo, será construída em momento oportuno, não de modo afobado em introdução.

Outra escolha feita que potencialmente será alvo de questionamentos é a estilística. Optou-se pela adoção de narrativa técnica, mas próxima da linguagem

jornalística. O objetivo é tornar a tese acessível mesmo àqueles ainda no início de seus estudos jurídicos e a estudiosos de outros campos do conhecimento. No mesmo sentido, o uso de referências culturais, reconhecendo o árduo trabalho de pesquisa necessário— ou em raros casos a inspiração divina – que servem como base para a construção da arte. E já se retorna à literatura

Se, na série da Fundação, Hari Seldon, protagonista de dois dos livros e figura mítica nos demais, previu o futuro do Império através da psico-história, ciência fictícia que, a partir da aplicação da matemática a eventos atuais, possibilitava que acontecimentos futuros fossem antevistos; na vida real não há uma saída fácil, não há qualquer tipo de futurologia. A história serve, de fato, para apontar tendências, identificar padrões, mas inexiste precisão. Diversos fenômenos imprevistos, imprevisíveis, em certos casos até aparentemente impossíveis, ditam o rumo da humanidade e conseqüentemente do direito.

O primeiro fenômeno trabalhado nesta tese é a aparente decadência da Sociedade Internacional – e conseqüentemente do direito internacional - e sua caminhada rumo à autodestruição. Para sua confirmação, recorreremos precipuamente à história e à sociologia. A destruição da Sociedade Internacional implicaria no fim do Estado vestefaliano, se é que este ainda existe. Tal afirmação, aparentemente dramática, não implica na defesa da de um novo tempo de paz e amor regendo a Terra com a chegada da Era de Aquário¹. A proposta da presente tese é, de certo modo, hipócrita. As transformações apontadas dar-se-iam no nível do discurso, não necessariamente na prática. O direito, como instrumento de dominação social que é, serviria, mais uma vez, para garantir que tudo mude, sem que nada mude.

As primeiras décadas do século XXI são décadas de tormenta. Renascença, Revolução Francesa, a Grande Depressão. Momentos marcados na história por profundas modificações no modo de vida e na relação entre as pessoas. Momentos históricos, contudo, que só tiveram sua devida importância reconhecidas *a posteriori*. De fato, quando se está em plena tempestade, como a atualmente vivida, raramente é possível identificar a sua grandiosidade - talvez muitas décadas sejam necessárias para aclarar o que acontece neste início de século. Para tentar entender o presente

¹ RAGNI, G.; RADO, J.; MacDERMOT, G. *Hair – The American Tribal Love-Rock Musical (revised)*; Nova Iorque: Tams-Witmark Music Library, 1995, P.7.

– mesmo que, de certo modo, seja impossível entendê-lo em sua plenitude -, retorna-se ao passado.

A ordem internacional atual tem como um de seus principais marcos os Tratados de Münster e Osnabrück, firmados em 1648 – em conjunto referidos como a Paz de Vestefália –, que, dentre outros pontos, encerraram a Guerra dos Trinta Anos, série de conflitos envolvendo diversos reinos europeus. Durante as negociações de paz, provavelmente as potências envolvidas não tinham ciência que estavam prestes a cimentar as bases da Sociedade Internacional ao consolidar as ideias de Estado-nação e de soberania estatal.

Os três séculos que seguiram a Paz de Vestefália foram caracterizados pelo reconhecimento da existência de uma Sociedade Internacional formada basicamente por Estados soberanos e instituições por eles criadas – caso das Organizações Internacionais. Paulatinamente, os indivíduos começaram a ter lugar no seleto clube, ainda que de forma tímida.

A grande mudança, contudo, veio na segunda metade do século XX, quando poder e política se dissociaram. Com a globalização – e para fins desta tese a consideramos como o conjunto de aprimoramentos científicos e mudanças geopolíticas que permitiram que qualquer fator de produção alcance qualquer área do globo terrestre em questão de horas ou poucos dias -, os poderes dominantes passam a ser supraestatais e globais e noções como a de governança ganham importância. O poder exercido pelo mercado e em prol deste torna a política tema controverso e contencioso, surgem sentimentos antipartidários ante a incapacidade de o Estado exercer o poder; de tais sentimentos, surgem discursos nacionalistas e populistas, e, potencialmente, regimes tirânicos e autoritários.

A eleição de Donald Trump como Presidente dos Estados Unidos da América e a de Jair Bolsonaro como Presidente do Brasil, ambas baseadas em discurso nacionalista, protecionista e preconceituoso e em ampla divulgação de notícias falsas em redes sociais é claro sintoma da crise enfrentada pelo Estado vestefaliano e, por consequência, da Sociedade Internacional. Esses, contudo, não foram eventos isolados - vimos reiteradas manifestações resultantes da dissociação entre poder e política nos últimos anos, como o plebiscito que resultou na aprovação da retirada do Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte da União Europeia, do plebiscito que rejeitou acordo de paz firmado entre o governo colombiano e as FARC, a profunda crise instaurada na Venezuela de Nicolás Maduro, as pseudo-

rupturas provocadas pela primavera árabe e, mais uma vez no Brasil, o processo autofágico iniciado durante as jornadas de 2013.

Todos os casos mencionados no parágrafo precedente, contudo, provavelmente não seriam possíveis caso agentes não estatais não exercessem grande poder. De fato, a combinação de complexas análises comportamentais realizadas por empresas como a Cambridge Analytica à fatura de dados disponíveis em plataformas como Facebook mostrou-se como essencial para o direcionamento da vontade popular². A falta de controle sobre o uso de aplicativos como o WhatsApp, também de propriedade do Facebook, possibilitou a prática de incontáveis atos potencialmente incompatíveis com a legislação brasileira e que definiram os rumos das eleições de 2018.

De todo modo, optou-se por não incluir eventos posteriores à posse de Donald Trump – assim como, em referências ao Brasil, são evitadas referências a eventos posteriores à posse de Jair Bolsonaro – para diminuir o risco de contaminação excessiva da análise feita pelas convicções políticas do autor da tese.

O direito é política, a política é direito. Em tempos de extrema polarização ideológica, como a vivida pelo Brasil na década de 2010, afirmar que o direito é instrumento de dominação social, destinado à manutenção do status quo, sendo produzido, interpretado e aplicado de acordo com convicções políticas certamente resulta em fortes críticas – uma primeira apresentação verbal da tese foi qualificada como marxista por grupo de acadêmicos, apesar de não o ser. Na verdade, esta tese parte do pressuposto de que o direito e a política são indissociáveis, sendo o primeiro utilizado como instrumento de dominação não importando as ideologias políticas que o usam. Assim, Bakhtin, Marx e Locke poderiam ser citados, sem que a tese seja anarquista, comunista ou liberal, busca-se em tais autores, como em diversos outros, não a ideologia que, frisa-se, não afeta a natureza do direito, mas elementos que sirvam como embasamento para a hipótese trabalhada, por sinal, ainda não posta.

Antes de adentrar na hipótese, define-se o tema da tese, e o tema central é um dos mais subtrabalhados na academia fluminense: por que o direito internacional é obrigatório?

² Informação disponível em : https://brasil.elpais.com/brasil/2018/03/20/internacional/1521574139_109464.html Acesso em 22 de março de 2018.

Em sua teoria pura, Kelsen afirma que o *“Direito Internacional é Direito se é uma ordem coercitiva da conduta humana, pressuposta como soberana; se liga aos fatos por ele definidos como pressupostos atos de coerção por ele determinados como consequências e, portanto, pode ser descrito em proposições jurídicas”*³. Ora, para que uma ordem coercitiva exista é imprescindível que alguém – ou algo – a crie. Quanto ao direito estatal, fácil justificar a obrigatoriedade do direito, afinal, o Estado exerce exclusivamente os poderes inerentes à soberania em seu território, o que inclui legislar (criar o Direito) e julgar (impor sanções às condutas em desacordo com o Direito). Mas e o Direito Internacional? Direito?

Partindo do pressuposto – discutível, é verdade - que o Direito pressupõe a existência de um sistema jurídico, traz-se a célebre conclusão de Hart sobre o Direito Internacional:

Qual é a natureza efectiva das regras, tais como funcionam nas relações entre os Estados? São, claro, possíveis diferentes interpretações dos fenômenos a observar; mas afirma-se que não há regra fundamental que atribua critérios gerais de validade às regras de direito internacional e que as regras, que de facto vigoram e se aplicam, não constituem um sistema, mas um conjunto de regras, entre as quais estão as regras que atribuem força vinculativa aos tratados.⁴

Esse é o tema da presente tese. É o Direito Internacional Direito? Reformula-se, reduzindo a afronta aos internacionalistas – incluindo entre esses, por certo, o autor da presente tese: partindo-se do pressuposto de que para que um determinado conjunto de regras seja considerado Direito deva existir necessariamente uma norma fundamental – ou, usando a nomenclatura adotada na sistematização de Hart, uma regra de reconhecimento –, qual a natureza do chamado Direito Internacional?

Como afirmado anteriormente, esse é o tema da tese, mas não a hipótese trabalhada. Adianta-se, já nessa introdução, que o Direito Internacional é indiscutivelmente Direito. Qual a relação então do tema com o que será desenvolvido nos capítulos subsequentes? Novamente partindo do pressuposto que para que algo seja considerado Direito deva existir uma norma fundamental, uma

³ KELSEN, H. **Teoria Pura do Direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.355.

⁴ HART, H. L. A. **O conceito de direito**. 1. ed. [S.I.]: Martins Fontes, 2009, p.252.

norma que confira validade sistêmica a dado conjunto de normas, explora-se qual seria tal norma para o Direito Internacional.

Põe-se, neste momento, a hipótese trabalhada na tese: a norma que confere validade sistêmica ao Direito dos Povos é o discurso de promoção da dignidade humana. Observe-se que, neste ponto, propositalmente não se usa a expressão Direito Internacional. Tal nomenclatura, apesar de ser a consolidada, não é a que melhor reflete um Direito no qual a hipótese trabalhada seja válida. Nos próximos parágrafos, a nomenclatura variará de forma aparentemente arbitrária, mas, ao longo da tese, a distinção será devidamente consolidada. Ainda, registra-se que, apesar de direitos humanos serem frequentemente mencionados na presente tese, não constituem objeto desta e, por isso, não serão exaustivamente trabalhados. Conforme recém-afirmado, a hipótese é que o discurso de promoção de direitos humanos confere validade sistêmica ao direito internacional, não importando o que se entende como direitos humanos.

O primeiro questionamento recebido ao apresentar a hipótese à banca do processo de admissão ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro foi: “todas as normas de Direito Internacional são fundadas na dignidade humana”? Seguiram-se questionamentos sobre subsistemas específicos e normas aparentemente distantes da dignidade humana: e o Direito do Mar? E o Direito do Comércio Internacional? E Tratado sobre os Princípios Que Regem as Atividades dos Estados na Exploração e Utilização do Espaço Exterior, Incluindo a Lua e Outros Corpos Celestes?

Como resposta a tais questionamentos, expande-se a hipótese trabalhada: o Direito dos Povos é obrigatório por ser instrumento de garantia dos direitos humanos, sendo o valor contido neste discurso (independente de qual a interpretação dada por cada sociedade a este termo) a sua norma fundamental. Tratados, costumes internacionais, princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações civilizadas são obrigatórios por decorrerem da manifestação de vontade dos povos, manifestação que atualmente é exteriorizada através dos Estados, cada um representante de seu(s) povo(s). A autonomia dos povos para definir as normas que regem as suas relações recíprocas não é, contudo, absoluta – ela decorre da dignidade humana e é por ela limitada.

A dignidade humana como limitadores da autonomia dos povos na criação de regras de Direito dos Povos manifesta-se através das chamadas Normas

Imperativas de Direito Internacional Geral, nomenclatura consagrada pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969. As normas de *jus cogens* são as garantidoras da não sobrevivência de normas de Direito dos Povos que não se conformem à norma fundamental.

Nessa lógica, os povos têm autonomia quase absoluta para criar as normas que regem suas relações recíprocas, afinal, a liberdade para decidir seus próprios rumos é decorrência direta do discurso de promoção dos direitos humanos. Duas categorias de normas, contudo, não podem ser objeto de modificação: as normas que protegem diretamente direitos humanos e as normas que garantem a integridade do próprio sistema do Direito dos Povos, visto que essas últimas protegem, de forma mediata, direitos humanos. Essas são as normas de *jus cogens*.

Em apertada síntese – propositalmente lacunosa, visto que cada passo tem o potencial de constituir, por si só, uma tese -, parte-se do pressuposto de que os Estados não são os atores definidores da sociedade internacional, são apenas uma modalidade de organização social, por mais que não se vislumbre a sua substituição, ao menos a curto prazo, por outra qualquer. Qualquer forma de organização social, seja o Estado Vestefaliano, seja outra forma qualquer que eventualmente o substitua, constitui ficção jurídica, não tendo vontade própria, e sim representando a vontade de seu povo. Não tendo o Estado vontade própria, a sua vontade (inexistente) não pode ser utilizada como fundamento sistêmico do Direito dos Povos.

Para demonstrar (ou derrubar?) a hipótese posta, a presente tese, apesar de preponderantemente científica, se valerá também de conhecimentos filosóficos e empíricos. Conhecimentos que não podem ser atestados experimentalmente, por serem metafísicos – caso do conhecimento filosófico – não podem ser ignorados quando se constrói uma tese cujo objeto principal é o discurso de validade do direito. O mesmo ocorre quanto aos conhecimentos empíricos. Se, por um lado, é certo que são os conhecimentos empíricos que, em regra, originam as indagações que antecedem a pesquisa científica, por outro, o aprofundamento de todos os pontos que se enquadrem nessa categoria resultaria em tese desproporcionalmente longa e desprovida de foco.

Metodologicamente, pretende-se construir uma tese preponderantemente dialógica, valendo-se em grande medida da interdisciplinaridade para validação da hipótese posta, e dialética, analisando-se diversos alinhamentos políticos e

doutrinários, sem que seja imposto um filtro prévio. Por certo, em momentos específicos os métodos indutivo, dedutivo e intuitivo estarão presentes, mas não se pretende que esses sejam os protagonistas.

Em um primeiro capítulo, exploraremos sinteticamente as principais teorias fundamentadoras do direito internacional. Nos limitaremos às teorias com maior disseminação, deixando de lado, por exemplo, diversas teorias sociológicas contemporâneas.

Em seguida, um capítulo será dedicado à análise de alguns fenômenos contemporâneos que apontam uma crise no Estado Vestefaliano. Não é o objetivo de tal capítulo afirmar que o Estado Nacional deixou de ser relevante, ou que estão atualmente subjulgados por completo ao direito internacional. A ideia é demonstrar que o Estado Vestefaliano – aquele que tudo podia e que, praticamente sozinho, era capaz de definir os rumos da humanidade, está em extinção, cedendo lugar a um Estado sujeito a fenômenos fora de seu controle e a influências externas, até mesmo de sujeitos privados. Sem o Estado puramente Vestefaliano, não faz sentido fundamentar o direito internacional em sua vontade. Este é o objetivo desse capítulo – apontar para a inadequação de uma visão voluntarista do direito internacional no mundo contemporâneo.

Finalmente, em um terceiro capítulo, trabalharemos o Direito dos Povos, tal como desenvolvido por Rawls, bem como a relação desse com os direitos humanos. A obra de Rawls representou grande impacto na elaboração da presente tese, fazendo com que abordagem cosmopolita prevista originalmente no projeto de tese fosse deixada de lado, com certo prejuízo ao ineditismo da tese, em prol de uma visão utópico-realista que, a meu ver, melhor responde à questão posta.

1 O ESTADO DA ARTE

- O senhor é internacionalista ?
- Como advinhou ?
- É que a sua resposta foi precisa e correta, mas totalmente inútil!

Cançado Trindade, apud Celso Mello

Para demonstrar a pertinência de uma tese, essencial analisar, mesmo que brevemente, o tratamento atualmente dado ao tema. Não é objetivo deste capítulo proceder a descrição detalhada da evolução histórica desde a Antiguidade Clássica, tampouco esgotar os autores relevantes, afinal isto equivaleria a mera revisão de literatura, sem grande relevância científica. Aqui, proceder-se-á a uma exposição panorâmica do tema.

Francisco Rezek, ex-ministro do STF, ex-ministro das Relações Exteriores do Brasil, e ex-juiz da CIJ, é autor de um dos principais manuais utilizados no ensino do direito internacional público em universidades brasileiras. Sobre o fundamento do direito internacional, consta na 11ª edição de seu livro:

Sistema jurídico autônomo, onde se ordenam as relações entre Estados soberanos, o direito internacional público – ou *direito das gentes*, no sentido de direito das nações – repousa sobre o consentimento. Os povos – assim compreendidas as comunidades nacionais, e acaso, ao sabor da história, conjuntos ou frações de tais comunidades – propendem, naturalmente, à autodeterminação. Organizam-se, tão cedo quanto podem, sob a forma de Estado, e ingressam numa comunidade internacional carente de estrutura centralizada. Tais as circunstâncias, é compreensível que os Estados não se subordinem senão ao direito que livremente *reconheceram* ou *construíram*. O consentimento, com efeito, não é necessariamente *criativo* (como quando se trata de estabelecer uma norma sobre a exata extensão do mar territorial, ou de especificar o aspecto fiscal dos privilégios diplomáticos). Ele pode ser apenas *perceptivo*, qual se dá quando os Estados consentem em torno de normas que fluem inevitavelmente da pura razão humana, ou que se apóiam, em maior ou menor medida, num imperativo ético, parecendo imunes à prerrogativa estatal de manipulação.

Pacta sunt servanda – o princípio segundo o qual o que foi pactuado deve ser cumprido – é um modelo de norma fundada no consentimento perceptivo. Regras resultantes do consentimento criado são aquelas das quais a comunidade internacional poderia *prescindir*. São aquelas que evoluíram em determinado sentido, quando perfeitamente poderiam ter assumido sentido diverso, ou mesmo contrário. E é impossível, em absoluto, conceber que a mais rudimentar das comunidades sobreviva sem que seus integrantes reconheçam, quando menos, o dever de honrar as obrigações livremente assumidas.

Modelo de construção costumeira original e discricionária foi aquele pertinente ao objeto da extradição. Esta, com efeito, era compreendida, ao tempo das cidades soberanas da antigüidade grega, como o mecanismo próprio para a recuperação do dissidente político exilado, garantindo-se, desse modo, a tranquilidade do sono do príncipe. Com o tempo, o costume sofre modificação ampliativa: ao Estado se torna lícito querer, *também*, a rendição do criminoso comum refugiado no estrangeiro. Cosuma-se, enfim, a total reviravolta em relação ao objeto primitivo: a extradição serve tão-só ao regresso forçado, e à submissão à justiça ordinária, dos autores de crimes de direito comum, excluída toda perspectiva de turbção do asilo político.

Caso digno de destaque é o de certas regras consolidadas com vigor no século XX, tais a proscricção do uso da força e os princípios da não-intervenção e da autodeterminação, ou ainda um pouco antes, qual a condenação da escravatura. Nenhuma dessas normas aparece vestida daquela imperatividade, congênita até mesmo nas sociedades primitivas, do *pacta sunt servanda*, e melhor prova disso não há que seu advento tardio à consagração geral. Porém, no âmbito desses temas, a mobilidade do direito não é sinuosa: tem ela um sentido tão certo e irreversível quanto o da evolução da sociedade internacional. Assim, o tráfico de escravos e a guerra de conquista, ilícitos outrora, estão hoje condenados, sendo seguro que não voltarão, amanhã, à condição de licitude. Sem dúvida nos encontramos, aqui, na presença de normas internacionais não gravadas, desde o princípio, na consciência dos povos, mas tampouco mutáveis de modo pendular – como as que se referem à imunidade jurisdicional do Estado estrangeiro ou à extensão do mar territorial⁵.

O trecho acima é longo para uma citação direta, mas é preocupantemente curto se considerado o fato de ser todo o tratamento dado por um dos principais

⁵ REZEK, Francisco. Direito internacional público; 11ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008, pp.3-4.

autores de manuais de DIP aos fundamentos do direito internacional - meros quatro parágrafos que não refletem a existência de profundas divergências doutrinárias. Apesar de esta não ser a regra – outros autores como Celso Mello e Accioly aprofundam o tema em seus manuais -, o caso transcrito é sintoma inequívoco da pouca importância dada a uma das principais questões do DIP: o porquê de sua obrigatoriedade.

Por outro lado, em 1926, apenas três anos após a criação da Academia de Direito Internacional na Haia, foi ministrado o curso *Les sources du droit international* por Paul Heilborn sobre o tema. Dois anos mais tarde, foi a vez de *Du caractere obligatoire du droit international* por J.-L. Brierly. Diversos outros cursos seguiram, como *Le fondement du caractere obligatoire du droit international public*, por Rolando Quadro, em 1952, além de recortes específicos em incontáveis outras ocasiões.

Por certo, alguns doutrinadores consideram a questão alheia ao direito, como é o caso de Rousseau, ou de pouca importância, caso de Spiropoulos⁶. Essa aproximação puramente positivista excluiu do direito o que o faz existir. Como tratar um campo do conhecimento como ciência sem se importar com

De fato, o tema é dos mais tormentosos, mas, mesmo assim, pouca atenção lhe é conferida no Brasil, especialmente na academia fluminense, que aparentemente o trata como se esgotado, merecedor de atenção histórica em manuais de direito internacional público, mas não de novas pesquisas.

Este capítulo tem como objeto o que é comumente feito pela doutrina fluminense: a exposição das correntes doutrinárias mais relevantes e, de certa forma, a apresentação da evolução histórica sobre o tema. Como ponto de partida, foi escolhido o tratamento dado no Curso de Direito Internacional Público⁷ do Professor Celso Renato Duvivier de Albuquerque Mello, visto ter sido em vida, e continuar sendo após a morte, sinônimo de direito internacional público no âmbito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, na qual ocupou a cadeira de professor

⁶ MELLO, C. D. D. A. Curso de direito internacional público. 15ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, v. 2, 2004, p.146.

⁷ O fato de a obra em questão ter tido sua última edição publicada em 2006 não prejudica a exposição do estado da arte do objeto da presente tese, visto que será usada apenas como um ponto de partida, e não como objeto de plágio.

titular de Direito Internacional Público, além de ter sido Diretor da Faculdade de Direito.

Em sua obra, após discorrer brevemente sobre teóricos antigos, com relevância apenas histórica⁸, o saudoso catedrático de DIP da UERJ procede à classificação das teorias sobre o fundamento do direito internacional em dois grandes grupos: as teorias voluntaristas e as teorias objetivistas. Seguiremos essa classificação. Antes, contudo, devemos enfrentar, ainda que brevemente, uma categoria a parte: a dos negadores do DIP.

1.1 Negadores do Direito Internacional

O direito internacional não é direito. Como poderia, afinal, um suposto ordenamento cujas regras são criadas e destruídas ao bel prazer de grandes potências mundiais ser considerado direito? Política internacional, esta é a verdadeira natureza do autointitulado direito internacional. Ou talvez constitua mera moral, já que, como não há uma autoridade central para garantir a sua execução, o seu cumprimento é voluntário.

As críticas à própria existência do direito internacional abundam. Dentre os que admitem a sua existência, muitos negam a sua autonomia. Outros tantos condenam a sua primitividade, a sua imperfeição estampada na suposta ausência de sanções efetivas. Dentre os negadores, encontram-se filósofos e juristas consagrados, ao ponto de a maior parte dos manuais de DIP dedicar páginas para demonstrar ser direito internacional direito.⁹

As comparações entre o direito doméstico e o direito internacional, em regra, resultam em análises pouco favoráveis a este último. Por outro lado, as tentativas positivistas de isolar o direito dos demais ramos de conhecimento resultou no surgimento da falácia da autonomia plena do direito, bem como forneceu farta munição aos detratores do direito internacional, que menosprezam a juridicidade

⁸ Como exemplos, cita a escola utilitária de Bentham e Story e a teoria da nacionalidade, de, dentre outros, Mancini.

⁹ KOLB, R. **Truyol y Serra's Doctrines of International Law**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2018, p.33.

deste ramo do conhecimento em razão de sua forte ligação com a política internacional e, por que não, com a moral.

As doutrinas negadoras do direito internacional não convergem seja quanto à premissa adotada, seja quanto aos argumentos segundo os quais o direito internacional não seriam direito. Dentre os negadores do direito internacional, há divergências quanto à intensidade da negação: uma categoria mais radical nega até mesmo a possibilidade de existirem regras de conduta compulsória entre os estados; duas outras categorias aceitam a possibilidade da existência de tais regras, divergindo quanto à sua natureza— a primeira defende serem preceitos morais ou até mesmo mera cortesia internacional, enquanto a segunda considera serem um corpo *sui generis*, formador de um sistema único¹⁰. A primeira categoria é denominada, por Celso Mello, a dos negadores práticos, já as duas subsequentes a dos negadores teóricos¹¹.

1.1.1 Grupo I: negadores práticos

Como há de se falar em um direito internacional quando inexistem órgãos superiores aos Estados que possam garantir a observância ao caráter obrigatório do direito internacional?¹² A existência de um ente superior capaz de garantir o direito é incompatível com a soberania estatal, ainda hoje vista por parte relevante da doutrina como valor central da sociedade internacional.

Diversos defensores da inexistência de um direito internacional são discípulos de Hobbes e de Spinoza, que comparam a sociedade internacional ao estado de natureza, sendo as relações entre os estados meras relações de força, de onde resultaria que qualquer estado pode abrogar qualquer tratado, desde que possua a força necessária para impor sua vontade¹³.

¹⁰ KOLB, R. **Truyol y Serra's Doctrines of International Law**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2018, p.34.

¹¹ MELLO, C. D. D. A. **Curso de direito internacional público**. 15ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, v. 2, 2004, p.115

¹² DAILLIER, P.; PELLET, A. **Droit international public**. 7ª ed., Paris : L.G.D.J., 2002, p. 85-86.

¹³ DAILLIER, P.; PELLET, A. **Droit international public**. 7ª ed., Paris : L.G.D.J., 2002, p. 86.

De fato, conforme Spinoza, “*se um poder soberano prometeu a outro fazer-lhe alguma coisa que o tempo ou a razão ensinaram depois, ou pareciam ensinar, ser contra a salvação comum dos súditos, sem dúvida terá de quebrar a palavra dada*”¹⁴. A preservação dos próprios interesses seria o motor do estado, que não restaria verdadeiramente vinculado por um direito internacional.

Tal posicionamento foi certamente influenciado pelo período histórico em que Spinoza (e Hobbes) viveu, quando, terminando a Idade Média, a ideia de poder estatal absoluto baseado na força era uma consequência lógica do medo da desordem até então prevalecia¹⁵. No entanto, cientistas políticos contemporâneos, como Raymond Aron, insistem na normalidade do uso da força entre os Estados e, por consequência lógica, da não obrigatoriedade do direito internacional¹⁶.

Dentre os negadores práticos, podemos destacar Adolf Lasson, professor da Universidade de Berlim, que, a partir da filosofia hegeliana sobre o Estado, conclui ser impossível a existência, presente ou futura, de um direito internacional¹⁷.

Essa pessoa moral, a qual denominamos Estado, contudo, é, ao mesmo tempo, uma pessoa soberana. Ela própria é apenas o seu propósito, isto é, a vontade dessa ordem jurídica, com relação a tudo que a ela se subordina; mas é absolutamente ilimitado e irrestrito em relação a tudo, exceto à sua vontade ou às suas leis, caso contrário, o povo teria perdido a oportunidade de se desenvolver de acordo com suas próprias peculiaridades e de preservar uma ordem jurídica correspondente à sua natureza, isto é, o conjunto não seria livre. Isto, contudo, não é, tampouco deve ser, o caso. O Estado jamais pode se submeter a uma ordem jurídica ou a uma vontade, salvo às suas próprias.¹⁸

¹⁴ ESPINOSA, B. D. **Tratado Político**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p.35

¹⁵ KOLB, R. **Truyol y Serra's Doctrines of International Law**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2018, p.36

¹⁶ DAILLIER, P.; PELLET, A. **Droit international public**. 7ª ed., Paris : L.G.D.J., 2002, p.87

¹⁷ KOLB, R. **Truyol y Serra's Doctrines of International Law**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2018, p.38

¹⁸ „Diese moralische Person, die wir Staat nennen, ist aber zugleich eine souveräne Person. Sie ist selber nur ihr Zweck, d.h. der Wille dieser rechtlichen Ordnung mit Bezug auf alles ihr Untergebene; aber sie ist schlechthin ungebunden und unbeschränkt mit Bezug auf alles was ausser ihr vorhandenen Willen oder Gesetze; sonst wäre dem Volke die Möglichkeit verkümmert, sich nach den in seiner Eigenart liegenden Richtungen zu entwickeln und eine seinem inneren Wesen entsprechende Rechtsordnung zu bewahren , d.h. das Volle wäre unfrei. Das soll aber und darf nicht der Fall sein. Der Staat kann sich also niemals einer Rechtsordnung wie überhaupt keinem Willen

Já no século XX, o realismo norte-americano negava o caráter legal do fenômeno eufemisticamente chamado de direito internacional, ao afirmar que esse seria, na melhor das hipóteses, um sistema legal em gestação, na medida em que cada estado individualmente detém o monopólio da força¹⁹.

Um dos maiores expoentes dessa corrente, Morgenthau afirma:

Reconhecer que o direito internacional existe não corresponde, contudo, a afirmar que ele constitui uma estrutura tão eficiente quanto os sistemas legais nacionais ou que, de modo mais particular, ele seja eficaz em regular e delimitar a luta pelo poder no cenário internacional. No fundo, o direito internacional representa um tipo primitivo de legislação semelhante à espécie de normas que prevalece em certas sociedades da fase pré-literária, como a dos aborígenes australianos ou dos Yurok do norte da Califórnia. Trata-se de uma legislação primitiva, porque é quase que completamente descentralizada²⁰.

Segue o mencionado autor:

As normas de direito internacional devem sua existência e operação a dois fatores, ambos de natureza descentralizada: interesses dos Estados individuais idênticos ou complementares e distribuição de poder entre eles. Onde não existirem nem comunhão de interesses nem equilíbrio de poder, não haverá direito internacional²¹.

As posições de Morgenthau ainda ecoam entre os neo-conservadores norte-americanos, com nomes como E.Posner defendendo que o direito internacional seria uma ordem normativa na qual os estados somente observariam suas obrigações quando isso lhes aprouvesse²².

Os negadores do direito internacional descrevem fenômenos que, de fato, ocorrem: determinados estados, em dados contextos, desrespeitam obrigações internacionais de acordo com os próprios interesses por poderem fazê-lo. Há

ausser ihm unterwerfen.“ In: LASSON, A. **Prinzip und Zukunft des Völkerrechts**. Berlin: Verlag von Wilhelm Hertz, 1871, p. 22.

¹⁹ KOLB, R. **Truyol y Serra's Doctrines of International Law**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2018, p.43

²⁰ MORGENTHAU, H. J. **A política entre as nações: a luta pelo poder e pela paz**. São Paulo: Editora Universidade de Brasília, 2003, p.509.

²¹ MORGENTHAU, H. J. **A política entre as nações: a luta pelo poder e pela paz**. São Paulo: Editora Universidade de Brasília, 2003, p.510.

²² KOLB, R. **Truyol y Serra's Doctrines of International Law**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2018, p.44.

confusão, contudo, entre ser e dever-ser, entre direito e força, além de ser ignorado o fato de a maior parte dos estados, na maior parte dos casos, observar o direito internacional²³.

De fato, as violações ao direito internacional são tão excepcionais que, quando ocorrem, provocam profundo impacto na sociedade internacional, transmitindo uma falsa percepção segundo a qual tal sociedade seria dominada pela violência. Não há anarquia na sociedade internacional e até mesmo a guerra, quando ainda admito o uso da força, era objeto do direito internacional, tratada como um dos modos de solução de controvérsias²⁴.

1.1.2 Grupo II: negadores teóricos

Enquanto o primeiro grupo de negadores do direito internacional nega, por completo, a existência de regras a serem observadas internacionalmente, o segundo grupo as admite, contestando apenas a sua natureza: não seriam jurídicas, mas morais – ou até mesmo mera cortesia - as regras internacionais. Em comum, os integrantes desse segundo grupo têm o fato de conceber o direito exclusivamente como direito estatal, o que, por certo, exclui qualquer juridicidade das normas aplicáveis às relações inter-estatais²⁵.

Em O Leviatã, Hobbes afirma:

Quando se faz um pacto em que ninguém cumpre imediatamente sua parte, e uns confiam nos outros, na condição de simples natureza (que é uma condição de guerra de todos os homens contra todos os homens), a menor suspeita razoável torna nulo esse pacto. Mas se houver um poder comum situado acima dos contratantes, com direito e força suficiente para impor seu cumprimento, ele não é nulo. Pois aquele que cumpre primeiro não tem qualquer garantia de que o outro também cumprirá depois, porque os vínculos das palavras são demasiado fracos para refrear a ambição, a avareza, a cólera e outras paixões dos homens, se não houver o medo de

²³ KOLB, R. **Truyol y Serra's Doctrines of International Law**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2018, p.47

²⁴ MELLO, C. D. D. A. **Curso de direito internacional público**. 15ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, v. 2, 2004, pp.116-117

²⁵ KOLB, R. **Truyol y Serra's Doctrines of International Law**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2018, p.48.

algum poder coercitivo. O qual na condição de simples natureza, onde os homens são todos iguais, e juízes do acerto de seus próprios temores, é impossível ser suposto. Portanto aquele que cumpre primeiro não faz mais do que entregar-se a seu inimigo, contrariamente ao direito (que jamais pode abandonar) de defender sua vida e seus meios de vida.

Mas num Estado civil, onde foi estabelecido um poder para coagir aqueles que de outra maneira violariam sua fé, esse temor deixa de ser razoável. Por esse motivo, aquele que segundo o pacto deve cumprir primeiro é obrigado a fazê-lo.²⁶

Ora, se o direito requer a segurança da reciprocidade que somente poderia ser garantida por um poder absoluto e centralizado, não há como falar em um direito internacional. Os estados, tomados como membros da sociedade internacional, ainda viveriam em um estado de natureza; na ausência de um Super-Leviatã, não haveria leis aplicáveis a esses²⁷.

Grande parte dos negadores teóricos do direito internacional podem ser considerados, em última análise, como seguidores de Hobbes, como restará demonstrado.

Um dos principais negadores da juridicidade do direito internacional foi o britânico John Austin, cuja obra curiosamente alcançou grande sucesso apenas ao ser publicada postumamente, segundo o qual o direito deve necessariamente consistir em ordens emanadas de autoridades superiores, havendo obrigatória relação de subordinação e a possibilidade de execução forçada. O direito internacional, não atendendo a tais requisitos, seria tão somente um conjunto de leis morais positivas, oriundas não de uma autoridade superior, mas de opiniões mais ou menos difusas na comunidade internacional, sendo comparáveis às regras de honra, de conduta e de cortesia²⁸.

Julius Binder, alemão, professor da Universidade de Göttingen, seguia caminho diverso, ao menos em um primeiro momento, para alcançar resultado similar. Binder encarava o direito com o o ordenamento ético de uma comunidade, que não poderia ser compreendida através do ponto de vista de seus indivíduos, na

²⁶ HOBBS, T. **Leviatã**, São Paulo: Martin Claret, 2014, p.50

²⁷ KOLB, R. **Truyol y Serra's Doctrines of International Law**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2018, p.48.

²⁸ KOLB, R. **Truyol y Serra's Doctrines of International Law**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2018, pp. 49-50.

medida em possuiria um valor próprio, autônomo, quiçá mais relevante que os individuais, na medida em que a existência dos indivíduos apenas faria sentido em razão da comunidade. Inexistindo uma comunidade internacional, na medida em que as diversas nações e povos existem apenas como formas individuais, não poderia haver um direito internacional. As regras denominadas direito internacional ou seriam regras morais ou questão de uso internacional

Na metade do século XX, H.L.A. Hart afirmava:

O Direito Internacional apresenta-nos o caso oposto. Isto porque, embora seja compatível com os usos dos últimos 150 anos a utilização aqui da expressão “direito”, a ausência de um poder legislativo internacional, de tribunais com jurisdição obrigatória e de sanções centralmente organizadas tem inspirado confiança, pelo menos no espírito dos teorizadores do direito. A ausência destas instituições significa que as regras aplicáveis aos Estados se assemelham àquela forma simples de estrutura social, composta apenas de regras primárias de obrigação, a qual, quando a descobrirmos nas sociedades de indivíduos, nos acostumamos a contrastar com um sistema jurídico desenvolvido²⁹.

Novamente, a ausência de um Super-Leviatã foi usada como justificativa para ser negada juridicidade ao direito internacional.

Já o húngaro Felix Somló, contemporâneo a Binder, negava juridicidade ao direito internacional, mas não o categorizava como moral ou cortesia, e sim em uma categoria própria, e de regras *sui generis*³⁰.

De acordo com Somló, o direito corresponde a conjunto de normas estabelecidas por um poder supremo, permanente e extensivo comumente observado, somente podendo existir, portanto, onde um poder supremo exercer poder sobre grupo de indivíduos. Tal visão leva à inequívoca conclusão da não-juridicidade do direito internacional, não por negar Somló a existência de um poder superior aos Estados, apesar de não identifica-lo, mas por reconhecer tal poder deveras instável, sujeito aos caprichos das grandes potências da época. A falta de sistematicidade e a fraqueza geral das normas internacionais, aliadas ao fato de, à época, não tratarem de questões estruturantes, forçavam o reconhecimento do

²⁹ HART, H. L. A. **O conceito de direito**. 1. ed. [S.l.]: Martins Fontes, 2009, p.230.

³⁰ KOLB, R. **Truyol y Serra's Doctrines of International Law**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2018, p.53.

direito internacional, não como direito, mas como espécie própria de regras de conduta heterônomas³¹.

1.2 Teorias voluntaristas

As teorias voluntaristas defendem ser a vontade dos Estados o fundamento do DIP, sendo as principais teorias do grupo as abaixo trabalhadas.³²

1.2.1 Teoria da autolimitação

O século XIX foi marcado pela preponderância de mentalidade voltada aos negócios, como a conseqüente elevação do *pacta sunt servanda* ao centro das atenções. Tal fato certamente influenciou Georg Jellinek, o principal defensor da teoria da autolimitação dos Estados³³.

Jellinek parte do pressuposto da soberania absoluta dos estados³⁴, mas reconhece como indisputável a existência do direito internacional à época. Sobre o tema:

Tem havido muito debate sobre a possibilidade da existência do direito internacional. É claro que é rejeitado por aqueles que abordam o problema exclusivamente com os velhos modelos civis. Mas a decisão final sobre sua existência está nas comunidades, para as quais ela deve se aplicar, nos estados. Se estes reconhecem o direito internacional como vinculativo para eles, então, na natureza psicológica de toda lei, a base firme para sua existência é dada. Que este reconhecimento, mas por parte dos membros da comunidade internacional, esteja presente, já não pode haver disputa hoje³⁵.

³¹ KOLB, R. **Truyol y Serra's Doctrines of International Law**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2018, p.54.

³² MELLO, C. D. D. A. **Curso de direito internacional público**. 15ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, v. 2, 2004, p.148.

³³ SHAW, M. N. **International Law**. 7. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, p.7

³⁴ MELLO, C. D. D. A. **Curso de direito internacional público**, 15ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, v. 2, 2004, p.149.

³⁵ “[Ü]ber Möglichkeit und Dasein des Völkerrechtes ist viel gestritten worden. Selbstverständlich wird es von denjenigen, die ausschließlicly mit den alten zivilistischen Schablonen an das Problem

Ora, sendo a soberania dos estados absoluta e existindo um direito internacional, outra conclusão não é possível, salvo que “*o direito internacional é os estados, mas os estados não existem por causa do direito internacional*”³⁶.

A vontade dos estados é, para Jellinek, absoluta, sendo o direito internacional autolimitação pelos estados. Ressalta, contudo:

Mas se o direito internacional é formalmente baseado na vontade dos estados individuais e recebe dele a sanção legal, então corresponde materialmente a algo que vai além do estado individual. Este ponto mostra a conexão entre a teoria social e o direito internacional. Como, como explicado acima, os interesses sociais freqüentemente se estendem muito além do estado individual e os próprios estados formam grupos sociais como formações sociais, a totalidade dessas relações sociais internacionais é o conteúdo essencial do direito internacional.³⁷

Jellinek atribui um caráter anárquico ao direito internacional, repleto de imperfeições e falhas³⁸.

Celso Mello aponta uma contradição vital nessa teoria, visto que, se o direito internacional somente vincula os Estados em razão de sua vontade, poderia haver desvinculação a qualquer momento³⁹. Shaw adiciona a incompatibilidade de tal

herantreten, verworfen. Die letzte Entscheidung über sein Dasein liegt aber bei der Gemeinwesen, für welche es gelten soll, bei den Staaten. Erkennen diese das Völkerrecht als für sie bindend an, dann ist bei der psychologischen Natur alles Rechtes die fest Basis für seine Existenz gegeben. Daß diese Anerkennung aber von seiten der Mitglieder der Staatengemeinschaft vorhanden ist, darüber kann heute kein streit mehr herrschen.“, *In*: JELLINEK, G. **Allgemeine Staatslehre**, erster Band, 2^aed., Berlin: Verlag von O. Häring, 1905, p.365.

³⁶ „das Völkerrecht ist der Staaten, nicht aber sind die Staaten des Völkerrechtes wegen da.“, *In*: JELLINEK, G. **Allgemeine Staatslehre**, erster Band, 2^aed., Berlin: Verlag von O. Häring, 1905, p.366

³⁷ „Wenn nun aber auch das Völkerrecht formell auf dem Willen der Einzelstaaten ruht und von ihm seine rechtliche Sanktion erhält, so entspricht es doc materiell einrem Etwas, das über den Einzelstaat hinausgeht. An diesem Punkte zeigt sich die Verbindung von Gesellschaftslehre und Völkerrecht. Da, wie oben näher ausgeführt, die gesellschaftlichen Interessen vielfach weit über den Einzelstaat hinausreichen und die Staaten selbst als soziale Bildungen Gesellschaftsgruppen bilden, so wirkt die Gesamtheit dieser internationalen Gesellschaftsverhältnisse den wesentlichen Inhalt des internationalen Rechtes aus.“, *In*: JELLINEK, G. **Allgemeine Staatslehre**, erster Band, 2^aed., Berlin: Verlag von O. Häring, 1905, pp.367-368

³⁸ JELLINEK, G. **Allgemeine Staatslehre**, erster Band, 2^aed., Berlin: Verlag von O. Häring, 1905, p.368

³⁹ MELLO, C. D. D. A. **Curso de direito internacional público**. 15^a. ed. Rio de Janeiro: Renovar, v. 2, 2004, p.149

teoria com o direito internacional contemporâneo, ante o crescimento numérico das instituições internacionais e das normas de direito internacional⁴⁰.

1.2.2 Teoria da vontade coletiva

Triepel, em sua clássica *Völkerrecht und Landesrecht*, afirma se fundamentar o DI na vontade coletiva dos Estados, manifestada expressamente nos tratados e tacitamente nos costumes.⁴¹

A obra supra mencionada foi publicada em 1899, na cidade de Leipzig, Alemanha, época em que a soberania estatal absoluta não era questionada e as grandes questões internacionais eram resolvidas em conferências periódicas, prática iniciada 84 anos antes, com o término das guerras napoleônicas e o Congresso de Viena⁴². A consolidação das Organizações Internacionais como sujeitos do direito internacional somente ocorreu no século seguinte.

Em uma sociedade internacional composta (quase) exclusivamente por estados, escreveu Triepel: “se houver um Direito Internacional, este só pode se aplicar às relações coordenadas entre os Estados”⁴³. O direito internacional tinha como único foco o Estado.

Sobre o direito como um todo, afirmava:

O que denominamos Direito em um sentido objetivo é um epítome de um determinado conjunto de normas jurídicas. O que é, contudo, uma norma jurídica? Não é uma oração no sentido gramatical, não é um juízo de valor lógico, não é uma declaração sobre o Direito existente, mas a declaração de uma vontade, com o objetivo de limitar as esferas da autonomia individual; uma vontade que, por motivos por ora deixados de lado, é capaz de limitar a

⁴⁰ SHAW, M. N. **International Law**. 7. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, 7.

⁴¹ MELLO, C. D. D. A. **Curso de direito internacional público**, 15ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, v. 2, 2004, p.149.

⁴² SHAW, M. N. **International Law**. 7. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, pp.1282-1283

⁴³ „Wenn es ein Völkerrecht giebt, kann es nur für die Verkehrsbeziehungen koordinirter Staaten unter einander gelten“ In: TRIEPEL. H. **Völkerrecht und Landesrecht**, 1ªed., Leipzig: Verlag Von C. L. Hirschfeld, 1899, p.20.

autonomia individual e cujo conteúdo é vinculante; em suma, uma vontade superior à vontade individual.⁴⁴

Todo o direito tem, para Triepel sua validade fundamentada em uma vontade. Curiosamente, a questão dos fundamentos do direito internacional, até hoje, tem solução relativamente simples em sua sistematização – ao menos mais simples do que a encontrada por ele para justificar o direito interno, fato que não lhe passou despercebido, tendo afirmado: “de pronto, devo ressaltar que a resposta apresenta menor dificuldade comparativa do que a resposta à pergunta correspondente em relação ao direito interno”⁴⁵.

De fato, se, para Triepel, o direito internacional regula apenas relações entre estados e esses seriam os únicos sujeitos de direito internacional, a vontade fundamentadora do direito teria, necessariamente, que ser a vontade dos estados. O autor, contudo, faz uma ressalva deveras relevante:

É óbvio que essa vontade, que deveria ser obrigatória para a maioria dos Estados, não pode pertencer a um único Estado. (...) A vontade de um único Estado não pode ser uma fonte de Direito Internacional. (...) Mas se a vontade única de um Estado não pode produzir o Direito Internacional, então é concebível que uma vontade total ou coletiva, que surja da combinação dessas vontades individuais, seja capaz de realizar tal tarefa.⁴⁶

A vontade coletiva, posta por Triepel como o fundamento da obrigatoriedade do direito internacional, seria exteriorizada explicitamente nos tratados e tacitamente nos costumes⁴⁷.

⁴⁴ „Was wir Recht im objektiven Sinne nennen, ist ein Inbegriff einzelner Rechtssätze. Was ist aber ein Rechtssatz? Es ist kein Satz im grammatischen, kein Urtheil im logischen Sinne, nicht „Aussage“ über bestehendes Recht -, sondern der zum Zwecke der Abgrenzung menschlicher Willenssphären erklärte Inhalt eines Willens, und zwar eines Willens, der aus jetzt vorläufig bei Seite bleibenden Gründen menschliche Wille zu bestimmen in der Lage, dessen Inhalt für sich „verbindlich“ ist, kürzer ausgedrückt eines dem Einzelwillen überlegenen Willens.“ In: TRIEPEL, H. **Völkerrecht und Landesrecht**, 1ªed., Leipzig: Verlag Von C. L. Hirschfeld, 1899, pp.28-29

⁴⁵ „Ich darf von vornherein bemerken, dass die Antwort in einer Hinsicht weniger Schwierigkeiten bereitet, als die entsprechende Frage im Bereich des Landesrechts“ In: TRIEPEL, H. **Völkerrecht und Landesrecht**, 1ªed., Leipzig: Verlag Von C. L. Hirschfeld, 1899, p.31.

⁴⁶ „Nun ist es aber sofort einleuchtend, dass dieser Wille, der für eine Mehrheit von Staaten verbindlich sein soll, nicht einem Staate allein angehören kann. (...) Der Wille eines einzelnen Staates kann nicht Quelle von Völkerrecht sein. (...) Vermag aber kein Einzelwille eines Staats Völkerrecht zu erzeugen, so ist es allein denkbar, dass ein durch Verbindung dieser Einzelwillen entstehender Gesamt- oder Gemeinwille solche Aufgabe zu erfüllen im Stande ist.“ In: TRIEPEL, H. **Völkerrecht und Landesrecht**, 1ªed., Leipzig: Verlag Von C. L. Hirschfeld, 1899, p.32.

⁴⁷ TRIEPEL, H. **Völkerrecht und Landesrecht**, 1ªed., Leipzig: Verlag Von C. L. Hirschfeld, 1899, p.33.

Ao analisar a formulação de Triepel, em comentário que se aplica igualmente à teoria do consentimento das nações, Shaw afirma:

Isso conduziu a um paradox. Poderia essa vontade coletiva vincular Estados individuais e, caso positivo, por quê? Aparentemente, isso levaria à conclusão que a vontade de um Estado soberano poderia dar à luz uma norma sobre a qual não tenha nenhum controle. A vontade do Estado não seria, portanto, suprema, mas inferior a um conjunto de vontades de Estados⁴⁸

Outras críticas são apontadas por Celso Mello, que afirma não ser a teoria da vontade coletiva capaz de justificar o porquê de um novo estado estar vinculado a um costume internacional que lhe precede, em cuja formação, portanto, sua vontade não foi levada em consideração.

De todo modo, a teoria foi desenvolvida em momento histórico específico, no qual, como já dito, a soberania estatal era absoluta e o único sujeito do direito internacional, não sendo compatível com o direito internacional atual.

1.2.3 Teoria do consentimento das nações

Lassa Oppenheim, nascido alemão, naturalizado inglês, é um dos principais responsáveis pelo desenvolvimento e pela propagação da teoria do consentimento das nações⁴⁹.

Oppenheim define direito como *“um conjunto de regras para a conduta humana dentro de uma comunidade, o qual, pelo consentimento coletivo dessa comunidade, deva ser executada por um poder externo”*.⁵⁰ . Ora, sendo o direito resultado do consentimento comum de uma comunidade, o autor passa a analisar o significado de consentimento comum, afirmando que, se a comunidade permanece a

⁴⁸ *“This led to a paradox. Could this common will bind individual states and, if so, why? It would appear to lead to the conclusion that the will of the sovereign state could give birth to a rule over which it had no control. The state will was not, therefore, supreme but inferior to a collection of states’ wills.”* In: SHAW, M. N. **International Law**. 7. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, 29.

⁴⁹ MELLO, C. D. D. A. **Curso de direito internacional público**. 15ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, v. 2, 2004, p.150

⁵⁰ *“[A] body of rules for human conduct within a community which by common consent of this community shall be enforced by external power”* In: OPPENHEIM, L. **International Law: a treatise**. London: Longmans, Green and Co., v. I, 1905, p.8.

mesma, apesar de haver constante modificação dos seus membros por nascimento ou morte de indivíduos, por exemplo,

“Consentimento coletivo” só pode significar o consentimento expresso ou tácito de uma maioria acachapante dos membros ao ponto de a dissidência ser de importância insignificante e desaparecer completamente da perspectiva de alguém que busque a vontade coletiva como uma entidade em oposição à dos seus membros individuais.⁵¹

Aplicando essa lógica ao fundamento do direito internacional, Oppenheim conclui que esse necessariamente deriva do consentimento coletivo das nações, considerando-se como tal a vontade majoritária das nações⁵². Ressalta o autor que novos estados somente são admitidos à “família de nações” ao consentir com o corpo de normas internacionais existentes no momento de sua admissão, não afetando, portanto, o consentimento majoritário⁵³.

A visão de Oppenheim é fruto de um mundo governado pelas Grandes Potências, em especial pelo poderoso Império Britânico. Como resultado, entendia que:

- o direito internacional requeria um equilíbrio entre as Grandes Potências para subsistir;
- o direito internacional deveria estar de acordo com o interesse dos Estados (incluindo seus interesses econômicos) para prosperar;
- as forças do nacionalismo eram fortes demais para serem contidas;
- o direito internacional precisaria, portanto, do devido tempo para amadurecer, assim, a criação da Corte Permanente de Arbitragem foi um passo bem-vindo rumo à codificação do direito internacional; e
- o desenvolvimento do direito internacional dependia ainda mais dos padrões de moralidade pública.⁵⁴

⁵¹ “‘Common consent’ can therefore only mean the express or tacit consent of such an overwhelming majority of the members that those who dissent are of no importance whatever and disappear totally from the view of one who looks for the will of the community as an entity in contradistinction to its single members.” In: OPPENHEIM, L. **International Law**: a treatise. London: Longmans, Green and Co., v. I, 1905, p.15

⁵² OPPENHEIM, L. **International Law**: a treatise. London: Longmans, Green and Co., v. I, 1905, p.16

⁵³ OPPENHEIM, L. **International Law**: a treatise. London: Longmans, Green and Co., v. I, 1905, p.17.

⁵⁴ “- international law needed an equilibrium among the Great Powers in order to subsist;
- international law should be in accordance with the interest of States (including their economic interests) in order to prosper;
- the forces of nationalism were too strong to be stopped;
- international law would need due time to ripen, thus the establishment of the Permanent Court of Arbitration was a welcome step towards the codification of international law; and

Como se vê, a teoria do consentimento das nações visava fundamentar um direito internacional que não mais existe, possuindo, portanto, apenas relevância histórica.

1.2.4 Teoria da delegação do direito interno

A teoria em questão, cujo defensor principal fora Max Wenzel, parte do pressuposto que a lei nacional subsume e prevalece sobre o direito internacional. Por tal razão, o direito internacional não existiria como direito propriamente dito, mas como um conjunto de normas que seria posto de lado se, e quando, isso favorecesse os estados poderosos⁵⁵.

A soberania absoluta do Estado implica na impossibilidade de sua submissão a uma autoridade, assim, o direito internacional seria nada mais do que a projeção externa do direito interno daquele Estado, negando por completo a existência de qualquer tipo de direito verdadeiramente internacional⁵⁶.

1.3 **Teorias objetivistas**

As teorias objetivistas defendem existir algo além da vontade dos Estados que torna o direito internacional obrigatório. As principais teorias objetivistas serão expostas a seguir.

1.3.1 Teoria da norma base

Hans Kelsen, desenvolvedor da teoria da norma base, descrevia sua Teoria Pura do Direito como, "por excelência", uma teoria do positivismo jurídico. Com isso, isentava-se das dificuldades no que diz respeito aos fundamentos da lei que até

- *the development of international law further depended on the standard of public morality*". In: SCHMOECKEL, M. Lassa Oppenheim. In: FASSBENDER, B.; PETERS, A. **The Oxford handbook of the history of international law**. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 1152-1155, pp. 1154

⁵⁵ WENZEL, M. **Juristische Grundprobleme** – Zugleich eine Unterschuhung zum Begriff des Staates und Problem des Völkerrechts, Berlin: Dümmler Verlag, 1920, p. 513.

⁵⁶ KOLB, R. **Truyol y Serra's Doctrines of International Law**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2018, p.88.

então eram experimentados por positivistas. De fato, uma doutrina do fundamento do Direito não pode ser apresentada com base puramente empírica; não pode repousar sobre um fato simples ou um simples ato de vontade - sem alguma base metafísica mínima, qualquer explicação permanecerá circular. Afinal, como se poderia supor que um fato ou um ato de vontade, pudesse criar o Direito, a menos que algum preceito normativo preexistente lhe conferisse a faculdade de fazê-lo? A teoria de Kelsen tentou tornar mínima essa metafísica, a fim de fornecer ao positivismo uma base sólida. Dessa maneira, Kelsen estava dando um passo à frente, do voluntarista ao positivismo normativista⁵⁷.

Outro traço distintivo da teoria foi o neo-Kantianismo dos positivistas de Viena, dos quais Kelsen era o representante mais eminente. Esta escola fez uma clearseparation entre os mundos da *sein* (ser) e do *sollen* (dever ser), pois é necessário o exercício de um juízo de valor antes de se poder mover do ser para o dever ser. O mundo da causalidade é claramente separado do mundo da finalidade. Nunca se pode concluir, pelo fato de que algo 'é', que assim deveria ser. Portanto, se as obrigações legais tivessem uma base real, teria que haver uma norma, ou pelo menos algo normativo, que precedeu o fato. Kelsen não podia aceitar que esse reduto normativo preexistente pudesse ser encontrado no direito natural. A única solução, portanto, possível era postular a existência de uma norma fundamental, como uma hipótese científica de primeira ordem. Ele foi influenciado nesse ponto pelas ciências naturais, e especialmente pela física do início do século XX⁵⁸. Daí emergiu seu positivismo normativista, a validade de toda norma legal repousando sobre uma norma superior (e não sobre um simples fato) e, finalmente, até a norma fundamental.

Finalmente, em mais um traço positivista, Kelsen acreditava que o exame científico do direito deveria basear-se em métodos e orientações puramente legais e científicos, bem distintos de outras perspectivas, como a sociológica, a política, a física, a moral e assim por diante. Essa foi uma dicotomia positivista clássica, baseada na crença na possibilidade, ou mesmo necessidade, de tratar os fenômenos sociais dessa maneira. O objetivo supremo desta teoria do direito era

⁵⁷ KOLB, R. **Truyol y Serra's Doctrines of International Law**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2018, p.110.

⁵⁸ OPOCHER, E. **Lezioni di filosofia del diritto**, Padua: CEDAM, 1983, p. 147.

usar métodos "puros" para manter a pureza do Direito como um corpus científico. Tais métodos puros só poderiam ser lógicos e formais, pois, caso contrário, sua pureza seria perdida na inexatidão. Se alguém quisesse conceber o direito como uma realidade social, política ou outra, seria livre para fazê-lo. Mas, para o jurista, o Direito poderia operar apenas como um corpus positivo, que poderia ser abordado como a campo formalmente perfeito para estabelecer normas e competências. As principais tarefas científicas envolvidas também incluíam manter a pureza desse corpus jurídico e preservá-lo da contaminação por considerações políticas ou outras que eram estranhas à lei. A grande ansiedade de Kelsen era evitar a manipulação política e ideológica do Direito. O Direito não deve servir como instrumento de qualquer orientação política ou luta de qualquer espécie. Para Kelsen e sua escola, qualquer posição ou dogma jurídico material não era, portanto, uma questão de ciência, mas de política⁵⁹.

Celso Mello conseguiu sintetizar de forma excepcional a teoria da norma-base nos seguintes termos:

Considera este autor que todo conhecimento conduz à unidade. Partindo desta afirmação, ele construiu a teoria da pirâmide, ou dos degraus ("Stufenbautheorie"). A validade de uma norma depende da que lhe é imediatamente superior. No vértice da pirâmide estaria situada a norma fundamental ("Grundnorm"). Na sua primeira fase, Kelsen afirmou que esta norma poderia ser qualquer uma. Todavia, posteriormente, ele saiu do seu indiferentismo e considerou que ela seria a norma costumeira "pacta sunt servanda". A norma fundamental, para Kelsen, é uma hipótese, que não necessitava de justificação.

Posteriormente, Kelsen rejeitou a teoria da "pacta sunt servanda" e passa a considerar como fundamento do DIP "uma norma que institua como fato gerador do Direito o costume constituído pela conduta recíproca dos Estados".⁶⁰

1.3.2 Teoria da solidariedade

⁵⁹ KOLB, R. **Truyol y Serra's Doctrines of International Law**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2018, p.111.

⁶⁰ MELLO, C. D. D. A. **Curso de Direito Internacional Público**. 15ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, v. I, 2004, p.151.

Assim como a doutrina de Kelsen, o trabalho de Léon Duguit representou afastamento completo das doutrinas até então predominantes. Duguit e Kelsen compartilhavam a oposição à teoria da personalidade do Estado, o que resultou na mesma aproximação entre o direito internacional e interno e, em concepção monista com primazia do primeiro. Mas essas foram as únicas similaridades. O realismo sociológico de Duguit é o oposto extremo da lógica transcendental de Kelsen⁶¹.

Para Duguit, o fundamento do Direito era a solidariedade, a interdependência da espécie humana, de onde resultou o surgimento de regras sociais essenciais para a própria subsistência, na medida em que, sem essas, a vida em comum seria impossível. Tais regras sociais, econômicas e morais, tornaram-se jurídicas quando os membros de um dado grupo social perceberam que a observância a essas normas era imprescindível para o próprio funcionamento da sociedade⁶². Tal solidariedade, contudo, não termina nos limites do Estado, cruzando as fronteiras, dando origem ao direito internacional.

1.3.3 Teoria do monismo intersocial

George Scelle, discípulo de Duguit, foi o responsável pelo desenvolvimento desta doutrina. Para Scelle, o Direito é o resultado de um fato social, é um ser, originado de leis de ordem biológica, que regem o ser humano como um ser social⁶³.

Na lógica de Scelle, *“o equilíbrio social só pode ser mantido com forças coercitivas que resultam das leis naturais, uma vez que sem elas a vida social estaria ameaçada”*⁶⁴. Dessa forma, grupos sociais secretariam normas jurídicas, fato replicado no plano internacional, no qual o direito internacional retiraria sua obrigatoriedade da necessidade dos grupos sociais que dele dependem em manter o equilíbrio social. O direito teria um fundamento biológico portanto.

⁶¹ VISSCHER, C. **Théories et réalités en droit international public**, Paris : A Pedone, 1953, p.80.

⁶² DUGUIT, L. **Traité de droit onstitutionnel**, tome I, 2a. ed., Paris : Ancienne Librairie Fontemoing, 1921, p.57.

⁶³ KOLB, R. **Truyol y Serra's Doctrines of International Law**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2018, p.132.

⁶⁴ MELLO, C. D. D. A. **Curso de Direito Internacional Público**. 15ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, v. I, 2004, p.152.

1.3.4 Teorias jusnaturalistas contemporâneas

No início do século XX, diversos doutrinadores, em reação às diversas abordagens positivistas até então predominantes, resgataram longa tradução filosófica consistente na existência do direito natural, conceito de conteúdo controverso, mas que, em geral, considera a existência de princípios de convivência social baseadas na natureza das coisas e do ser humano que refletem considerações de dever e de justiça, inteligíveis pelo ser humano médio através do uso de formação, e que podem ser traduzidos em desenvolvidos em formas de direito positivo, como resposta a necessidades sociais⁶⁵. Nessa lógica, o Direito Internacional teria seu fundamento na própria ideia de direito e de justiça⁶⁶.

⁶⁵ KOLB, R. **Truyol y Serra's Doctrines of International Law**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2018, p.147.

⁶⁶ ARÉCHAGA, E.J.; ARBUET-VIGNALI, H. RIPOLL, R.P. **Derecho internaciona público**, tomo I, Montevideo: FCU, 2005, p.96.

2 ESTADO DE CRISE OU CRISE DO ESTADO

Era preciso deixar Rerik, em primeiro lugar, porque nada acontecia em Rerik; em segundo lugar, porque Rerik havia matado seu pai; em terceiro lugar, porque havia Zazibar, a longíngua Zanzibar, Zanzibar após o alto-mar, Zanzibar, a motivação final.

Alfred Andersch

Em “Estado de Crise”, os sociólogos Zygmunt Bauman e Carlo Bordoni, dialogam sobre a crise econômico-social iniciada em 2008, mais de uma década, portanto, antes da apresentação da presente tese. Bordoni define crise como “*algo positivo, criativo e otimista, pois envolve mudança e pode ser um renascimento após uma ruptura*”, sendo “*o fator que predispõe à mudança, que prepara para futuros ajustes sobre novas bases*”⁶⁷.

O direito internacional vive profunda crise, crise esta que, a nosso ver, é de um de seus sujeitos, o principal deles, é verdade, mas um de seus sujeitos – o Estado. Para analisar o processo atual de transformação do direito internacional, Reisman⁶⁸ entende imprescindível levar em consideração tendências em oito distintas dimensões da sociedade internacional: a dimensão demográfica; a etno-cultural; a histórica, a econômico-ambiental, a do sistema de guerras; a científica e tecnológica; a de interdependência da comunidade mundial; e a da soberania estatal.

De acordo com o mencionado autor, o aumento massivo de população de determinadas áreas do globo implicam em impacto não apenas nos limites dos Estados, mas impactos transfronteiriços.

Pressões demográficas, conforme mencionado, também levam as pessoas a migrar dos países pobres para países mais desenvolvidos, fugindo de circunstâncias desesperadoras e procurando melhores oportunidades de

⁶⁷ BAUMAN, Zygmunt; BORDONI, Carlo. Estado de Crise. Rio de Janeiro, Zahar, 2016, p.11.

⁶⁸ REISMAN, W.M. The quest for world order and human dignity in the twenty-first century: constitutive process and individual commitment. In: _____ Recueil des cours, 2012. Haia: [s.n.], 2012, pp.46 e seguintes.

vida. Através da história da nossa espécie, migração vem sido uma estratégia de sobrevivência, mas sua escalar foi frequentemente limitada por barreiras naturais e transposters primitivos. Agora, o transporte permite movimentações em massa repentidas, virtualmente imprevisíveis, com a possibilidade de superestressar e colocar em risco as próprias oportunidades, econômicas e outras, que tornam certos Estados ímãs para a imigração. Em muitos casos, contudo, o movimento demográfico pode apenas transportar problemas para novas localidades⁶⁹.

Simultaneamente, a circulação internacional de bens e serviços implicaria em fortes impactos culturais, como ocorreria, por exemplo, com a competição imposta por uma unidade de fast food na culinária local, ou com a dominação de padrões de vestuário ocidentais em sociedades como a japonesa. Tais movimentos impactam diretamente no comportamento dos Estados, seja através da adoção de medidas para a preservação da cultura local ou em protecionismo econômico⁷⁰.

A dimensão histórica impacta no processo de evolução do direito internacional na medida em que boa parte de suas estruturas foram desenvolvidas ou no contexto dos grandes impérios europeus do início do século XX ou durante a Guerra Fria, fator que resulta em pressões implícitas ou explícitas por mudanças oriundas daqueles que não participaram do processo⁷¹.

Economicamente, o grau alcançado pelo movimento globalizante, com trilhões de dólares cruzando fronteiras, aproximadamente 90% dos quais referentes a fluxos financeiros sem qualquer relação com o comércio⁷² e a total incapacidade

⁶⁹ Original: “*Demographic pressures, as noted, also lead people to migrate from poorer to more developed countries, fleeing from desperate circumstances and seeking enhanced life opportunities. Throughout the history of our species, migration has been a survival strategy, but its scale has often been limited by natural barriers and primitive transportation. Now, transportation allows sudden, virtually unpredictable, mass movements with the possibility of over-stressing and putting at risk the very economic and other opportunities that make certain States into magnets for immigration. In many instances, however, demographic movement may simply shift problems to new locales.*” In: REISMAN, W.M. The quest for world order and human dignity in the twenty-first century: constitutive process and individual commitment. In: _____ Recueil des cours, 2012. Haia: [s.n.], 2012, p.48.

⁷⁰ REISMAN, W.M. The quest for world order and human dignity in the twenty-first century: constitutive process and individual commitment. In: _____ Recueil des cours, 2012. Haia: [s.n.], 2012, p.51.

⁷¹ REISMAN, W.M. The quest for world order and human dignity in the twenty-first century: constitutive process and individual commitment. In: _____ Recueil des cours, 2012. Haia: [s.n.], 2012, p. 55.

⁷² STEIL, B. ; LITAN, R. E. Financial Statecraft. New Haven: Yale University Press, 2008, p.3.

de qualquer Estado em regular tais movimentos diários implicam em modificações na balança de poder inesperadas. Muitas transnacionais, especialmente muitos bancos internacionais, possuem mais poderio econômico do que a maioria dos Estados nacionais, diminuindo o domínio prático desses sobre o sistema internacional.

As guerras também mudaram. Pretensos líderes de grupos não-nacionais possuem acesso a novas armas e a novas táticas de combate, bem como canais de comunicação antes inimagináveis, possibilitando o enfrentamento aos Estados tradicionais. A longa resistência do auto-intitulado Estado Islâmico do Iraque e do Levante no combate contra grandes potências ou, antes desse, os resultados da ação da Al-Qaeda, geram uma ameaça não tão paupável aos Estados nacionais, sendo esta utilizada para a criação e manipulação da ansiedade de sua população, sob o pretexto da necessidade de auto-defesa.

A manipulação da ansiedade é uma técnica padrão de controle social, usada politicamente, teologicamente e educacionalmente para induzir certos padrões de comportamento preferidos. O termo “gestor de ansiedade” é usado para referir à aqueles cujos papéis, sejam políticos ou teológicos, são especializados em fazer com que membros de determinado grupo se tornem suficientemente cientes de ameaças para a segurança, internas ou externas, para que se tornem prontamente mobilizáveis. A técnica é simples: o gestor, com inteligência “única” que não pode ser reveladas sem expor fontes necessariamente secretas que são, por si mesmas, vitais para a manutenção da segurança, testemunha o perigo externo, para que os membros do grupo contribuam para a defesa contra esse.⁷³

O ressurgimento das relações econômicas integradas em grande parte do planeta após a interrupção de duas guerras mundiais criou interdependências que

⁷³ No original: “The manipulation of anxiety is a standard technique of social control, used politically, theologically, and educationally to induce certain preferred patterns of behaviour. The term “anxiety manager” is used to refer to those whose role, whether political or theological, is specialized to making group members sufficiently aware of the threats to security, from within and without, so that they can be readily mobilized. The technique is simple: the manager, with “unique” intelligence which cannot be revealed lest it expose the necessarily secret sources which are themselves vital for security, testifies to the external danger, in order for group members to contribute to defence against it” REISMAN, W.M. The quest for world order and human dignity in the twenty-first century: constitutive process and individual commitment. In: _____ Recueil des cours, 2012. Haia: [s.n.], 2012, p. 56.

têm efeitos importantes em todos os níveis da organização social, de global a subnacional. No entanto, paradoxalmente, as relações integradas também criaram novos obstáculos e oportunidades para a implementação dos padrões emergentes nos quais essa organização se baseia. O movimento mais rápido e barato dos povos ao redor do planeta, em contraste com as migrações geracionais mais medidas das épocas anteriores, transformou as comunidades territoriais mais eficientes (os alvos da migração interna) dos Estados em grande parte tribais em que estavam. passado em comunidades cada vez mais heterogêneas. Muitos dos habitantes dessas comunidades heterogêneas possuem sistemas de identidade complexos nos quais as lealdades agora são frequentemente compartilhadas com o Estado "anfitrião" e outras comunidades territoriais e não territoriais. A "heterogeneização" de muitos estados é um desenvolvimento com grandes consequências para muitas das dimensões do processo social mundial.

À medida que o mundo alcança um estado de pico no consumo de recursos, com uma população global cada vez maior cujas demandas materiais agora refletem as das partes mais desenvolvidas do Ocidente, as inovações efetuadas pela aplicação da ciência e da tecnologia representam uma estratégia não-violenta urgente para alcançar um ordem mundial sustentável.

A interdependência, o subproduto mais sutil da interação global, nem sempre é apreciada. Mas, de fato, a interação global sustentada tornou a vida e a existência estável de mais e mais indivíduos dependentes de inúmeros fatores que operam além da comunidade local e das fronteiras nacionais. Em nenhum setor o fato da interdependência é mais manifesto do que na busca pela riqueza. Nenhum estado contemporâneo pode alcançar ou sustentar um nível desejado de atividade econômica de forma autônoma. A geração de riqueza em todos os países passou a exigir recursos, habilidades, mão-de-obra, bens e mercados além de suas próprias fronteiras. A qualidade de uma colheita na Argentina afeta a troca de mercadorias em Chicago; uma greve ferroviária na Suécia interrompe ou debilita o tráfego ferroviário na França e, por sua vez, em toda a Europa. uma greve de cobre no Chile fecha fábricas nos Estados Unidos, enquanto uma suspensão da exportação de terras raras da China fecha fábricas no Japão e isso, por sua vez, interrompe as cadeias de suprimentos para fabricar uma ampla variedade de produtos e componentes em muitos outros países .

Isso, por sua vez, leva ao desemprego em outros países, agitação trabalhista e consequências epidemiológicas. um surto bacteriano na Alemanha atrapalha o setor agrícola na Espanha. O colapso de uma bolsa de valores em Xangai pode derrubar ações em Nova York, São Paulo, Paris, Milão, Frankfurt e Tóquio. uma revolta popular na Líbia eleva o preço do petróleo, agravando a recessão nos países a jusante. A suspensão da transmissão de gás na Rússia afeta as economias e a política da Europa e do mercado mundial. A má administração de uma economia nacional pode derrubar bancos em todo o mundo e desfazer acordos políticos e econômicos entre Estados.

O Estado é apresentado como o ator dominante nas teorias tradicionais do direito internacional, e, de fato, muitos dos objetivos do direito internacional contemporâneo não podem ser alcançados sem um sistema composto por Estados robustos; muitas das chamadas falhas do direito internacional são realmente falhas internas dos Estados. Mas quando analisamos a que lei internacional está agora vinculada, fica claro que em um número crescente de seus setores, a transnacionalização da atividade cívica está tornando insuficientes as partes correspondentes do aparato governamental do Estado para a proteção da ordem pública nacional. Quer se trate de esforços para manter economias nacionais viáveis, controlar saúde, crime, monopolização econômica, imigração ou proteção de propriedade intelectual e material, o governo de um único Estado, seja de superpotência ou microestado , não podem mais realizar o que se espera dele sem se prenderem a arranjos intergovernamentais cada vez mais complexos e duráveis. Não há exceções para esse fenômeno. A busca contínua por alianças, mesmo pelos Estados mais fortes, juntamente com os limites à ação nacional inevitavelmente impostos por esses arranjos, gera e exacerba a ansiedade de outras pessoas que, por sua vez, devem buscar contra-alianças. A busca pela segurança nacional em um mundo interdependente tem efeitos ramificantes no sistema de guerra.

No entanto, se a concepção de segurança nacional for adotada para impedir a proliferação de armas nucleares e biológicas, impedir o movimento transnacional de doenças, proteger o meio ambiente e garantir a estabilidade do valor da moeda, as instituições financeiras e mercados externos - para mencionar apenas alguns itens prioritários comumente aceitos - a subordinação das nações a acordos internacionais parece inevitável. Tais demandas colocam problemas políticos e tensões internas decorrentes para a condução de assuntos governamentais nos

principais Estados, como Estados Unidos, China, Japão, Rússia, membros da União Européia, Índia e Brasil: imagine como eles olham para as elites e os rankings. e arquivo de Estados médios e pequenos, dos quais os menos eficientes agora devem depender rotineiramente de redes de organizações não-governamentais internacionais para fornecer serviços sociais básicos.⁷⁴ A vida econômica, o ambiente físico, a segurança nacional e a sobrevivência de um país são altamente e provavelmente cada vez mais dependentes de atores e ações que estão fora dos limites do país e não estão diretamente sujeitos ao seu governo. Assim, os membros das sociedades não podem empregar seu governo nacional, e muito menos seus governos locais, para exercer controle direto sobre atores externos cujas decisões afetam criticamente suas vidas.⁷⁵

Se a Europa, como laboratório regional, é um precursor, as burocracias transnacionais centralizadas podem tomar cada vez mais decisões que penetram profundamente no tecido da vida nacional e local. Não é de surpreender que essa tendência já tenha gerado contra-forças poderosas: o amplo espectro da reação anti-Maastricht na Europa, a crescente influência dos partidos políticos de extrema-direita em muitos continentes e o recrudescimento e, mais surpreendentemente, legitimação do isolacionismo na Europa, além, é claro, do processo de saída do Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte da União Européia, exemplos de política das antigas superpotências. Na Europa, mesmo a promessa de deferência à decisão local, o chamado princípio de “subsidiariedade”, não atenuou a reação.

No entanto, paradoxalmente, respostas racionais a essa condição cada vez mais “global” parecem sempre exigir e envolver a criação de mais alianças e estruturas governamentais mais transnacionais, o que por sua vez minimiza ainda mais as oportunidades de agência individual no país.

A globalização, por todos os seus benefícios manifestos e prometidos, tem uma parte inferior mais sombria que exacerba em muitos níveis, um sentimento de insegurança pessoal ou mesmo não essencial. Essas experiências obrigam alguns a

⁷⁴ REISMAN, W.M. The quest for world order and human dignity in the twenty-first century: constitutive process and individual commitment. In: _____ Recueil des cours, 2012. Haia: [s.n.], 2012, p. 72

⁷⁵ DAHL, R.A. **Democracy and its critics**. New Haven: Yale University Press, 1991., p.319

se lançarem em buscas desesperadas por segurança, proporcionando assim solo fértil para os defensores de sistemas autoritários. Trump. Bolsonaro. Orbán.

Essa síndrome foi reconhecida há muito tempo, assim como a receita para sua melhoria: uma função urgente da política e do direito internacional se torna a contenção da demagogia que incita e exacerba a ansiedade e, de maneira mais geral, o gerenciamento da ansiedade, tudo isso realizado de maneira compatível com sistemas de liberdade de expressão. Mas em um mundo composto por comunidades territoriais com todas as variações culturais, étnicas e históricas revisadas anteriormente, o gerenciamento e a contenção da ansiedade são um desafio formidável.

Em suma, o mundo do século XXI ao qual o direito internacional está vinculado é muito diferente da paisagem em que muitos dos postulados básicos do direito internacional foram criados e instalados.

O Direito Internacional teria surgido com viés humanista, atento ao papel da sociedade civil e do Estado, considerando este como mero meio para *“assegurar o ordenamento social consoante a inteligência humana, de modo a aperfeiçoar a ‘sociedade comum que abarca toda a humanidade’”*⁷⁶, mas logo passou a tratar o Estado como um fim em si mesmo, como o único sujeito realmente relevante.

Por décadas, o Direito Internacional foi definido como o ramo do direito destinado ao estudo das relações entre Estados no plano internacional⁷⁷, objeto óbvio de seu ramo público, mas também do Direito Internacional Privado.

Ao longo do século XX, contudo, o indivíduo passou a ter um papel cada vez mais relevante no Direito Internacional Público, tornando-se, em muitos de seus subsistemas, sujeito de direitos⁷⁸. Já no Direito Internacional Privado, cujos

⁷⁶ TRINDADE, A. A. C. A personalidade e capacidade jurídicas do indivíduo como sujeito do direito internacional. In: ANNONI, D. **Os Novos Conceitos do Novo Direito Internacional - cidadania, democracia e direitos humanos**. 1ª. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p.3.

⁷⁷Neste sentido: *“quanto à possibilidade de serem os indivíduos sujeitos de direitos internacionais, Kelsen é céptico: só é possível haver indivíduos sujeitos de direitos internacionais se houver um tribunal ao qual possam recorrer. Ressalta ainda que, se os há ou houver, serão casos excepcionais. Do contrário, o Direito Internacional seria igual ao Direito Interno”*In: LUPI, A. L. P. B. **Soberania, OMC e Mercosul**. 1ª. ed. São Paulo: Aduaneiras, 2001, p.108.

⁷⁸ Ressalte-se não ser minoritário o entendimento segundo o qual o indivíduo é sujeito de Direito Internacional como um todo. Neste sentido: *“não se pode falar em direitos do homem garantidos pela ordem jurídica internacional se o homem não for sujeito de DI. Dentro do mesmo raciocínio não poderíamos falar no criminoso de guerra, nem na proteção ao trabalhador dada pela OIT e nem*

interesses tutelados sempre foram, ao menos em teoria, predominantemente individuais⁷⁹, a doutrina básica, assim entendida a responsável pelo primeiro contato de graduandos com a disciplina, ainda enfatiza o caráter eminentemente estatal desta, valendo-se de mecanismos clássicos como a ordem pública⁸⁰ para fazer com que os interesses estatais prevaleçam, apesar de proliferarem os textos que defendem a ocorrência de uma modificação do objeto principal da disciplina, que teria passado a se preocupar precipuamente com a justiça material⁸¹.

O objetivo deste capítulo é analisar concisamente, sem qualquer pretensão de exaustividade, determinados fenômenos que marcaram a segunda metade do século XX e as duas primeiras décadas do século XXI e que, de certa forma, evidenciam a incapacidade de o Direito Internacional lidar com o mundo que se desenha.

mesmo se poderia lutar por uma Corte Internacional Criminal como se tem feito. MELLO, C. D. D. A. **Curso de direito internacional público**. 15ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, v. 2, 2004, P. 808

⁷⁹ Jacob Dolinger é claro ao realçar o caráter eminentemente privado da disciplina, afirmando que “o *Direito Internacional Privado praticamente só trata de interesses de pessoas privadas, sejam físicas ou jurídicas, e quando cuida de interesses do Estado, este figura tão-somente como membro da sociedade comercial internacional, mas não na sua manifestação de ente soberano*” DOLINGER, J. **Direito Internacional Privado - Parte Geral**. 9ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.6. Neste ponto, cabe uma ressalva: o ilustre doutrinador trata dos interesses imediatos tutelados, mas os mediatos são predominantemente estatais. De fato, é o indivíduo que tem o maior interesse na homologação de uma sentença estrangeira sobre o seu divórcio, por exemplo, mas não há como negar que também há um relevante interesse estatal envolvido, consistente no reconhecimento da sentença proferida por uma autoridade jurisdicional por um outro Estado, garantindo-se a efetividade da tutela prestada. Neste sentido, expõe Cláudia Lima Marques, em uma análise histórica do Direito Internacional Privado, que “*assim o objeto imediato do DIPriv seriam estas normas de direito público (e interesse prioritariamente estatal), semelhantes a outras normas instrumentais, como as de direito intertemporal e de processo civil, daí ser considerado o DIPriv. Como direito público na enciclopédia das disciplinas jurídica*” MARQUES, C. L. Ensaio para uma introdução ao direito internacional privado. In: DIREITO, C. A. M.; TRINDADE, A. A. C.; PEREIRA, A. C. A. **Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao prof. Celso D. de Albuquerque Mello**. 1ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.347.

⁸⁰ “*A ordem pública internacional deve ser vista como um anteparo armado pelo Direito Internacional Privado contra suas próprias regras, a fim de evitar que, no desiderato de respeitar e fortalecer a comunidade jurídica entre as nações, de construir a harmonia jurídica internacional, a fim de garantir a continuidade e fluidez do comércio internacional e a segurança das relações jurídicas internacionais, se criem situações anômalas em que princípios cardinais do direito interno de cada país sejam desrespeitados, que normas básicas da moral de um povo sejam profanadas ou que interesses econômicos de um Estado sejam prejudicados.*” DOLINGER, J. **Direito Internacional Privado - Parte Geral**. 9ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.440.

⁸¹ ARROYO, D. P. F. **Un derecho comparado para el derecho internacional privado de nuestros días**. 1ª. ed. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez, 2012, pp.47-51.

Pretende-se, assim, exemplificar como um mundo em crise, no qual os Estados cada vez mais dependem de elementos estranhos à sua própria estrutura, inviabilizam as visões clássicas do direito internacional.

2.1 O Direito Internacional Privado contemporâneo

O Direito Internacional Privado remonta ao *jus gentium* romano, “*sistema uniforme de normas diretas, substantivas, a ser aplicado a romanos e peregrinos sem distinções*”⁸². Até então, a regra era o não reconhecimento de direitos a estrangeiros nas mais diversas jurisdições e, em Roma, a aplicação de regras específicas, distintas das aplicáveis aos romanos, fato não tão gravoso, pois já representava uma evolução em relação à época em que viva-se em completo isolamento.

Na Alta Idade Média, a regra era a obediência ao princípio da personalidade das leis, substituído, na Baixa Idade Média, pela territorialidade das leis, típica dos regimes feudais. Somente com o desenvolvimento das teorias estatutárias se buscou, efetivamente, solucionar conflitos de leis.

A preocupação histórica do Direito Internacional Privado é, sem dúvida, o conflito de leis, mas este não é seu único campo de estudo, talvez sequer seja o seu objeto principal no século XXI.

De fato, na pós-modernidade, o comportamento humano adquiriu facetas até então inéditas, com a consolidação de dois fenômenos básicos identificados pelo sociólogo francês Michel Maffesoli como tribalismo e nomadismo, levando a dinâmica social a um nível de complexidade que extrapola o campo de atuação tradicional do Direito Internacional Privado⁸³.

⁸² DOLINGER, J. **Direito Internacional Privado - Parte Geral**. 9ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.130

⁸³ Erik Jayme se vale dos dois fenômenos em questão, conforme delimitados por Maffesoli, como relevantes para a compreensão do Direito Internacional Privado contemporâneo, conforme se depreende da seguinte passagem: “*Folgt man dem französischen Soziologen Michel Maffesoli, so werden die heutigen Lebensläufe bestimmt durch zwei Grundphänomene, nämlich den „nomadisme“ und den „tribalisme“.* Der heutige Mensch ist ständig unterwegs. Ferner bindet er sich an Gruppen. Beide Merkmale stehen in einem ständigen Dialog. Eine Betrachtung des Internationalen Privatrechts von außen, d.h. aus der Sicht postmoderner Wertvorstellungen und Phänomene vermag m.E. dem Fach neue Dimensionen und Erkenntnisse zu erschließen.” JAYME, E. **Zugehörigkeit und kulturelle Identität - Die Sicht des Internationalen Privatrechts**. 1ª. ed. Göttingen: Wallstein Verlag, 2012, p.31.

O tribalismo consiste na valorização da noção de pertencimento a um grupo, em detrimento ao sentimento de pertencimento a uma sociedade. As regras ditadas pelo microgrupo social passam a ter um valor para o indivíduo superior ao das normas jurídicas tradicionais. *“Deus (e a teologia), o Espírito (e a filosofia), o indivíduo (e a economia) cedem lugar ao reagrupamento. O homem não é mais considerado isoladamente”*⁸⁴.

Ao mesmo tempo em que cresce o sentimento de pertencimento a grupos específicos, diminui a noção de vinculação a um espaço territorial pré-determinado. Novamente, não se trata de um fenômeno inédito, eis que remonta à Antiguidade, com o mito de Tebas⁸⁵, que *“indica que é justamente o desejo de alhures, a sede do infinito, a adaptação ao estranho que garantem à cidade um fundamento estável”*⁸⁶. Há mais do que movimentação territorial envolvida, mas verdadeira movimentação social, na medida em que o indivíduo busca diferentes experiências para alcançar uma múltipla identidade sociocultural.

Esta inquietação inerente ao ser humano pós-moderno, identificada por Maffesoli como nomadismo, implica em uma constante movimentação territorial, facilitada pela revolução ocorrida nos setores de transportes e comunicação ao longo do século XX, resultando, por exemplo, em um aumento da migração. No âmbito jurídico, o nomadismo pode ser entendido como a constante e frequente

⁸⁴ MAFFESOLI, M. **O tempo das tribos - o declínio do individualismo nas sociedades de massa**. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010, p.129.

⁸⁵ Eis o mito de Tebas, conforme descrito por Michel Maffesoli: *“O mito de Tebas em Boécia, protótipo da cidade, fundada por Cadmos. Quando o mito começa, ela é administrada por um dos netos do fundador, Penteu. Trata-se de um sábio gestor. O tecnocrata do momento tendo evacuado toda desordem e disfunção. Ora, essa cidade racionalizada de propósito morre de atonia. Ela pagou pelo feito de não mais morrer de fome, morrendo de tédio. Está inanimada. Estritamente falando, não tem mais alma. É, então, que as mulheres da cidade, conduzidas por Agave, mãe do administrador sábio, vão procurar o outro neto do fundador, Dionísio. Este é o meteco absoluto. Está em Tessália, no outro lado do Mar Egeu. É oriental, portanto, estrangeiro na cidade. Além disso, é ambíguo sexualmente. É, com frequência, representado como tendo uma dupla face. De um lado, um folgazão barbudo e, de outro, o adolescente andrógino. Por fim, por oposição às divindades uranianas, voltadas pra o céu, é um deus ctoniano, enraizado, uma divindade arbustiva, portanto, estrangeiro em sua totalidade. As mulheres, então, o introduzem na cidade. São as famosas dionísias. A desordem é ritualizada. E a violência, canalizada. O sangue escorre a mínima. Penteu é condenado à morte, e isto é tudo. E graças a essa homeopatia da agressividade, a cidade é reavivada. Ela encontra sua alma.”* MAFFESOLI, M. **O tempo retorna - formas elementares da pós-moderindade**. 1ª. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012, pp.73-74

⁸⁶ MAFFESOLI, M. **O tempo retorna - formas elementares da pós-moderindade**. 1ª. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012, p.74.

troca do país de residência⁸⁷, com o sentimento pelo migrante de pertencimento a mais de um lugar.

No Brasil, os fenômenos supra identificados se repetem. Cláudia Lima Marques ressalta que

A nova valorização da identidade cultural fez renascer também no Brasil a plurinacionalidade, o que, como a massificação do turismo e do transporte, permitiu o crescimento do número de famílias multiculturais ou com mais de uma nacionalidade ou origem em solo brasileiro.⁸⁸

Para lidar com um homem nômade e tribal, o Direito como um todo precisou evoluir, repercutindo no Direito Internacional Privado. Diego Arroyo identifica os avanços tecnológicos recentes, como o registro eletrônico de garantias mobiliárias e o surgimento dos contratos e das apostilas eletrônicos, como uma das principais causas de mutação do Direito⁸⁹. Já Paulo Borba Casella chama atenção para as dificuldades de compatibilização entre o processo de institucionalização e codificação do Direito Internacional Privado ao longo do século XX e a crescente necessidade de atenção à diversidade cultural e às peculiaridades do homem pós-moderno⁹⁰.

O homem muda, o mundo muda. O fenômeno globalizante pós-moderno, com a crescente integração econômica e o aumento da mobilidade humana, tem como consequências “*o declínio do conceito de soberania e a redução do papel do Estado na articulação dos acontecimentos humanos*”⁹¹. O Estado, antes o único ator relevante no cenário internacional, passa a ter que conviver com outros atores, inclusive com os indivíduos.

⁸⁷ JAYME, E. **Zugehörigkeit und kulturelle Identität - Die Sicht des Internationalen Privatrechts**. 1ª. ed. Göttingen: Wallstein Verlag, 2012, p.31.

⁸⁸ MARQUES, C. L. Ensaio para uma introdução ao direito internacional privado. In: DIREITO, C. A. M.; TRINDADE, A. A. C.; PEREIRA, A. C. A. **Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo**: estudos em homenagem ao prof. Celso D. de Albuquerque Mello. 1ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.322

⁸⁹ ARROYO, D. P. F. **Un derecho comparado para el derecho internacional privado de nuestros días**. 1ª. ed. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez, 2012.

⁹⁰ CASELLA, P. B. Direito Internacional e dignidade humana. In: CASELLA, P. B.; RAMOS, A. D. C. **Direito Internacional**: Homenagem a Adherbal Meira Mattos. 1ª. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 265.

⁹¹ BEDIN, G. A. A sociedade atual e seus três grandes desafios políticos. In: CASELLA, P. B.; RAMOS, A. D. C. **Direito Internacional**: Homenagem a Adherbal Meira Mattos. 1ª. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p.167.

O enfraquecimento do Estado é avaliado positivamente por Cançado Trindade, na medida em que gradativamente resulta na *“emancipação do ser humano da tutela absoluta do Estado e ao reconhecimento do indivíduo como sujeito do direito internacional”*. Como consequência, surgem até mesmo novos ramos do Direito Internacional, como o Direito Internacional do Meio Ambiente, além do fortalecimento da proteção aos Direitos Humanos, com suas repercussões sobre todo o sistema.

Simultaneamente à relativização do conceito de soberania, fortalecem-se as organizações internacionais e os entes privados, com patente perda de importância de conceitos territorialistas, em virtude da virtualização da vida pós-moderna⁹². O Estado não é mais onipresente e, mesmo quando em exercício de seu poder de império, é limitado pela dignidade da pessoa humana – reconhece-se que *“o verdadeiro titular do interesse, nas relações protagonizadas pelos estados, ou seja, a parte em sentido material é, portanto, sempre o povo”*⁹³.

De fato,

o desenvolvimento do Direito Internacional Privado contemporâneo não se limita à mera análise das regras para solução de conflitos de leis no espaço, mas envolve intrinsecamente a própria manutenção da dignidade humana em todas as suas dimensões: homem ou mulher, adulto ou criança, nacional ou estrangeiro, consumidor ou fornecedor, para todas as possíveis implicações plurilocalizadas. Dessa forma, pode-se vislumbrar uma releitura contemporânea do conteúdo da disciplina a partir de sua vocação dinâmica a fim de estudar os fenômenos jurídicos acarretados pelos diversos fluxos sociais contemporâneos.

Por certo, o ganho de importância dos Direitos Humanos, seja no âmbito do Direito Internacional Público, seja no âmbito do Direito Internacional Privado, não decorre tão somente da positivação de tais direitos, mas, sobretudo, do alargamento do rol legitimados a atuar perante as instâncias internacionais existentes.

No âmbito interamericano, sempre vigorou a total impossibilidade de acesso dos indivíduos à Corte Interamericana de Direitos Humanos. Contudo, em 2001,

⁹² ARROYO, D. P. F. **Un derecho comparado para el derecho internacional privado de nuestros días**. 1ª. ed. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez, 2012.

⁹³ CASELLA, P. B. Direito Internacional e dignidade humana. In: CASELLA, P. B.; RAMOS, A. D. C. **Direito Internacional: Homenagem a Adherbal Meira Mattos**. 1ª. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p.267.

a Corte revisou substancialmente as suas Regras de Procedimento para, de forma mais efetiva, assegurar a representação das vítimas perante a Corte. Ainda que indivíduos e ONGs não tenham acesso direto à Corte, se a Comissão Interamericana submeter o caso perante a Corte, as vítimas, seus parentes ou representantes podem submeter de forma autônoma seus argumentos, arrazoados e provas perante a Corte⁹⁴.

Ainda que não se trate de acesso direto nos moldes do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, a participação de indivíduos no decorrer de processos em tramitação perante a Corte Interamericana é um forte sinalizador da crescente importância de tais direitos na sociedade internacional.

A repercussão dos Direitos Humanos nas relações jurídicas privadas se revela como um dos principais moldes do Direito Internacional Contemporâneo, seja através do reconhecimento do *forum necessitatis* no âmbito do processo civil, como forma de evitar denegação de acesso à justiça, ou da garantia de direitos a minorias⁹⁵. O Direito Internacional Privado passa a ter sua vocação “*como forma de efetivar a proteção da dignidade humana e assegurar o seu bem-estar*”⁹⁶ amplamente reconhecida.

Paralelamente ao aumento da influência dos Direitos Humanos no Direito Internacional Privado, registra-se a existência de relevante movimento pelo reconhecimento das estruturas de poder informais, com o conseqüente aumento da participação das corporações como fonte de direito, e não mais mera *softlaw*⁹⁷. Apesar da sua importância e de sua patente influência no Direito Internacional Privado Contemporâneo, nos absteremos de abordá-lo no presente tópico, focado nos fenômenos tipicamente de interesse das pessoas físicas, em especial as mais vulneráveis, iniciando-se pela condição jurídica do estrangeiro, seguida pelos deslocamentos forçados, seja em razão de conflitos armados ou situações

⁹⁴ PIOVESAN, F. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 10ª. ed. São Paulo: [s.n.], 2009, p.263.

⁹⁵ ARROYO, D. P. F. **Un derecho comparado para el derecho internacional privado de nuestros días**. 1ª. ed. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez, 2012.

⁹⁶ RIBEIRO, M. R. D. S.; ALMEIDA, B. Do conflito aparente de normas no espaço à cinemática jurídica global: conteúdo do direito internacional privado contemporâneo. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, Rio de Janeiro, 1, n. 20, 2011, p.20.

⁹⁷ WATT, H. M. Private International Law as Global Governance: Beyond the Schize, from Closet to Planet. **Transational Legal Theory**, 2, 2011, p.53.

excepcionais no local de origem, seja pelo uso de meios odiosos de formação de convencimento, como os adoados em casos de tráfico internacional de pessoas, e, finalmente, abordando dois temas relevantes de processo internacional, quais sejam o *forum necessitatis* e a cooperação jurídica em matéria penal.

2.1.1 A condição jurídica do estrangeiro – a crescente importância da identidade cultural

A identidade cultural pode ser definida como a autoimagem, consciente ou não, de pertencente a um grupo distinto, cujos integrantes se distinguem dos demais em razão de diversos fatores sociais, como língua, religião, tradições, usos e costumes ou filosofia de vida⁹⁸. Trata-se de elemento extremamente subjetivo e fluido, mas que melhor exterioriza a noção de pertencimento da parte.

Como se sabe, o Direito Internacional Privado tem como um de seus objetos clássicos a solução do conflito de leis, o que faz a partir da identificação dos ordenamentos jurídicos com os quais cada aspecto relevante de determinada relação possui um vínculo para, a partir daí, determinar qual será a lei aplicável no caso. Um desses aspectos relevantes certamente é o estatuto pessoal das partes envolvidas, que, em regra, é definido pelo ordenamento ao qual a pessoa pertence – normalmente o do domicílio ou o da nacionalidade. O objetivo final deste processo é a Justiça, com a aplicação das regras que melhor se aplicam, mas nem sempre esta é alcançada, pois nem sempre a pessoa possui vínculos efetivos com o Estado no qual é domiciliada ou do qual é nacional.

O incremento dos movimentos migracionais, após período de relativa baixa, fez com que surgissem em países como a Alemanha verdadeiros enclaves culturais, regiões nas quais a maior parte da população, se não a sua totalidade, possuem vínculo efetivo com seu Estado de origem, mantendo sua língua, suas tradições, seus valores⁹⁹, dando origem a um quadro de verdadeira coabitação jurídica de

⁹⁸ MANSEL, H.-P. Die kulturelle Identität im Internationalen Privatrecht. In: NOLTE, G., et al. **Pluralistische Gesellschaften und Internationales Recht**. Heidelberg: C.F.Müller, 2008. p. 144.

⁹⁹ MANSEL, H.-P. Die kulturelle Identität im Internationalen Privatrecht. In: NOLTE, G., et al. **Pluralistische Gesellschaften und Internationales Recht**. Heidelberg: C.F.Müller, 2008. p. 152.

direitos divergentes¹⁰⁰. Por outro lado, não são incomuns as situações nas quais a situação contrária aconteça – o indivíduo não possua nenhum contato efetivo com o Estado de sua nacionalidade – pensemos, por exemplo, no indivíduo que resida em um país que adote tão somente o regime do *ius solii* e apenas acidentalmente – durante uma viagem de férias dos pais, por exemplo - nasça no território de outro país com legislação idêntica. Assim, ambos os critérios clássicos podem criar situações de clara injustiça, com a aplicação de regras não desejáveis.

Para solucionar tal problema, alguns acadêmicos, dentre os quais destaca-se Erik Jayme, sugerem a adoção da identidade cultural, se não como o elemento de conexão relevante para a determinação do Estatuto Pessoal, ao menos como um elemento negativo, afastando-se o ordenamento apontado pelas regras clássicas, quando totalmente incompatíveis com a identidade cultural do indivíduo afetado.

2.1.2 Deslocamentos forçados

Os deslocamentos humanos forçados surgiram como fenômeno contemporâneo de grande relevância durante a Segunda Guerra Mundial, com o decreto conhecido como *Nacht und Neben*¹⁰¹ expedido por Adolf Hitler e, posteriormente, com as práticas sistemáticas das ditaduras latino-americanas da segunda metade do século XX¹⁰². A maior parte desses deslocamentos seriam hoje caracterizados como desaparecimentos forçados¹⁰³, mas nele também estão

¹⁰⁰ BADÁN, D. O. *Conflit de lois et droit uniforme dans le droit international privé contemporain: silemme ou convergence*. In: _____ **Recueil des cours**, 2012. Haia: [s.n.], 2012. p. 77.

¹⁰¹ O decreto *Nacht und Nebel* (noite e névoa) determinava a prisão e extração de inimigos do Reich dos territórios ocupados e resultou na transferência e subsequente desaparecimento de milhares de pessoas durante a Segunda Guerra Mundial. In: CITRONI, G.; SCOVAZZI, T. Recent developments in international law to combat enforced disappearances. **Revista Internacional Direito e Cidadania**, n. 3, fevereiro 2009, p.90.

¹⁰² CITRONI, G.; SCOVAZZI, T. Recent developments in international law to combat enforced disappearances. **Revista Internacional Direito e Cidadania**, n. 3, fevereiro 2009, p.90).

¹⁰³ Apesar de não constituir o desaparecimento forçado um dos objetos do presente tópico, sendo citado tão somente em razão de sua relevância histórica no desenvolvimento de medidas destinadas ao combate às movimentações humanas forçadas, vale o registro acerca da atual extensão do problema: *“Enforced disappearance had become a global problem not restricted to a specific region. Once largely the product of military dictatorships, disappearances were now perpetrated in complex situations of internal conflict, in regimes undergoing radical political changes and as a means of political repression of opponents. Potential underreporting of disappearances, particularly in Africa, could result in the submission of large numbers of reports in coming years. While its mandate was limited to violations involving State actors, the Working Group condemned such acts, irrespective of*

incluídos relevantes episódios de tráfico de pessoas, em especial de crianças remetidas para a adoção¹⁰⁴, objeto de regulamentação específica. São estes os casos – os de tráfico de pessoas – que interessam ao presente tópico e são tratados abaixo.

O tráfico internacional de pessoas atualmente é objeto do Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Repressão e Punição ao Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças (Protocolo de Palermo), promulgado no Brasil através do Decreto nº 5.017/2004, e “*consiste no aliciamento e no transporte de seres humanos, utilizando-se de formas de coerção, como a força, a fraude, o abuso da situação de vulnerabilidade ou outras, com o propósito de explorá-los*”¹⁰⁵. A exploração em questão não é necessariamente sexual, sendo frequente a submissão das vítimas a trabalhos forçados ou em condições análogas à de escravo, além de haver registro de casos de remoção de órgãos¹⁰⁶.

Os mesmos episódios que resultaram em maciços desaparecimentos forçados deram impulso ao instituto do refúgio, objeto de análise posterior. Em ambas hipóteses– refúgio e tráfico de pessoas -, há clara tendência de evolução da ordem jurídica brasileira no sentido de ampliar os direitos do estrangeiro, mantendo o direito a individualidade deste, mas concedendo instrumentos capazes de propiciar a sua integração no país.

2.1.3 Uma das várias soluções milagrosas: a governança global

O tema da governança global desperta paixões exacerbadas: alguns doutrinadores a veem como a tábua de salvação para todos os problemas

the perpetrators” CITRONI, G.; SCOVAZZI, T. Recent developments in international law to combat enforced disappearances. **Revista Internacional Direito e Cidadania**, n. 3, fevereiro 2009, p.90).

¹⁰⁴ De acordo com o periódico espanhol El País, em 2010 já haviam sido identificadas 101 crianças desaparecidas durante a ditadura argentina, todas remetidas para adoção irregular. À época da publicação da notícia, acreditava-se haver cerca de 300 outras na mesma situação.

¹⁰⁵ SCACCHETTI, D. M. O tráfico de pessoas e o Protocolo de Palermo sob a ótica de direitos humanos. **Revista Internacional de Direito e Cidadania**, n. 11, outubro 2011, p.26.

¹⁰⁶ FREITAS JR., A. R. D. Tráfico de pessoas e repressão ao crime organizado. **Revista Internacional de Direito e Cidadania**, n. 3, fevereiro 2009, p.11.

existentes, outros criticam a falta de legitimidade de quaisquer conjuntos normativos oriundos de entes não estatais, especialmente quando abordamos a questão da governança privada.

Ponto de vista interessante é o exteriorizado por Maurice Kamto, membro da Comissão de Direito Internacional da ONU, que, entre 2004 e 2011, integrou o regime que governa Camarões desde 1982. Talvez por sua atuação política, Kamto afirma que *“a boa governança em todos os níveis seria essencial para alcançar um desenvolvimento durável, um crescimento econômico sustentável e a erradicação da pobreza”*¹⁰⁷. A “boa” governança” é vista pelo político-doutrinador como uma saída possível para praticamente todos os problemas da humanidade: desenvolvimento, crescimento sustentável e erradicação da pobreza.

Por outro lado, Étienne Balibar afirma que a governança nada mais é do que uma espécie de estatismo sem Estado, resultante de um fratura irreparável entre global e local¹⁰⁸, o que, para Carlo Bordoni, resultaria em uma paralisia do Estado, restando este incapaz de resolver sejam os problemas locais, sejam os problemas globais, perpetuado o estado de crise¹⁰⁹.

Tais pontos de vista aparentemente irreconciliáveis demandam uma análise do conteúdo da expressão governança, das peculiaridades do atual momento de crise, que se arrasta há quase uma década, bem como o modo em que o conceito de governança ganha corpo em um quadro adverso como o presente.

Para tanto, será analisado o conteúdo do termo governança, bem como sua aplicação aos setores público e privados. Ressalte-se que o objetivo do presente tópico é levantar questionamentos, e não necessariamente responde-los.

2.1.3.1 A governança global

O conceito de governança ganha força com o avanço do processo de globalização. Por mais que seja difícil definir um ponto inicial deste processo – há quem defenda serem as grandes navegações dos séculos XV e XVI o marco inicial -, podemos, com certa segurança, afirmar que este se intensificou ao final da Segunda

¹⁰⁷ Do original em francês: *« une bonne gouvernance à tous les niveaux était essentielle pour atteindre un développement durable, une croissance économique soutenue et à la éradication de la pauvreté »*. In : KAMTO, Maurice. *Droit international de la gouvernance* ; A.Pedone : Paris, 2013. P. 8.

¹⁰⁸ In: BALIBAR, Étienne. *Cittadinanza*, Torino: Bollati Boringhieri, 2012.

¹⁰⁹ In: BAUMAN, Zygmunt; BORDONI, Carlo. *Estado de Crise*. Rio de Janeiro, Zahar, 2016. P. 23.

Guerra Mundial, quando os Estados, visando evitar a repetição de confrontos em escala tão grande, decidiram constituir série de organizações internacionais para regular suas relações recíprocas. Fato é que a globalização vem provocando mutação rápida na sociedade internacional e na relação entre os Estados¹¹⁰.

Importante, neste ponto, lembrar que o direito internacional privado remonta ao jus gentium romano, “*sistema uniforme de normas diretas, substantivas, a ser aplicado a romanos e peregrinos sem distinções*”¹¹¹. Até então, a regra era o não reconhecimento de direitos a estrangeiros nas mais diversas jurisdições e, em Roma, a aplicação de regras específicas, distintas das aplicáveis aos romanos, fato não tão gravoso, pois já representava uma evolução em relação à época em que “os povos viviam em completo isolamento”¹¹².

Na alta Idade Média, a regra era a obediência ao princípio da personalidade das leis, substituído, na baixa Idade Média, pela territorialidade das leis, típica dos regimes feudais. Somente com o desenvolvimento das teorias estatutárias se buscou, efetivamente, solucionar conflitos de leis.

A preocupação histórica do direito internacional privado é, sem dúvida, o conflito de leis, mas este não é seu único campo de estudo, talvez sequer seja o seu objeto principal no século XXI.

Com efeito, na pós-modernidade, o comportamento humano adquiriu facetas até então inéditas. Há uma inquietação inerente ao ser humano pós-moderno, identificada por Maffesoli como nomadismo, que implica em uma constante movimentação territorial, facilitada pela revolução ocorrida nos setores de transportes e comunicação ao longo do século XX, resultando, por exemplo, em um aumento da migração.

O fenômeno globalizante pós-moderno, com a crescente integração econômica e o aumento da mobilidade humana, tem como consequências “o declínio do conceito de soberania e a redução do papel do Estado na articulação dos acontecimentos humanos”¹¹³. O Estado, antes o único ator relevante no cenário

¹¹⁰ KAMTO, Maurice. *Droit international de la gouvernance* ; A.Pedone : Paris, 2013.

¹¹¹ DOLINGER, J. *Direito Internacional Privado - Parte Geral*. 9ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.130.

¹¹² BASSO, M. *Curso de Direito Internacional Privado*. 3ª. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p.3

¹¹³ BEDIN, G. A. A sociedade atual e seus três grandes desafios políticos. In: CASELLA, P. B.; RAMOS, A. D. C. *Direito Internacional: Homenagem a Adherbal Meira Mattos*. 1ª. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 167

internacional, passa a ter que conviver com outros atores, inclusive com os indivíduos.

O enfraquecimento do Estado é avaliado positivamente por Cançado Trindade, na medida em que gradativamente resulta na “*emancipação do ser humano da tutela absoluta do Estado e ao reconhecimento do indivíduo como sujeito do direito internacional*”. Como consequência, surgem até mesmo novos ramos do direito internacional, como o direito internacional do meio ambiente, além do fortalecimento da proteção aos direitos humanos, com suas repercussões sobre todo o sistema.

Simultaneamente à relativização do conceito de soberania, fortalecem-se as organizações internacionais e os entes privados, com patente perda de importância de conceitos territorialistas, em virtude da virtualização da vida pós-moderna¹¹⁴. O Estado não é mais onipresente e, mesmo quando em exercício de seu poder de império, é limitado, dentre outros fatores, pela dignidade da pessoa humana – reconhece-se que “o verdadeiro titular do interesse, nas relações protagonizadas pelos estados, ou seja, a parte em sentido material é, portanto, sempre o povo”¹¹⁵.

Por certo, o desenvolvimento do direito internacional contemporâneo não se limita à mera análise das regras para solução de conflitos de leis no espaço, mas envolve intrinsecamente a própria manutenção da dignidade humana em todas as suas dimensões: homem ou mulher, adulto ou criança, nacional ou estrangeiro, consumidor ou fornecedor, para todas as possíveis implicações plurilocalizadas. Dessa forma, pode-se vislumbrar uma releitura contemporânea do conteúdo da disciplina a partir de sua vocação dinâmica a fim de estudar os fenômenos jurídicos acarretados pelos diversos fluxos sociais contemporâneos¹¹⁶.

Paralelamente, a partir dos anos 1970, o sistema de Bretton Woods passa a exercer papel essencial na condução das políticas públicas de países endividados ao impor a execução de planos de ajustes estruturais.

¹¹⁴ ARROYO, D. P. F. *Un derecho comparado para el derecho internacional privado de nuestros días*. 1ª. ed. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez, 2012.

¹¹⁵ CASELLA, P. B. Direito Internacional e dignidade humana. In: CASELLA, P. B.; RAMOS, A. D. C. *Direito Internacional: Homenagem a Adherbal Meira Mattos*. 1ª. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 267

¹¹⁶ RIBEIRO, M. R. D. S.; ALMEIDA, B. Do conflito aparente de normas no espaço à cinemática jurídica global: conteúdo do direito internacional privado contemporâneo. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, Rio de Janeiro, 1, n. 20, 2011, p.24

É neste quadro de transformação institucional que o conceito de governança ganha força, tornando-se extremamente popular principalmente após a década de 1980. A noção de governança acaba sendo ligada às novas práticas e representações decorrentes da globalização, incluindo as novas relações entre direito e economia, em um contexto marcado por concorrência desregulada na qual a governança econômica tende a se limitar a mecanismos de sanção em casos de distorção na concorrência ou à regulação do jogo econômico.

A ideia de boa governança pública, ou seja, da gestão dos negócios públicos visando perspectiva otimista do desenvolvimento econômico, atuando como fio condutor de políticas e de reformas pela redução da pobreza, da democratização e da segurança, seja no nível dos Estados, seja no plano internacional, se consolidou. Neste sentido, as estruturas e a qualidade da governança são fatores determinantes para a coesão social ou conflitos sociais, para o sucesso ou falha de políticas de desenvolvimento econômico e social, da preservação do meio-ambiente, dentre outros¹¹⁷.

Esta primeira fase da governança global era marcada por um receituário preconizado por diversas organizações como o Banco Mundial e o Fundo Monetário Internacional, que definiam a boa governança como “*um conjunto de princípios para guiar o trabalho e ações com os países que receberiam financiamentos e empréstimos*”¹¹⁸. Desta forma, tratava-se de conjunto de práticas impostas a Estados que pleiteavam socorro financeiro.

Destaca-se que, nos anos 1980, a revolução neoliberal levou à nova concepção do papel do Estado, que deveria deixar à gestão privada diversos serviços públicos e deixar a intervenção direta na economia. Assim, a governança acabou, de certo modo, tornando-se conceito associado à privatização, desregulação ou desregulamentação¹¹⁹.

O Banco Mundial associava liberalização, privatização e desregulação à boa governança, definida como o modo no qual poder é exercido no gerenciamento dos recursos econômicos e sociais de um país para o desenvolvimento. Esta se caracterizaria por políticas previsíveis, transparentes e esclarecidas, uma função

¹¹⁷ KAMTO, Maurice. *Droit international de la gouvernance* ; A.Pedone : Paris, 2013.

¹¹⁸ GONÇALVES, Alcindo. Governança global e o direito internacional público. In: JUBILUT, Liliana Lyra. *Direito Internacional Atual*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 84

¹¹⁹ KAMTO, Maurice. *Droit international de la gouvernance* ; A.Pedone : Paris, 2013.

pública tendo o senso de dever, um poder executivo que prese contas, uma sociedade civil dinâmica participando dos negócios do Estado, o respeito à lei por todos¹²⁰.

Se a década de 1990 foi marcada pela idealização do Estado como regulador, que deveria ser capaz de formular políticas públicas atendendo às necessidades socioeconômicas da população¹²¹, o final desta década se deparou com forte pressão oriunda de movimentos sociais e populares contra o caráter liberal do conceito de governança global. Assim, o Banco Mundial viu-se forçado a reconhecer fracassos nas estratégias até então adotadas, bem como a *“comprometer-se com o conceito de desenvolvimento sustentável, adotando políticas sociais e ambientais mais rigorosas, garantindo um papel mais ativo para cidadãos e agentes locais nos processos”*¹²².

Importante ressaltar que, ainda na década de 1990, foi criada a Comissão sobre Governança Global da Organização das Nações Unidas, que, em 1994, definiu governança como *“a totalidade das diversas maneiras pelas quais os indivíduos e instituições, públicas e privadas, administram seus problemas comuns. É um processo contínuo pelo qual é possível acomodar interesses conflitantes e realizar ações cooperativas”*¹²³.

A definição de governança global trazida pela Comissão sobre Governança Global é, contudo, deveras inútil, na medida em que ao despir o conceito de qualquer conteúdo material, restringindo-se às formas pelas quais a governança se manifesta, não contribui para o avanço das discussões sobre o tema.

Finalmente, atinge-se o conceito atual de governança global, como o novo modo de governar ou dirigir radicalmente novo num contexto de intersecção entre setores públicos e privados, com a atenuação das relações hierarquizadas, com o enfraquecimento do Estado, correspondendo a um conjunto de processos que permitem a ação coletiva em uma dada situação de recomposição do Estado e da ação pública. O direito da governança global combina as regras e princípios do

¹²⁰ KAMTO, Maurice. *Droit international de la gouvernance* ; A.Pedone : Paris, 2013.

¹²¹ KAMTO, Maurice. *Droit international de la gouvernance* ; A.Pedone : Paris, 2013.

¹²² GONÇALVES, Alcindo. Governança global e o direito internacional público. In: JUBILUT, Lilana Lyra. *Direito Internacional Atual*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 84

¹²³ COMISSÃO SOBRE GOVERNANÇA GLOBAL. *Nossa comunidade global. Relatório da Comissão sobre Governança Loba*. Rio de Janeiro: FGV, 1996, p.2.

direito internacional e as regras e princípios que regem as relações entre os Estados e os investidores estrangeiros¹²⁴.

Este conceito é fruto de relevante expansão da governança transnacional, seja pública ou privada, incluindo diversos padrões relativos às condições de produção em cadeias de suprimento globais, como os que pregam o trabalho justo, a sustentabilidade florestal ou o comércio justo na agricultura¹²⁵.

Tais padrões proliferaram desde a década de 1990 na forma de políticas corporativas adotadas voluntariamente, bem como com a criação de sistemas de certificação de *compliance*, o que resultou na categorização do conceito atual de governança como *soft law*. Esta conclusão, contudo, ignorar o fato de esses padrões terem sido criados para preencher uma lacuna regulatória resultante da incapacidade – ou falta de vontade – de Estados e organizações internacionais em regular cadeias globais de capital ou suprimentos¹²⁶.

A incapacidade dos Estados em lidar com as rápidas transformações sociais, políticas, econômicas e culturais ocorridas principalmente após o fim da Segunda Guerra Mundial gerou um vácuo de regulação, prontamente preenchido pelos atores privados. Isto não significa que os Estados são menos importantes do que outrora, mas que estes devem se adequar à realidade atual, na qual parte do poder é exercido por outros atores, superando o constante estado de crise que marcou as últimas décadas e ainda não dá sinais de arrefecimento.

2.2 O Direito Internacional Público em tensão

Terça-feira, de manhã. Mas, seria possível? Dois dias antes, no campo de Petrogrado, havia apenas bandos sem chefes, sem víveres, sem artilharia, vagando à toa, sem nenhuma orientação. O que teria fundido essas massas desorganizadas e sem disciplina, de guardas-vermelhos e de soldados sem oficiais, num exército obediente aos chefes por eles mesmos escolhidos, num exército temperado para receber o choque da artilharia e o assalto da cavalaria cossaca?¹²⁷

¹²⁴ KAMTO, Maurice. *Droit international de la gouvernance* ; A.Pedone : Paris, 2013.

¹²⁵ BARTLEY, T. Transnational Governance as the layering of rules: intersections of public and private standards. *Theoretical Inquiries in Law*. Ano 12, volume 2, Tel Aviv: De Gruyter, 2011. p. 517.

¹²⁶ BARTLEY, T. Transnational Governance as the layering of rules: intersections of public and private standards. *Theoretical Inquiries in Law*. Ano 12, volume 2, Tel Aviv: De Gruyter, 2011. pp.518 e 519.

¹²⁷ REED, John. 10 dias que abalaram o mundo. Porto Alegre: L&PM Pocket, 2009. P.276

O relato de John Reed exterioriza grande surpresa quanto à capacidade de auto-organização coletiva em momentos de dificuldade. É bem verdade que o episódio relatado – a vitória do Exército Vermelho na Revolução de Outubro de 1917 e o início do processo que culminaria na criação da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS) em 1922 – não surgiu espontaneamente, o processo de decadência do Império Russo se prolongava há muito, já estava evidente na São Petersburgo de Dostoiévski, digamos em Crime e Castigo (1866). A eclosão da maior das guerras – quem dera tivesse permanecido com este título – e os esforços czaristas em defesa de projetos geopolíticos alheios aos interesses diretos da população esfomeada levaram à erupção menchevique e à subsequente explosão bolchevique.

Em ordens baseadas na desigualdade, é imprescindível a existência de válvulas de escape para a base da pirâmide. É imprescindível que haja ao menos uma vã esperança de ascensão social ou de “justiça”. Quando todas elas desaparecem, a panela de pressão explode.

O século XX iniciou-se tardiamente. Alguns apontam a morte da Rainha Vitória, em 1901, e a progressiva saída do então Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do posto de principal protagonista mundial como o marco inicial do século, mas a Revolução Bolchevique é a melhor certidão de nascimento de um século que teve menos de oito décadas. O século XX foi o século da tensão geopolítica derivada do enfrentamento das duas potências políticas e econômicas – Estados Unidos da América (EUA) e URSS -, com os demais atores que tentaram concorrer ao posto rapidamente derrotados com o hasteamento da bandeira vermelha sobre o Reichstag, em abril de 1945, e com a primeira radio transmissão da voz do “deus” Hirohito com a rendição japonesa em agosto do mesmo ano.

O século da bipolaridade, apesar de marcado por episódios de violência extrema, por demonstrações de força capaz de obliterar a existência humana, foi um século de esperança. Sim, havia o medo constante de destruição global em uma guerra final, mas também havia a esperança. Para os insatisfeitos no bloco capitalista, o sonho de uma revolução socialista. Para os insatisfeitos no bloco socialista, a esperança de fuga para o outro lado do muro.

Foi neste século em que a Sociedade Internacional – e aqui não entraremos nas polêmicas acerca de sua efetiva existência – percebeu que o direito seria o

único instrumento capaz de evitar a sua autodestruição. Em 1945, antes mesmo da captura de Berlim e da destruição de Hiroshima e Nagasaki, as tensões que marcariam as décadas subsequentes já estavam claras. O mundo já conhecia suas duas grandes potências (EUA e URSS) que, em complicada negociação resultante no quinteto com poder de veto nas Nações Unidas (EUA, URSS, França, China e Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte), transformaram, também no âmbito internacional, força em direito e obediência em dever.

O sistema das Nações Unidas, apesar de sempre ter se mostrado ineficiente, representava uma esperança para os atores internacionais – quem sabe com a proibição do uso da força inscrita na carta e com a Corte Internacional de Justiça a “igualdade” entre os Estados se tornaria menos desigual? Para os indivíduos, as Nações Unidas, de fato, trouxeram algum alívio – apesar de pequeno – com a codificação e a consolidação do Direito Internacional dos Refugiados e as posteriores tentativas de normatização do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Após o fim da Guerra Fria, consolidou-se o modelo de democracia representativa como o ideal para humanidade, apesar da impossibilidade prática de definir tal modelo. Simultaneamente, o uso pelos Estados Unidos da América da jurisdição como instrumento geopolítico, através da ampliação de sua extraterritorialidade, ganhou relevância, com a profusão de legislações específicas sobre o tema, em especial na área econômica, mas também com a interpretação ampliativa do *Alien Tort Statute*, regra datada do século XVIII, que, em última análise, passou a permitir o recurso de estrangeiros ao judiciário norte-americano para pleitear indenização por violação a determinados tratados ou regras costumeiras do Direito Internacional.

Se, por um lado, o fim da bipolaridade implicou na extinção da principal válvula de escape até então existente – a ideológica -, por outro, novas esperanças surgiram. Os EUA protegeriam as minorias que em seu território desembarcassem. A multicultural União Europeia receberia a todos. Os regimes democráticos se consolidariam, o povo exerceria o poder.

A segunda década do século XXI, contudo, representa, até o momento, o fim da esperança. E é este o tema do presente tópico em duas seções, uma dedicada à crise de refugiados e à fortaleza Europa, a segunda ao fechamento da jurisdição dos EUA à litigância estratégica em matéria de violação de direitos humanos. Em suma,

será analisado o desmonte de parte da estrutura jurídica e política que criava as ilusões de esperança e de justiça essenciais para a manutenção da ordem e conseqüentemente para o bom funcionamento do Direito – afinal, não são a manutenção do *status quo* sempre que possível e a suavização das rupturas os objetivos principais de nossa ciência?

2.2.1 O direito internacional dos refugiados

A primeira metade do Século XX foi marcada por série de eventos que impactaram decisivamente no desenvolvimento do sistema de proteção internacional dos indivíduos. O massacre de armênios no Império Turco-Otomano, a Revolução Russa e, como um todo, a dissolução dos grandes impérios europeus, com o surgimento de inúmeros Estados nacionais, provocaram aumento considerável no fluxo migracional¹²⁸, tornando necessário o melhor desenvolvimento de institutos capazes de lidar com tal fenômeno.

Até então, a proteção de vítimas de perseguição se dava através do instituto do asilo, que normalmente pressupõe análise de casos individuais, exemplos extremos de perseguição promovida por um Estado contra um indivíduo em particular, normalmente sob o argumento de estar o poder público adotando medidas essenciais à preservação da ordem.

Historicamente, a origem dos direitos dos refugiados coincide com a origem dos sistemas gerais de proteção dos direitos humanos, ambos sendo produtos dos acontecimentos que marcaram a primeira metade do século XX¹²⁹.

Até então, não havia política imigratória específica na Europa para o recebimento de grandes – e por vezes imprevisíveis – fluxos populacionais, sendo os estrangeiros que ingressavam no território dos Estados por vezes tratados como imigrantes comuns, em outras ocasiões como mercedores de asilo.

O fluxo migratório frequentemente era visto com bons olhos pelos governos, visto que os novos habitantes daquele Estado contribuiriam com o crescimento

¹²⁸ CARLIER, J.-Y. Droit d'asile et des réfugiés : de la protection aux droits. In: _____ Recueil des cours. Haia: [s.n.], v. 332, 2007, p.185.

¹²⁹ HATHAWAY, J. C. The rights of refugees under international law. Cambridge: Cambridge Press, 2005, p.75

econômico deste, seja através da tributação, seja através do oferecimento de seus conhecimentos específicos¹³⁰. Ademais, o controle de fronteiras na Europa não era particularmente rígido até a eclosão da Primeira Guerra Mundial. Entre 1826 e 1905, por exemplo, os portos ingleses eram abertos aos estrangeiros, sem restrições. Até mesmo monarquias autoritárias, como o Segundo Reich alemão (1871-1919), não dispunham de meios jurídicos para se opor ao ingresso de estrangeiros, recorrendo ao uso episódico de força para expulsar grupos nacionais, quando estes se tornavam indesejáveis¹³¹.

Por mais que do processo de consolidação do Estado Nacional na Europa já resultasse, ainda no século XIX, no fortalecimento da ideia de uma identidade nacional, esta ainda não representava uma barreira à movimentação de indivíduos. “A guerra de 1914 completa o processo de fechamento nacional ao tornar novamente obrigatórios os passaportes”¹³² para o ingresso na França, por exemplo. Tal processo já vinha ganhando força em praticamente todas as nações industrializadas, que adotaram medidas extremas de protecionismo como forma de combater os efeitos devastadores da crise econômica iniciada com a quebra da bolsa de valores de Nova Iorque em 1929¹³³.

A liberdade de circulação que prevalecia até então desaparece e a imigração ganha caráter seletivo, de acordo com os interesses políticos momentâneos do Estado receptor¹³⁴. Neste contexto, ou o indivíduo se enquadrava no padrão específico desejado pelo receptor, ou nos requisitos para o gozo de asilo – à época, já restrito à perseguições políticas – ou não conseguiria proteção.

Se, por um lado, a Primeira Guerra Mundial representou um marco no fechamento das fronteiras dos Estados europeus, por outro, episódios específicos

¹³⁰ MARRUS, M. R. *The unwanted: european refugees in the twentieth century*. New York: Oxford University Press, 1985, p.7.

¹³¹ NOIRIEL, G. *Réfugiés et sans-papiers: la République face au droit d'asile, XIXe - XXe siècle*. Paris: Pluriel, 2012, p.93.

¹³² Do original em francês: “La guerre de 1914 parachève le processus de fermeture nationale en rendant à nouveau obligatoires le passeports”. In: NOIRIEL, G. *Réfugiés et sans-papiers: la République face au droit d'asile, XIXe - XXe siècle*. Paris: Pluriel, 2012, p.92.

¹³³ *Ibid.*, p.93.

¹³⁴ VIEIRA, L.R. *Refugiados ambientais: desafios à sua aceitação pelo direito internacional*. 2012. 203f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2012, p.35.

que a antecederam já representavam importante desafio à proteção internacional dos indivíduos.

De fato, houve a mencionada migração de contingentes provenientes do Império Russo e do Império Otomano em direção à Europa ocidental, além de a Guerra dos Balcãs (1912-1914) ter dado início a ampla “*transferência involuntária de grupos de minorias étnicas daquela região*”¹³⁵.

Durante a Primeira Guerra Mundial, os deslocamentos em massa ocorridos tinham como característica principal a sua temporariedade: as pessoas fugiam das hostilidades, em regra dentro do território do próprio Estado. Duas grandes exceções a este movimento: a migração em massa de belgas e sérvios, que, em razão da complexidade dos confrontos em seu território nacional foram forçados a migrar respectivamente para França e Albânia¹³⁶, e, após 1917, de russos, mas estes fugindo da Revolução que eclodira naquele ano.

O recém-estabelecido regime russo, por sinal, inovou ao adotar em massa um mecanismo adicional de perseguição e punição daqueles que não apoiavam o governo. “*Em 28 de outubro de 1921, o Conselho dos Comissários do povo retira a nacionalidade russa dos refugiados que recusaram se submeter ao poder bolchevique*”¹³⁷ Medidas similares são adotadas posteriormente pela Itália (1926) e pela Alemanha (1935).

A situação de desamparo em que as vítimas de perseguição estatal se encontravam foi respaldada pelo direito internacional, na medida em que consideravam que os nacionais de um Estado que desaparecera por anexação a outro não podiam manter a nacionalidade do Estado desaparecido e, na maioria dos casos, o Estado anexador não concedia a sua própria nacionalidade a todos os que possuíam a do Estado anexado¹³⁸.

¹³⁵ ANDRADE, J. H. F. D. Direito internacional dos refugiados: evolução histórica (1921-1952). Rio de Janeiro: Renovar, 1996, pp.20-21.

¹³⁶ ANDRADE, J. H. F. D. Direito internacional dos refugiados: evolução histórica (1921-1952). Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p.21.

¹³⁷ Do original em francês: “Le 28 octobre 1921, le Conseil des commissaires du peuple retire la nationalité russe aux réfugiés qui refusent de se soumettre au pouvoir bolchevik”. In: NOIRIEL, G. Réfugiés et sans-papiers: la République face au droit d'asile, XIXe - XXe siècle. Paris: Pluriel, 2012, p.101.

¹³⁸ Ibid. p.101.

Tais acontecimentos, cada vez mais frequentes durante o período entre guerras, fez com que se tornasse evidente a necessidade de desenvolvimento de um instituto capaz de conferir proteção a grande contingente de integrantes de indivíduos vítimas de perseguição em razão de pertencimento a grupos específicos, visto ser o instituto do asilo, em razão de seu caráter eminentemente individual, incapaz de conferir tal proteção.

Por tais fatos, imediatamente após o término da Primeira Guerra Mundial, iniciou-se o processo de criação e consolidação do instituto do refúgio, em um primeiro momento, de forma tímida, no âmbito da Liga das Nações, até a sua consolidação com o tratamento conferido pela Convenção de Genebra, já após a Segunda Guerra Mundial.

Neste sentido, o refúgio se apresenta como evolução natural do asilo, na medida em que amplia o grau de proteção conferido por este, ao ponto de ser considerado atualmente por muitos como “o mecanismo de proteção internacional dos direitos humanos mais poderoso do mundo”¹³⁹.

Como visto, o direito internacional dos refugiados nasce no período entre guerras. Se, por um lado, desde antes havia episódios que hodiernamente levariam à caracterização de amplos grupos populacionais como refugiados, foi somente com o grande volume de russos fugidos da Revolução Russa de 1917 que a sociedade internacional começou a debruçar-se efetivamente sobre o tema.

Note-se que os demandantes de proteção internacional à época não mais eram perseguidos políticos, não se enquadrando, portanto, nos requisitos para o gozo de asilo político. “Muitos havia que se encontravam em situação de completa falta de proteção estatal, mesmo sem estarem nessa situação, necessariamente, em função de suas opiniões políticas ou de suas crenças religiosas”¹⁴⁰.

Na prática, as vítimas de perseguição foram relegadas a um vida *extra legem*¹⁴¹, sempre a mercê da boa vontade dos Estados receptores. Com o aumento

¹³⁹ HATHAWAY, J. C.; FOSTER, M. The law of refugee status. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, p.1.

¹⁴⁰ ANDRADE, J. H. F. Breve reconstituição histórica da tradição que culminou na proteção internacional dos refugiados. In: ARAÚJO, N. D.; ALMEIDA, G. A. D. O direito internacional dos refugiados: uma perspectiva brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.119.

¹⁴¹ NOIRIEL, G. Réfugiés et sans-papiers: la République face au droit d'asile, XIXe - XXe siècle. Paris: Pluriel, 2012, p. 101.

constante do fluxo de solicitantes de refúgio, tornou-se imprescindível a regulamentação do tema, que teve início ainda no período compreendido entre as duas Guerras Mundiais.

Finda a Segunda Guerra Mundial, a recém-criada Organização das Nações Unidas (ONU) passou a se dedicar a temática dos refugiados, adotando a sua Assembleia-Geral, ainda em 1946, duas resoluções sobre o tema: a 8(I), que delega a análise da questão ao Conselho Econômico e Social, determinando que este levasse em consideração o caráter internacional do tema, a necessidade de estabelecimento de um órgão internacional específico, o princípio do *non-refoulement* e o auxílio, e quando possível, repatriação dos refugiados; e a 62 (I), sobre a criação da Organização Internacional para os Refugiados (OIR).

A OIR teve a sua Constituição assinada em julho de 1947, com entrada em vigor em agosto de 1948, como agência especializada não-permanente da ONU, adotando, em seu instrumento constitutivo, a abordagem por grupos dos refugiados. De acordo com o Anexo I à Constituição da OIR,

(...) o termo refugiado se aplica a toda pessoa que deixou ou está fora do país do qual é nacional, ou no qual mantinha a residência habitual e que, tenha mantido ou não a sua nacionalidade, que pertence a uma das seguintes categorias:

- a) vítimas dos regimes nazista e fascista (...)
- b) republicanos espanhóis (...)
- c) pessoas consideradas refugiadas antes da eclosão da Segunda Guerra Mundial em razão de raça, religião, nacionalidade ou opinião política¹⁴²

Sob a égide da OIR, o refúgio deixou de ser visto como uma situação provisória, que persistiria somente até o momento em que possível a repatriação a única possibilidade. Em certas situações, o reassentamento definitivo passou a ser incentivado.

A questão dos refugiados era ainda considerada como sendo temporária, mero resultado da Segunda Guerra Mundial. Mas como ela não se resolvia passou-se a se considerar, no final da década de 1940, o que ocorreria em 1950, quando o mandato *ratione temporis* da OIR deveria terminar. Face a

¹⁴² Parte I, Seção A, 1, do Anexo I à Constituição da OIR.

um fluxo contínuo de novos refugiados, vários países vislumbraram como única solução a criação de uma agência que viesse a suceder a OIR. 143

Como substituto da OIR, foi criado o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR)¹⁴⁴, cujo objetivo é garantir a proteção internacional dos refugiados, buscando soluções permanentes para a situação¹⁴⁵, sem que configurasse, contudo, a única instituição no âmbito da ONU a versar sobre o tema.

O ACNUR surgiu com a bipolaridade geopolítica já consolidada, enfrentando grande resistência, sobretudo proveniente dos EUA e da URSS, que se opunham ao posicionamento da maior parte dos Estados da Europa ocidental – aqueles que recebiam o maior fluxo de refugiados -, defensores da criação de uma instituição permanente forte.

A ascensão do bloco socialista foi responsável por incontáveis fluxos de refugiados desde a sua primeira fase, com os refugiados russos no período entre guerras, razão pela qual a URSS se colocava contrária a qualquer tentativa de regulamentação da matéria.

Já os EUA resistiam à criação de instituições permanentes, desejando, tão somente, a criação de *“uma instituição temporária, com mandato rigorosamente definido, independente da Assembleia-Geral e sem a possibilidade de solicitar contribuições voluntárias aos Estados”*¹⁴⁶.

O ACNUR foi criado como órgão subsidiário, nos termos do art. 22 da Carta da ONU, devendo ter atuação apolítica, humanitária e social¹⁴⁷, com o poder de recolher contribuições voluntárias dos Estados, mediante aprovação prévia da Assembleia-Geral. Em um primeiro momento, teve como única fonte de financiamento um fundo de emergência limitado, com o qual inúmeros Estados – incluso os EUA – se recusaram a contribuir. O caráter apolítico do ACNUR permitiu a

¹⁴³ ANDRADE, J.H.F. A política de proteção a refugiados da Organização das Nações Unidas – sua gênese no período pós-guerra (1946-1952). 2006. 327f. Tese (Doutorado em Relações Internacionais) – Instituto de Relações Internacionais, Universidade de Brasília, Brasília, 2006, p.51.

¹⁴⁴ Resolução 428 (V) de 14 de dezembro de 1949 da Assembleia-Geral da ONU

¹⁴⁵ ANDRADE, J.H.F, *op.cit.*, p.51.

¹⁴⁶ Do original em italiano: “un’istituzione temporanea, dal mandato rigorosamente definito, priva del sostegno dell’Assemblea Generale e senza la possibilità di richiedere contributi volontari agli Stati”. In: ASPRONE, M. Il diritto d’asilo e lo status di rifugiato. Roma: Aracne, 2012, p.74.

¹⁴⁷ Artigo 2 do Estatuto do ACNUR

sua atuação durante o período da Guerra Fria, bem como durante a eclosão de incontáveis conflitos armados. A sua razão de ser, contudo, ao menos em seu início, era a proteção de europeus afetados pela Segunda Guerra Mundial.

2.2.1.1 O caso europeu

O instituto do refúgio teve sua origem no continente europeu, inicialmente visando a proteção daqueles indivíduos vítimas de perseguição em razão dos acontecimentos anteriores a 1º de janeiro de 1951, sobretudo naquele continente. Apesar de sua origem ser intimamente ligada ao continente europeu, estatísticas divulgadas pelo ACNUR apontam a baixa importância dos países europeus na circulação internacional de refugiados.

No fim de 2018, apenas um Estado membro da União Europeia constava entre os 10 maiores receptores de refugiados (a Alemanha, com pouco mais de um milhão de refugiados)- três desses estados estão localizados na África subsaariana. O outro Estado “europeu” presente no rol é a Turquia (apesar de geograficamente ser um Estado transcontinental, com pequena parte de seu território no lado europeu de Bósforos e Dardanelos, a maior parte de sua população está concentrada em território asiático), com aproximadamente 3,7 milhões de refugiados, muitos dos quais sírios fugidos da crise que enfrenta seu país de origem¹⁴⁸.

De fato, no fim de 2018, aproximadamente um terço dos refugiados (cerca de 6,7 milhões de pessoas) residiam nos Estados menos desenvolvidos, como Bangladesh, Chade, República Democrática do Congo, Etiópia, Ruanda, Sudão, Sudão do Sul, Tanzânia, Uganda e Iêmen.¹⁴⁹ Desta forma, a simples prevalência da população de refugiados na Europa não é o bastante para caracterizar uma eventual queda de relevância do continente como destino do fluxo global de refugiados. É outro o dado estatístico relevante.

Apesar de uma avaliação empírica resultar na eleição da Europa como o principal destino de refugiados em escala global, os dados coletados pelo ACNUR não corroboram tal conclusão. Dois institutos do direito comunitário explicam, ao

¹⁴⁸ UNHCR. Global Trends : Forced displacement in 2018. Genebra: UNHCR, 2019, p.17

¹⁴⁹ Ibid. p.17.

menos em relação aos membros da União Europeia, tal fenômeno: o controle comum de fronteiras externas e a política comum de refúgio.

A União Europeia, união econômica atualmente com 28 Estados-Membros e 6 países candidatos à adesão¹⁵⁰ (e o Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte em processo de saída), tem como uma de suas características marcantes a efetiva implementação da livre circulação de pessoas, com quase completa eliminação dos controles de fronteiras internas, em especial quanto aos Estados-Membros do Acordo de Schengen¹⁵¹.

A atual estrutura jurídica da UE é disciplinada pelo Tratado de Lisboa, de 2007, que, dentre outras inovações, conferiu efeito vinculante à Carta dos Direitos Fundamentais da UE, de 2000. A partir de então, passam a ser ainda mais relevantes as atribuições comunitárias quanto à defesa dos direitos humanos, por exemplo, assumindo o Tribunal de Justiça da UE papel relevante na defesa de direitos e liberdades fundamentais¹⁵².

O tema do refúgio, contudo, já era objeto de regulamentação comunitária antes da entrada em vigor do Tratado de Lisboa, havendo 3 diretivas do Conselho relevantes sobre o tema: a Diretiva 2003/9/CE, que estabelece normas mínimas em matéria de acolhimento de solicitantes de asilo; a Diretiva 2004/83/CE, que estabelece normas mínimas sobre os requisitos para o gozo do estatuto de refugiado; e a Diretiva 2005/85, que estabelece normas mínimas quanto ao procedimento de concessão e retirada do estatuto de refugiado.

A regulamentação comunitária, como se vê, se deu na forma de diretiva, instrumento que vincula os Estados quanto ao resultado objetivado, mas deixa à competência destes a forma e os meios de o alcançar, havendo, portanto, razoável

¹⁵⁰ Informação disponível em: http://europa.eu/about-eu/countries/index_pt.htm. Acesso em 06 de maio de 2015.

¹⁵¹ O Acordo de Schengen, apesar de possuir íntima relação com a livre circulação de pessoas objetivada pela União Europeia, não integra o acervo normativo comunitário, constituindo instrumento convencional autônomo que conta, inclusive, com a ratificação por Estados que não integram a União, como é o caso da Suíça, da Noruega e da Islândia, além de haver Estados-Membros da UE, nominalmente Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte e a República da Irlanda, que não integram o Espaço Schengen. Informação disponível em http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/borders-and-visas/schengen/index_en.htm. Acesso em 10/05/2015.

¹⁵² CALLONI, M.; MARRAS, S.; SERUGHETTI, G. Chiedo asilo: essere rifugiato in Italia. Milão: Università Bocconi Editore, 2012, p.46.

margem de manobra legislativa¹⁵³. Há, contudo, normas mínimas que deverão ser observadas pelos Estados, além de, há muito, a Comissão Europeia e o Parlamento Europeu, cada qual em seu campo de atribuições, estudarem a adoção de um sistema comum de concessão de asilo, que harmonizasse o tratamento conferido aos refugiados e, sobretudo, compartilhar as responsabilidades (e os custos) entre os Estados-Membros¹⁵⁴.

O maior problema da normativa europeia está na Diretiva 2005/85, que prevê a possibilidade de os Estados classificarem um país terceiro como sendo seguro e sequer apreciar as solicitações de refúgio de indivíduos que tenham passado por estes¹⁵⁵. Com base em tal dispositivo, é possível a ocorrência de violações ao princípio da vedação ao *refoulement*, já que os critérios mínimos para a designação de um Estado como sendo seguro não garantem que este não entregará o indivíduo ao Estado perseguidor.

Aliado a esta vulnerabilidade normativa, está a principal consequência da flexibilização do controle das fronteiras internas: aumentou a exigência da UE em relação ao controle das fronteiras externas, com o ápice na criação da Agência Europeia de Gestão da Cooperação Operacional nas Fronteiras Externas dos Estados-Membros da UE – FRONTEX, pelo Regulamento (CE) nº 2007/2004 do Conselho.

A FRONTEX tem como objetivo principal a implementação da política comunitária relativa às fronteiras externas, com a garantia de nível elevado e uniforme de controle e vigilância, sem que estes deixem de ser de responsabilidade dos Estados-Membros¹⁵⁶.

Neste contexto, a FRONTEX não constitui uma polícia de fronteiras, mas uma Agência, cujo objetivo é a harmonização e o desenvolvimento progressivo da proteção das fronteiras externas europeias, coordenando os trabalhos conjuntos dos

¹⁵³ LOBO, M. T. C. Manual de direito comunitário: 50 anos de integração. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2007, p.156.

¹⁵⁴ CALLONI, M.; MARRAS, S.; SERUGHETTI, G. Chiedo asilo: essere rifugiato in Italia. Milão: Università Bocconi Editore, 2012, p.48.

¹⁵⁵ LÖHR, T. Schutz statt Abwehr: für ein Europa des Asyls. Berlin: Verlag Klaus Wagenbach, 2010, p.32.

¹⁵⁶ Preâmbulo do Regulamento (CE) nº 2007/2004 do Conselho.

Estados-Membros através de análise de risco das operações conjuntas, que, caso aprovadas, são por ela financiadas.

Além disso, desde 2007, tem a FRONTEX a missão de criar as Equipes de Intervenção Fronteiriça Rápida - RABITs¹⁵⁷, cuja atuação é restrita aos pontos de chegada de número expressivo de migrantes¹⁵⁸.

Na prática, a divisão de monitoramento da FRONTEX constata que determinada rota sofreu um aumento rápido de imigração ilegal rumo à Europa. Em seguida, a Agência planeja a implementação de operações de média ou longa duração, cujo objetivo principal é fazer cessar o fluxo naquela rota específica¹⁵⁹.

Uma das principais rotas de imigração atual abrange o extremo sul italiano, em especial a ilha de Lampedusa, que atrai grande quantitativo de migrantes oriundos do continente africano¹⁶⁰. No exercício de sua competência de controle das fronteiras externas, a Itália instituiu, em 2013, a operação militar e humanitária *Mare Nostrum*, cujo objetivo oficial era o enfrentamento da situação de emergência humanitária no estreito da Sicília devido ao alto fluxo de imigrantes, garantindo a vida e a integridade física dos potenciais migrantes, bem como a punição de eventuais traficantes de pessoas¹⁶¹.

A operação *Mare Nostrum* foi substituída pela operação Triton, esta coordenada pela FRONTEX, em atendimento a requerimento formulado pela Itália. A operação em questão tem muitos pontos de contato com a que substituiu, em especial o fato de ser a Itália a principal responsável por sua execução, mas dela

¹⁵⁷ Do inglês Rapid Border Intervention Teams

¹⁵⁸ BRANDSCHEIDT, J. Menschenrechtsverletzungen im Rahmen europäischer Flüchtlingspolitik am Beispiel Frontex. Norderstedt: Grin Verlag, 2011, p. 7

¹⁵⁹ LÖHR, T. Schutz statt Abwehr: für ein Europa des Asyls. Berlin: Verlag Klaus Wagenbach, 2010, p.39.

¹⁶⁰ A ilha de Lampedusa está situada no extremo sul da Itália, distante 113km da costa tunisiana e 127km da costa italiana, estando, inclusive, mais ao sul do que a Tunísia e a Argélia. A extrema proximidade com o continente africano de um território europeu transformou a ilha em uma das principais portas de entrada de imigrantes ilegais e de requerentes de refúgio na UE. In: CALLONI, M.; MARRAS, S.; SERUGHETTI, G. Chiedo asilo: essere rifugiato in Italia. Milão: Università Bocconi Editore, 2012, p.53.

¹⁶¹ Informação disponível em <http://www.marina.difesa.it/cosa-facciamo/operazioni-conclude/Pagine/mare-nostrum.aspx>. Acesso em 15/05/2015.

difere por não ter como objetivo principal o socorro humanitário, e sim o controle das fronteiras¹⁶².

O controle das fronteiras externas é um dos principais objeto de preocupação da UE, que, em 2013, procedeu à criação do Sistema Europeu de Vigilância das Fronteiras – EUROSUR, cujos objetivos são a redução do número de imigrantes ilegais que ingressam na União, a redução do número de mortes de imigrantes ilegais durante as tentativas de ingresso e o combate à criminalidade transfronteiriça¹⁶³.

Em comum as medidas adotadas pela UE até o momento têm o fato de objetivarem transformar as fronteiras externas em obstáculos intransponíveis. O controle de imigração, até então visto como um direito dos Estados soberanos, passa a receber forte influência da normativa comunitária, na medida em que se fortalece o ideal de cooperação entre os Membros da UE no controle de fronteiras externas.

Se, por um lado, boa parte daqueles que tentam ingressar no território europeu, de fato, é composta por indivíduos que objetivam trabalhar ilegalmente na Europa, por outro, muitos são vítimas de perseguição, com direito ao *status* de refugiados ou a alguma forma de proteção subsidiária.

Aos que alcançam as fronteiras europeias em busca de proteção, aplicasse o *non-refoulement*, restando vedado, portanto, a sua devolução ao local em que sofrem perseguição. A estes, deve ser dada a oportunidade de, ao menos, solicitar refúgio. O problema atual diz respeito àqueles que não conseguem alcançar o território europeu.

Sabedores de suas obrigações decorrentes do direito internacional dos refugiados, diversos Estados, não apenas os europeus, como demonstra o episódio envolvendo os rohingya no sudeste asiático, recorrem a medidas de interceptação e detecção de embarcações em alto mar, evitando, assim, que os potenciais solicitantes de refúgio alcancem as suas águas territoriais.

De fato, a crescente preocupação com o controle das fronteiras externas, em especial com as operações realizadas fora do mar territorial e da zona contígua dos

¹⁶² Informação disponível em http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-14-566_en.htm. Acesso em 15/05/2015.

¹⁶³ Regulamento (UE) nº 1052/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho

Estados-membros, visando impedir o ingresso de imigrantes e potenciais solicitantes de refúgio, resulta na adoção de procedimentos cada vez mais arriscados para alcançar o território europeu. Rotas mais arriscadas e embarcações ainda mais precárias e superlotadas levam a reiteração de tragédias no Mediterrâneo. Em abril de 2015, o naufrágio de um único pesqueiro repleto de imigrantes resultou em mais de 800 mortes na costa da Líbia¹⁶⁴.

Além disso, o fato de não haver, no âmbito da UE, qualquer regulamentação clara em relação à proteção de direitos humanos em alto-mar, transformado em uma quase zona livre de direitos humanos, na qual a Convenção de 1951 não é obrigatoriamente respeitada, possibilita a entrega de potenciais solicitantes de refúgio a estados com histórico de violação generalizada de direitos humanos.

A principal crítica à política europeia no Mediterrâneo se baseia no fato de a repulsão de embarcações repletas de migrantes ser feita sem qualquer análise individual. Assim, não há como saber se, de fato, dentre os incontáveis indivíduos mandados de volta para o continente africano, há merecedores de proteção internacional.

Desta forma, seja pela harmonização problemática levada a cabo na UE, com a liberdade de criação de listas de Estados seguros, para os quais os imigrantes podem ser devolvidos, sem o conhecimento da solicitação de refúgio, seja pela política de controle de fronteiras externas, que tentam impedir, a todo custo, o ingresso de imigrantes no continente, a Europa se transformou em um destino quase inalcançável para os solicitantes de refúgio.

2.2.1.2 Américas

O marco recente mais relevante para o refúgio no continente americano foi o pedido de parecer consultivo à Corte Interamericana de Direitos Humanos, formulado pelo Estado do Equador em 18 de agosto de 2016, sobre “a instituição do asilo em suas diversas formas e a legalidade de seu reconhecimento como direito humano de todas as pessoas, de acordo com o princípio de igualdade e não discriminação”.

¹⁶⁴ Informação disponível em: <http://g1.globo.com/mundo/noticia/2015/04/italia-resgatou-638-imigrantes-em-alto-mar-na-segunda.html>. Acesso em 25/05/2015.

Apesar de não haver nenhuma referência expressa na petição enviada pelo Equador, visto que apresentada consulta em tese, as perguntas formuladas não deixam dúvidas de que se trata do caso de Julian Assange, ativista australiano, então asilado na embaixada do Equador em Londres, sem que tenha o Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte reconhecido tal situação e expedido o necessário salvo-conduto.

Para a análise do caso, será analisado, inicialmente, o instituto do asilo, para, em seguida abordar um por um os questionamentos formulados pelo Equador.

2.2.1.2.1 Do asilo

O instituto do asilo, como hoje o entendemos, remonta à antiguidade clássica, em especial às cidades-Estado gregas¹⁶⁵. Nestas, os detentores do poder valiam-se da proscricção de indivíduos como importante instrumento político, em regra sob a alegação de suposta prática de sacrilégio por estes¹⁶⁶. Os proscritos normalmente conseguiam obter proteção no território controlado por outra cidade-Estado¹⁶⁷, na qual poderiam permanecer, sem o receio de serem entregues ao perseguidor.

A Idade Contemporânea tem como marco inicial a Revolução Francesa (1789-1799), longo período conturbado marcado por vácuo de poder, que permitiu a construção de novo discurso político, por vezes desprendido da realidade.

Um dos primeiros temas abordados pelos revolucionários após a tomada do poder foi o instituto da extradição, que possui ligação íntima com o direito de asilo. Dentre diversas manifestações, destaca-se discurso de Michel-Louis-Étienne Regnaud-Saint-Jean-d'Angély na Assembleia constituinte em 19/02/1791, no qual defende a necessidade de análise dos pedidos de extradição, que não poderiam ter

¹⁶⁵ De acordo com REALE, o termo asilo deriva do adjetivo grego ασύλου (asílon, aquele que é inviolável), fato que serve como indício razoável das origens históricas do instituto. In : REALE, É. Le droit d'asile. In: _____ Recueil des Cours. Haia: [s.n.], v. 63, 1938., p. 475.

¹⁶⁶ SABINE, G. H. **História das teorias políticas**. [S.l.]: Fundo de Cultura, 1964., p.3

¹⁶⁷ BALOGH, E. World peace and the refugee problem. In: _____ Recueil des cours. Haia: [s.n.], v. 75, 1949, p.380

como base mera vontade dos Estados estrangeiros, devendo ser fundamentados na prática comprovada de crimes comuns pelo potencial extraditando¹⁶⁸.

As discussões sobre a extradição evoluíram para alcançar o direito de asilo, culminando na inclusão de previsão no artigo 120 da Constituição de 24 de junho de 1973, segundo a qual o povo francês dá asilo aos estrangeiros banidos de sua pátria devido à defesa da liberdade, negando-o aos tiranos¹⁶⁹.

A partir desse momento, o asilo se consolida como expressão da soberania do Estado. Apesar de não haver grandes modificações quanto aos fundamentos teóricos do direito de asilo, uma alteração é digna de nota: o instituto deixa definitivamente de ser uma prerrogativa da gestão da Igreja, passando ao campo de competências exclusivas do Estado¹⁷⁰.

Durante a maior parte do século XIX, o direito de asilo, apesar de ainda encontrar resistência por parte da maioria dos Estados¹⁷¹, na prática, se exteriorizou através do reconhecimento, pela maioria dos tratados de extradição, do princípio da não-extradição por crimes políticos¹⁷².

Ainda no século XIX, iniciou-se o processo de normatização internacional do asilo, com a celebração do Tratado sobre Direito Penal Internacional, de alcance territorial restrito à América do Sul, que reconheceu indiretamente o instituto ao regulamentar a extradição e os delitos políticos¹⁷³.

O fato de a codificação do direito de asilo ter se iniciado na América Latina é intimamente ligado à situação política do continente desde o início do processo de descolonização, com sucessivos golpes de Estado, revoltas e tentativas de modificação à força da ordem vigente, que resultou no aumento no número de

¹⁶⁸ NOIRIEL, G. Réfugiés et sans-papiers: la République face au droit d'asile, XIXe - XXe siècle. Paris: Pluriel, 2012, p.33.

¹⁶⁹ FRANÇA. Constituição (1793). *Acte constitutionnel de la République*. Paris (França): Convenção Nacional, 1793.

¹⁷⁰ ASPRONE, M. Il diritto d'asilo e lo status di rifugiato. Roma: Aracne, 2012, p. 25

¹⁷¹ SINHA, S. P. *Op.cit.*, p.19

¹⁷² KHAN, S. A. Legal problems relating to refugees and displaced persons. In: _____ Recueil des cours. Haia: [s.n.], v. 149, 1976, p.316

¹⁷³ ANDRADE, J. H. F. D. *op. cit.*, p.18.

asilados políticos na região. Sintomático que, até os dias de hoje, continua sendo esta a região na qual o instituto é praticado com maior frequência.

Conforme demonstra a evolução histórica do instituto, o direito de asilo visa proteger o indivíduo, se originando em uma ação instintiva sua, decorrente da necessidade biológica de salvar a própria vida e liberdade¹⁷⁴. Consiste, assim, em instituto pelo qual um Estado oferece proteção a um indivíduo face a perseguição sofrida por este em outro Estado¹⁷⁵.

De acordo com o entendimento majoritário, pelo instituto do asilo tem o Estado “o poder discricionário de conceder proteção a qualquer pessoa que se encontre sob sua jurisdição”¹⁷⁶. Como regra geral, visa proteger estrangeiro perseguido em seu país natal, em casos tipicamente de criminalidade política, nos quais o bem jurídico tutelado não é “universalmente reconhecido, mas uma forma de autoridade assentada sobre ideologia ou metodologia capaz de suscitar confronto além dos limites da oposição regular num Estado democrático”¹⁷⁷.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos dispõe que “todo homem, vítima de perseguição, tem o direito de procurar e de gozar asilo em outros países”¹⁷⁸. A partir da redação de tal dispositivo, surge outro ponto relevante do instituto do asilo contemporâneo: teria este a natureza de direito subjetivo?

De acordo com Carlier¹⁷⁹, não existe um direito ao asilo político por dois motivos principais. O primeiro seria a não inclusão do direito de asilo no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, que se limita a reconhecer o direito do indivíduo de sair livremente de qualquer país, inclusive o seu¹⁸⁰. Outro motivo é o

¹⁷⁴ MELLO, C. D. A. *Curso de direito internacional público*. 15ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, v. 2, 2004, p.1091.

¹⁷⁵ JUBILUT, L. L. *O direito internacional dos refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro*. São Paulo: Método, 2007, p.37.

¹⁷⁶ *Ibid.* p.38.

¹⁷⁷ REZEK, F. *Direito internacional público*. 11ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.215.

¹⁷⁸ Artigo 14, I da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

¹⁷⁹ CARLIER, J.-Y. *Droit d'asile et des réfugiés : de la protection aux droits*. In: _____ *Recueil des cours*. Haia: [s.n.], v. 332, 2007, pp 41-42.

¹⁸⁰ Artigo 12.2 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos

histórico de negociação e redação do art. 14 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH).

A gênese do dispositivo em questão demonstra a existência de um direito que o Estado pode conceder ao indivíduo, e não de um direito que o Estado deva conceder a este. Há o reconhecimento de um direito no texto da Declaração, sem que seja prevista uma obrigação contraposta. Assim, haveria tão somente a aparência de um direito.

Pela inexistência de obrigação de concessão de asilo, a Declaração das Nações Unidas sobre o Asilo Territorial de 14 de dezembro de 1967 dispõe ser o asilo concedido por um Estado, no exercício de sua soberania. *“Conceder asilo político não é obrigatório para Estado algum, e as contingências da própria política – exterior e doméstica – determinam, caso a caso, as decisões de governo”*¹⁸¹.

Apesar de ser, em sua origem, tipicamente territorial, isto é, o Estado concede proteção a indivíduos que se encontrem em seus domínios, atualmente apresenta-se em duas modalidades distintas: o asilo territorial e o asilo diplomático.

O asilo territorial contemporâneo representa evolução direta do direito de asilo clássico, consistindo em

proteção dada pelo estado, em seu território, a pessoa cuja vida ou liberdade se acha ameaçada pelas autoridades de seu país, acusada de haver violado a sua lei penal, ou, o que é mais frequente, tendo deixado esse seu país para se livrar de perseguição política¹⁸².

Tal proteção pode ser concedida pelo Chefe de Estado ou por outra autoridade que tenha recebido delegação específica – no caso do Brasil, o Ministro da Justiça.

Já o asilo diplomático constitui modalidade de asilo político provisório, que remonta ao surgimento das missões diplomáticas no século XV¹⁸³.

O instituto em questão, em seus primórdios início, se assemelhava ao asilo religioso, na medida em que concedido a criminosos comuns. Com a consolidação dos Estados nacionais e a humanização das penas, sua importância no continente

¹⁸¹ REZEK, F. *op.cit.*, p.215.

¹⁸² ACCIOLY, H.; NASCIMENTO E SILVA, G. E.; CASELLA, P. B. Manual de direito internacional público. 21^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.506.

¹⁸³ MELLO, C. D. A. *Op.cit.*, p.1100.

européu diminuiu gradativamente, ao ponto de, durante os séculos XIX e XX, ter sido registrado apenas esporadicamente naquela região¹⁸⁴.

Apesar de seu declínio – e quase desaparecimento - na Europa, o asilo diplomático vem sendo praticado com regularidade na América Latina ao menos desde o século XIX. Foi objeto de diversos instrumentos convencionais regionais, dentre os quais destacam-se a Convenção de Havana de 1928, a Convenção de Montevideu de 1933 e a Convenção de Caracas de 1954.

O asilo diplomático se dá de forma temporária, permanecendo até a retirada do asilado do Estado territorial após a emissão, por este, de salvo conduto, permitindo a retirada do asilado de seu território.

Registre-se que há considerável resistência pela maior parte dos Estados quanto ao reconhecimento de um direito ao asilo diplomático, sobretudo em virtude considerações políticas e jurídicas.

Por um lado, a concessão de asilo diplomático em um contexto de guerra civil, por exemplo, tem o potencial de prejudicar as relações da missão diplomática com as autoridades locais. Por outro lado, há controvérsias até mesmo quanto à existência de regras costumeiras sobre o asilo diplomático, visto que, com a exceção da prática na América Latina, a concessão de tal modalidade de asilo costuma ter como fundamento compromissos officiosos entre as partes envolvidas¹⁸⁵.

Tanto o asilo territorial quanto o asilo político têm como característica principal a sua individualidade, isto é, visam proteger indivíduos específicos, que sofrem perseguições políticas, em razão de atividade desenvolvida por este. Assim, trata-se de instituto cuja aplicação não é otimizada para momentos de grandes distúrbios sociais, que impliquem em movimentações humanas em massa, em especial quanto os demandantes de proteção são vítimas de perseguição por motivos outros que o político.

2.2.1.2.1.1 Da consulta formulada pelo Equador à Corte Interamericana de Direitos Humanos

¹⁸⁴ MELLO, C. D. A. *op.cit.*, p.1100.

¹⁸⁵ DINH, N. Q.; DAILLIER, P.; PELLET, A. *Droit international public*. 7^a. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2002, p.751.

Em 18 de agosto de 2016, o Estado do Equador formulou pedido de parecer consultivo sobre “*a instituição do asilo em suas diversas formas e a legalidade de seu reconhecimento como direito humano de todas as pessoas, de acordo com o princípio de igualdade e não discriminação*”.

Apesar de não haver nenhuma referência expressa na petição enviada pelo Equador, visto que apresentada consulta em tese, as perguntas formuladas não deixam dúvidas de que se trata do caso de Julian Assange, ativista australiano, desde junho de 2012 na condição de asilado na embaixada do Equador em Londres, sem que, até o momento, tenha o Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte reconhecido tal situação e expedido o necessário salvo-conduto.

A primeira questão¹⁸⁶ formulada pelo Equador teve como tema principal a oponibilidade da figura do asilo diplomático a estados que não o reconhecem na prática, visto ser esta típica da América Latina. FASSBENDER ressalta ter o instituto se tornado conhecido mundialmente com o julgamento, em 1950, pela Corte Internacional de Justiça (CIJ) do caso *Colômbia v. Peru* (Haya de la Torre)¹⁸⁷.

Em 1948, o governo peruano responsabilizou o partido Alianza Popular Revolucionaria Americana por tentativa de golpe de Estado fracassada. Victor Raúl Haya de la Torre, dirigente do partido em questão, adentrou a embaixada da Colômbia, que lhe concedeu asilo político. Ato contínuo, foi solicitado ao Peru a emissão de salvo-conduto, permitindo o deslocamento de Haya de la Torre para o território colombiano, tendo sido tal pedido negado¹⁸⁸. Fracassadas as tentativas

¹⁸⁶ Tendo em especial consideração os princípios de igualdade e não discriminação por razões de qualquer condição social previstos nos artigos 2.1, 5 e 26 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, o princípio pro-homine e a obrigação de respeitar todos os direitos humanos de todas as pessoas em qualquer circunstância e sem distinções desfavoráveis, assim como os artigos 31 e 32 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados e o artigo 29 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e os artigos 28 e 30 da Declaração Universal de Direitos Humanos, cabe a um Estado, grupo ou indivíduo realizar atos ou adotar uma conduta que, na prática, signifique o desconhecimento das disposições estabelecidas nos instrumentos de direitos humanos antes mencionados, incluindo o artigo 5 da Convenção de Genebra sobre o Estatuto dos Refugiados, de maneira que se atribua aos artigos 22.7 e XXVII da Convenção Americana e da Declaração Americana de Deveres e Direitos do Homem, respectivamente, um conteúdo restrito quanto à forma ou à modalidade do asilo? Quais seriam as consequências jurídicas produzidas sobre os direitos humanos e liberdades fundamentais da pessoa afetada por esta interpretação regressiva?

¹⁸⁷ FASSBENDER, Bardo, PETERS, Anne. *The Oxford Handbook of The History of International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2014, p.558

¹⁸⁸ BARRETO, Rafael Zelesco. De Haya de la Torre a Manuel Zelaya: Vicissitudes e afirmações do Direito Latino-Americano de Asilo Diplomático. In: PEREIRA, Ana Cristina Paulo; MENEZES; Wagner (org.). *Direito e relações internacionais na América Latina*. Belo Horizonte: Arraes, 2015, pp.570-587.

ordinárias de solução da controvérsia, foi o caso submetido à Corte Internacional de Justiça. Mais importante do que a solução dada pela Corte ao caso, foi o reconhecimento, mesmo que indiretamente, do caráter regional do asilo diplomático¹⁸⁹.

O asilo diplomático surgiu juntamente com a instalação das primeiras Missões Diplomáticas, tendo como antecedente histórico o asilo religioso, conforme exposto anteriormente¹⁹⁰. Na Europa, contudo, o instituto caiu em desuso com o desaparecimento do *jus quartiorum*, ou seja, com o fim da fundamentação da inviolabilidade das embaixadas na teoria da extraterritorialidade¹⁹¹. Assim, não há dificuldade em afirmar que jamais existiu na Europa asilo diplomático similar ao existente da América Latina, na medida em que a concessão de asilo em embaixadas somente era admissível quando estas eram consideradas território estrangeiro.

Na América Latina, o asilo diplomático desenvolveu-se como extensão da prática de concessão de asilo para instalações diplomáticas no exterior, principalmente devido à volatilidade política que marcou os séculos XIX e XX na região¹⁹². Surgida como costume, posteriormente foi positivada, inicialmente pela Convenção de Havana de 1928, até a celebração da quarta convenção regional sobre o tema, qual seja a Convenção Interamericana sobre Asilo Diplomático.

Tratando-se o asilo diplomático como costume regional, não pode ser oposto a Estados terceiros. Tampouco é a Convenção Interamericana sobre Asilo Diplomático oponível a estes.

Tal fato, contudo, não impediria que fosse conferido algum grau de proteção a estrangeiros nas Missões Diplomáticas, visto que, conforme será exposto posteriormente, em determinados casos poderia a Convenção de Genebra sobre o Estatuto dos Refugiados ser aplicável.

¹⁸⁹ CIJ. Caso relativo ao direito de asilo (Colômbia/Peru). Sentença de 20/11/1950.

¹⁹⁰ MELLO, C.D.A., *op. cit.*, p.1100.

¹⁹¹ *Idem*

¹⁹² FASSBENDER, B. *op.cit.*, p.558.

O segundo questionamento¹⁹³ se resumia à produção de efeitos de um tratado em relação a terceiros. A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (CVDT) traz, como regra geral¹⁹⁴, a não produção de efeitos de um tratado em relação a Estado que com ele não consentiu.

Neste sentido, ARÉCHAGA afirma que tal previsão expressa a “*regra fundamental ‘pacta tertiis nec nocent nec prosunt’, isto é, que um tratado não pode impor (ao invés de criar) direitos ou obrigações a um terceiro Estado*”¹⁹⁵. De certo, há exceções a esta regra, previstas pela própria CVDT, quais sejam:

Quando o terceiro Estado aceita expressamente por escrito obrigações criadas por um tratado (artigo 35);

Quando o terceiro Estado não se opuser a um direito que lhe foi concedido por um tratado do qual não é parte (artigo 36);

Quando uma regra prevista em um tratado internacional se torne regra consuetudinária do Direito Internacional (artigo 38).

Ora, a consulta formulada pelo Equador diz respeito a uma obrigação supostamente imposta a Estados terceiros. Não havendo consentimento expresso deste, somente poder-se-ia falar em oponibilidade do asilo diplomático a esta, caso fosse o instituto considerado costume internacional, como prova da uma prática geral aceita como sendo o direito¹⁹⁶.

O costume internacional, para ser caracterizado como tal, deve preencher três requisitos: a prática deve ser (i) duradoura e consistente, (ii) geral, e (iii) aceita como o direito (*opinio iuris sive necessitati*)¹⁹⁷

O asilo diplomático atende a estes requisitos no âmbito latino-americano, mas tão somente neste. Se, por um lado, é verdade que estados fora da região, como os Estados Unidos da América, já concederam asilo diplomático, por outro lado, jamais

¹⁹³ Cabe a um Estado, alheio a determinada convenção sobre asilo, obstaculizar, impedir ou limitar a ação de outro Estado que é parte nesta Convenção, de maneira que não possa cumprir as obrigações e compromissos contraídos em virtude deste instrumento? Quais deveriam ser as consequências jurídicas desta conduta para a pessoa que se encontra asilada?

¹⁹⁴ Artigo 34 – Regra Geral com Relação a Terceiros Estados
Um tratado não cria obrigações nem direitos para um terceiro Estado sem o seu consentimento.

¹⁹⁵ ARÉCHAGA, E.J.; ARBUET-VIGNALI, H.; RIPOLL, R.P. *Derecho Internacional Publico*. 1ª ed (reimpressão), Montevideu: Fundación de Cultura Universitaria, 2014., P. 276

¹⁹⁶ Art.38, b, do Estatuto da Corte Internacional de Justiça.

¹⁹⁷ CRAWFORD, J. *Brownlie's principles of public international law*. 8a ed., Oxford: Oxford University Press, 2012. Pp.24/25.

o fizeram por considerar o instituto como vinculante. Ainda, a prática de concessão de asilo diplomático por tais estados tornou-se extremamente rara após a década de 1930¹⁹⁸.

Ressalte-se, ainda, que o fato de o asilo diplomático ser um costume latino-americano não o torna um instituto oponível a toda a sociedade internacional. De fato, foi o próprio direito pan-americano que revelou a existência de costumes regionais¹⁹⁹, que se diferenciam do costume internacional universal pelo fato de somente obrigarem aqueles Estados que o aceitarem²⁰⁰. Assim, não há que se falar na produção de quaisquer efeitos do instituto do asilo diplomático em relação a estados que não ratificaram as convenções interamericanas e não reconheceram tal instituto como costumeiro.

O ponto central do terceiro questionamento²⁰¹ é a proibição do rechaço, normalmente citado como *non refoulement*. O fato de o solicitante de refúgio ou asilo sofrer perseguição em seu estado de origem possui duas importantes repercussões em seu ingresso no estado de destino: o ingresso, em regra, é feito clandestinamente; e o rechaço do solicitante ao estado de origem provavelmente resultará em violação grave a sua integridade física ou até mesmo à vida.

A Convenção de Genebra sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951 aborda tais questões sob o enfoque de proteção aos solicitantes de refúgio. Quanto à entrada, determina, em seu art. 31, que os refugiados que ingressem ilegalmente ou estão presentes no território de um dado Estado sem autorização não estarão sujeitos a qualquer penalidade, se tiverem partido diretamente do Estado de perseguição, estejam de boa-fé e se apresentem às autoridades²⁰².

¹⁹⁸ FASSBENDER, B., *op. cit.*, p. 559.

¹⁹⁹ MELLO, C. D. A. *Curso de direito internacional público*. 15ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, v. 1, 2004, p.297.

²⁰⁰ *Idem*, p.298.

²⁰¹ Cabe a um Estado, alheio a determinada convenção sobre asilo, ou que seja parte de um regime jurídico regional distinto daquele com base no qual foi concedido o asilo, entregar a quem goza do estatuto de asilado ou refugiado ao agente de perseguição, violando o princípio de não devolução, argumentando que a pessoa asilada perde esta condição por encontrar-se em um país estranho a este regime jurídico no momento de exercer seu direito de livre mobilidade humana? Quais deveriam ser as consequências jurídicas derivadas desta conduta sobre o direito de asilo e os direitos humanos da pessoa asilada?

²⁰² GOEDHART, G. J. V. H. The problem of refugees. In: _____ *Recueil des cours*. Haia: [s.n.], v. 82, 1953, p. 298.

Tal previsão é especialmente importante ante o fato de a maioria dos países desenvolvidos exigir vistos para indivíduos provenientes de países que costumam produzir refugiados e não conceder vistos para a efetivação de solicitação de refúgio. Desta forma, o uso de documentos falsos para ingresso no Estado de destino costuma ser a única alternativa viável²⁰³.

Aliado a esta vedação do uso do ingresso irregular como motivo de não reconhecimento da condição de refugiado está a consolidação do princípio do *non refoulement*, que, no contexto da proteção de vítimas de perseguição, deve ser compreendido de sua forma mais ampla, “como o gênero abrangente de todas as espécies de institutos jurídicos que visam à saída compulsória do território nacional”²⁰⁴.

Não obstante o tratamento especial convencional dado ao princípio do *non refoulement*, este tem origem em costume geral, sendo vinculante, portanto, até mesmo em relação a estados que não fazem parte da Convenção de Genebra sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951²⁰⁵ ou a estados que não fazem parte das Convenções Interamericanas em matéria de asilo. Assim, restariam proibidos expulsão ou rechaço de um solicitante de proteção para as fronteiras dos territórios nos quais sua vida ou liberdade restariam ameaçadas por motivo de raça, religião, nacionalidade, opinião política ou pertencimento a grupo social.²⁰⁶

O princípio do *non refoulement* engloba não só a proibição de rechaço direto, mas também o indireto, de um refugiado ou solicitante de refúgio ao território no qual seriam potencialmente perseguidos. Assim, não é possível a retirada compulsória de um refugiado do território de um Estado em direção a um Estado terceiro, caso seja possível que este envie o refugiado ao Estado perseguidor²⁰⁷.

²⁰³ HATHAWAY, J. C.; FOSTER, M. The law of refugee status. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, p.28.

²⁰⁴ LUZ FILHO, J. F. S. Non-refoulement: breves considerações sobre o limite jurídico à saída compulsória do refugiado. In: ARAÚJO, N.; ALMEIDA, G. A. O direito internacional dos refugiados: uma perspectiva brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 180

²⁰⁵ ASPRONE, M. *op.cit*, p.91.

²⁰⁶ KHAN, S. A. *op.cit*, pp.317-318.

²⁰⁷ ASPRONE, M. *op.cit*, p.91.

Neste ponto, importante ressaltar a existência de tendência internacional, reconhecida, por exemplo, pela Corte Europeia de Direitos Humanos, de responsabilizar o Estado por todas consequências extraterritoriais previsíveis de extradição ou outra medida compulsória que venham a recair sobre um potencial refugiado, o que destaca, com ainda maior ênfase, a obrigação de os Estados evitarem, a todo custo, o *refoulement*²⁰⁸.

O princípio da vedação do rechaço, em regra, tem aplicação em dois campos distintos: na zona primária de fronteira, onde é proibida a recusa arbitrária de ingresso; e na aplicação de medidas compulsórias contra os protegidos.

Quanto ao primeiro campo de aplicação, isto é, na zona de fronteira, entende-se que se trata de exceção à regra costumeira segundo a qual cabe única e exclusivamente ao Estado, de acordo com juízo de conveniência ou oportunidade, permitir o ingresso no território nacional, visto que, alcançado o território do Estado, o *“indivíduo que busca refúgio tem o direito público subjetivo de ingressar no território do Estado de acolhida e ter seu pedido analisado, à luz do devido processo legal administrativo”*²⁰⁹.

Quanto ao segundo campo, os motivos que permitem a expulsão de um refugiado são tratados pela Convenção de Genebra de 1951 de forma consideravelmente restrita, somente sendo aceita a expulsão daqueles que representem ameaça à ordem pública ou à segurança nacional, com o respeito ao devido processo legal e com a concessão de prazo razoável para que o refugiado em processo de expulsão consiga ser admitido em estado terceiro²¹⁰.

Quanto aos asilados, contudo, a regra é consideravelmente distinta, na medida em que as convenções interamericanas, ao invés de prever a proibição de devolução do asilado, preveem mera faculdade dos estados. De fato, o artigo III da Convenção Interamericana sobre Asilo Territorial afirma que *“nenhum estado é obrigado a entregar a outro estado ou a expulsar de seu território pessoas perseguidas por motivos ou delitos políticos”*. Assim, a regulamentação latino-

²⁰⁸ HATHAWAY, J. C.; FOSTER, M. *op.cit*, p.37.

²⁰⁹ RAMOS, A. D. C. O princípio do non-refoulement no direito dos refugiados. In: PIOVESAN, F.; GARCIA, M. Doutrinas essenciais: direitos humanos. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. IV, 2011, p.1165.

²¹⁰ GOEDHART, G. J. V. H. *op.cit*, pp.298-299.

americana não garantiu aos asilados a proteção contra o rechaço. Isto não significa, contudo, que os estados estejam completamente desobrigados da obrigação de não rechaço, ao menos no caso do asilo territorial.

Quanto ao asilo diplomático, contudo, outras considerações devem ser feitas. De acordo com a doutrina majoritária, para fins de aplicação do princípio do *non-refoulement*, é imprescindível o ingresso no território do Estado. Em se tratando de ingresso por mar, por exemplo, devem os solicitantes de proteção alcançar o mar territorial, não bastando o ingresso na zona contígua, já que, no mar, a fronteira corresponde aos limites exteriores do mar territorial²¹¹.

No caso do asilo diplomático, o asilado não ingressa no território do estado asilante. Se, para Grotius, embaixadores (e por derivação as embaixadas) “*deveriam ser considerados também como estando fora do território*”²¹², atualmente tal posicionamento é incompatível com o espírito da Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas, que fundamenta as imunidades e privilégios das Missões Diplomáticas na teoria do interesse da função²¹³. Não há que se falar, portanto, em vedação do rechaço.

O quarto quesito²¹⁴ do Equador versava sobre a relevância de valores éticos e jurídicos para o caso.

Sem adentrar em questionamentos acerca da relevância de valores éticos, ditames da consciência pública e moral universal, importante destacar que, na sociedade internacional, as obrigações dos Estados decorrem de uma das fontes do direito internacional. Apesar de haver certa divergência doutrinária quanto a existência de outras fontes, há consenso quanto às listadas no art.38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, visto que a função da Corte é decidir as disputas que

²¹¹ TREVISANUT, S. The principle of *non-refoulement* at sea and the effectiveness of asylum protection. IN: VON BOGDANDY, A.; WOLFRUM, R. *Max Planck yearbook of United Nations law*, vol.12, Heidelberg: Koninklijke Brill N.V., 2008, p.232.

²¹² GROTIUS, H. *O direito da guerra e da paz*. 2ª ed., Ijuí: Unijuí, v.I, 2005., p.735

²¹³ MELLO, C.D.A., *op.cit*, p.1384.

²¹⁴ Cabe a um Estado adotar uma conduta que, na prática, limite, diminua ou enfraqueça qualquer forma de asilo, argumentando para isso que não confere validade a certos enunciados de valor ético e jurídico como as leis da humanidade, os ditames da consciência pública e a moral universal? Quais deveriam ser as consequências de ordem jurídica decorrentes do desconhecimento destes enunciados?

lhes forem submetidas com base no direito internacional e que todos os membros da ONU são automaticamente membros da CIJ²¹⁵.

De acordo com tal entendimento, são fontes do direito internacional os tratados, os costumes internacionais e os princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações civilizadas. Conforme exposto anteriormente, o instituto do asilo diplomático não se enquadra em nenhuma das hipóteses fora da América Latina, razão pela qual não há que se falar em consequências jurídicas para os demais estados quanto a sua não-observância.

Em seguida, o Equador requereu²¹⁶ a manifestação sobre implicações no instituto do asilo das previsões da Convenção de Viena Sobre relações Diplomáticas de 1961. Essa dispõe, em seu artigo 41:

As relações diplomáticas são regidas pela Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas de 1961 (CVRD), que dispõe em seu artigo 41:

1. Sem prejuízo de seus privilégios e imunidade tôdas as pessoas que gozem desses privilégios e imunidades deverão respeitar as leis e os regulamentos do Estado acreditado. Têm também o dever de não se imiscuir nos assuntos internos do referido Estado.
2. Todos os assuntos oficiais que o Estado acreditante confiar à Missão para serem tratados com o Estado acreditado deverão sê-lo com o Ministério das Relações Exteriores ou por seu intermedio ou com outro Ministério em que se tenha convindo.
3. Os locais da Missão não devem ser utilizados de maneira incompatível com as funções da Missão tais como são enunciadas na presente Convenção em outras normas de direito internacional geral ou em acordos especiais em vigor entre o Estado acreditado.

Com base em tais dispositivos, poder-se-ia alegar que a concessão de asilo diplomático representaria violação aos dispositivos previstos na CVRD, na medida em que implica em uso para fins diversos dos fins ordinários da Missão Diplomática.

²¹⁵ SHAW, M.N. *International law*. 7a ed., Cambridge: Cambridge University Press, 2014, p.50

²¹⁶ Cabe a um Estado negar asilo a uma pessoa que solicita esta proteção em uma de suas sedes diplomáticas aduzindo que concedê-lo significaria fazer mal uso dos locais que ocupa a Embaixada, ou que concedê-lo desta forma significaria estender indevidamente as imunidades diplomáticas a uma pessoa sem status diplomático? Quais deveriam ser as consequências de ordem jurídica destes argumentos sobre os direitos humanos e liberdades fundamentais da pessoa afetada, tendo em conta que poderia se tratar de uma vítima de perseguição política ou de atos de discriminação?

A CVRD é propositalmente silente no ponto, visto que, à época das negociações, não havia consenso quanto à figura do asilo diplomático, apesar de certa predominância de estados contrários ao reconhecimento do instituto²¹⁷.

Ademais, apesar de a prática ter consagrado algumas hipóteses de afastamento da inviolabilidade da sede da Missão (incêndio, por exemplo), tudo indica que a intenção da CVRD foi a consagração da inviolabilidade absoluta, ante o teor claro do artigo 22²¹⁸.

A questão do asilo diplomático, portanto, deve ser tratada no delicado equilíbrio entre os artigos 41 e 22 da CVRD. Assim, se por um lado inexiste, fora da América Latina, o asilo diplomático, uma vez admitidos os asilados na embaixada, o Estado territorial não pode recuperá-los, sendo a única saída a mesa de negociação. Em 2002, por exemplo, 25 norte-coreanos solicitaram refúgio na embaixada da Espanha em Beijing, somente sendo a questão resolvida após intrincada negociação entre China, Coreia do Sul, Espanha e Filipinas, tendo como resultado a ida dos 25 indivíduos para Seoul via Manila²¹⁹.

Desta forma, ainda que, em tese, a concessão de asilo diplomático no território de estado que não reconhece o instituto possa constituir violação ao artigo 41 da CVRD, não há medidas que possam ser adotadas pelo estado territorial, ante o caráter absoluto da inviolabilidade prevista no artigo 22 da CVRD.

2.2.1.2.1.2 Da Opinião Consultiva

Ao responder aos questionamentos formulados pela República do Equador, a Corte Interamericana de Direitos Humanos foi extremamente conservadora, evitando, ao máximo, adotar qualquer tipo de posicionamento que já não tivesse sido exteriorizado por outra instância. Para fins do presente trabalho, interessante a conclusão da Corte quanto ao princípio do non-refoulement:

2. El principio de no devolución es exigible por cualquier persona extranjera, incluidas aquellas en búsqueda de protección internacional, sobre la que el Estado en cuestión esté ejerciendo autoridad o que se encuentre bajo su

²¹⁷ DINH, N.Q., *op.cit.*, p.751

²¹⁸ MELLO, *op.cit.*, p.1384

²¹⁹ CRAWFORD, J. *op.cit.*, p.405

control efectivo, con independencia de que se encuentre en el territorio terrestre, fluvial, marítimo o aéreo del Estado, en los términos de los párrafos 164 a 199.

3. El principio de no devolución no solo exige que la persona no sea devuelta, sino que impone obligaciones positivas sobre los Estados, en los términos de los párrafos 194 a 199.

Neste ponto, a Corte perdeu oportunidade ímpar de proceder à evolução, ao menos em âmbito regional, do posicionamento exteriorizado pela Corte Internacional de Justiça ao apreciar o caso Haya de la Torre.

Em 1948, o governo peruano responsabilizou o partido Alianza Popular Revolucionaria Americana por tentativa de golpe de Estado fracassada. Victor Raúl Haya de la Torre, dirigente do partido em questão, adentrou a embaixada da Colômbia, que lhe concedeu asilo político. Ato contínuo, foi solicitado ao Peru a emissão de salvo-conduto, permitindo o deslocamento de Haya de la Torre para o território colombiano, tendo sido tal pedido negado²²⁰. Fracassadas as tentativas ordinárias de solução da controvérsia, foi o caso submetido à Corte Internacional de Justiça, que proferiu opinião consultiva sem grandes efeitos práticos, na medida em que entendeu não haver um direito unilateral do estado acreditante a qualificar a perseguição sofrida como política, não obrigando, como consequência o Peru a conceder salvo-conduto para o asilado, mas tampouco determinou, ao analisar outra questão submetida posteriormente pelas partes à Corte, a entrega de Haya de la Torre para o Peru²²¹.

O caso que inspirou a consulta formulada pelo Equador possui inegável paralelo com o caso Haya de la Torre, na medida em que o Equador concedeu asilo diplomático a um indivíduo qualificado unilateralmente como perseguido político, o Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte negou a concessão de salvo-conduto, fazendo com que o asilado permanecesse de modo indefinido na legação.

Quanto à proibição do rechaço, a Corte afirmou:

220 BARRETO, Rafael Zelesco. De Haya de la Torre a Manuel Zelaya: Vicissitudes e afirmações do Direito Latino-Americano de Asilo Diplomático. In: PEREIRA, Ana Cristina Paulo; MENEZES; Wagner (org.). *Direito e relações internacionais na América Latina*. Belo Horizonte: Arraes, 2015, pp.570-587.

221 BARRETO, Rafael Zelesco. De Haya de la Torre a Manuel Zelaya: Vicissitudes e afirmações do Direito Latino-Americano de Asilo Diplomático. In: PEREIRA, Ana Cristina Paulo; MENEZES; Wagner (org.). *Direito e relações internacionais na América Latina*. Belo Horizonte: Arraes, 2015, 571-572

45. En consecuencia, el principio de no devolución es exigible por cualquier persona extranjera, incluidas aquellas en búsqueda de protección internacional, sobre la que el Estado en cuestión esté ejerciendo autoridad o que se encuentre bajo su control efectivo, con independencia de que se encuentre en el territorio terrestre, fluvial, marítimo o aéreo del Estado. Esta disposición incluye los actos realizados por las autoridades migratorias y fronteras, así como los actos realizados por funcionarios diplomáticos.

Reconhece-se, assim, a obrigação de o estado acreditante receber a potencial vítima de perseguição, bem como proceder à análise do caso e a observar todas as garantias decorrentes da condição de asilado/refugiado, dentre as quais:

54. (...) i) obligación de no devolver (non-refoulement) y su aplicación extraterritorial; ii) obligación de permitir la solicitud de asilo y de no rechazar en frontera; iii) obligación de no penalizar o sancionar por ingreso o presencia irregular y de no detención; iv) obligación de brindar acceso efectivo a un procedimiento justo y eficiente para la determinación de la condición de refugiado; v) obligación de asegurar las garantías mínimas de debido proceso en procedimientos justos y eficientes para determinar la condición o estatuto de refugiado; vi) obligación de adaptar los procedimientos a las necesidades específicas de las niñas, niños y adolescentes; vii) obligación de otorgar la protección internacional si se satisface la definición de refugiado y asegurar el mantenimiento y continuidad del estatuto de refugiado; viii) obligación de interpretar de forma restrictiva las cláusulas de exclusión, y ix) obligación de brindar acceso a derechos en igualdad de condiciones bajo el estatuto de refugiado.

A questão principal deixada em aberto pela Corte Internacional de Justiça, contudo, não foi devidamente enfrentada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Ao afirmar que o estado sujeito à Convenção sobre Asilo Diplomático são obrigados a receber o solicitante de asilo e a processar tal solicitação, mas negar qualquer efeito a terceiros decorrentes de tal Convenção ante o princípio da relatividade dos tratados, o impasse criado pela CIJ em Haya de la Torre não foi devidamente solucionado.

Nos termos opinião consultiva, o Equador ficou obrigado a analisar e, se for o caso, conceder o asilo diplomático, mas o estado acreditado, caso não seja parte da Convenção, não está obrigado a conceder salvo-conduto. Quanto a este ponto,

78. La Corte estima, además, que la situación jurídica de la persona tampoco puede quedar en un limbo o prolongarse indefinidamente. Así, la Corte ha precisado, en otros supuestos distintos al aquí examinado, que la

persona no solamente tiene el derecho a no ser devuelta, sino que este principio requiere también la actuación estatal, teniendo en cuenta el objeto y fin de la norma. Ahora bien, el hecho de que la persona no pueda ser devuelta no implica *per se* que el Estado deba necesariamente otorgar el asilo en su sede diplomática, sino que subsisten otras obligaciones que imponen al Estado adoptar las medidas diplomáticas, incluida la solicitud al Estado territorial de expedir un salvoconducto, o de otra índole que estén bajo su autoridad y, de conformidad con el derecho internacional, para asegurar a los solicitantes la garantía de los derechos convencionales.

Assim, obrigou a Corte o estado acreditante a adotar todas as medidas necessárias para que a situação jurídica do asilado não seja prolongada indefinidamente, mas, sem estabelecer qualquer obrigação para o estado acreditado, a Corte perdeu oportunidade única de solucionar uma lacuna evidente que, conforme explanado *supra*, poderia ser facilmente resolvida, ao menos em teoria, ao reconhecer a existência de sobreposições entre os institutos do refúgio e do asilo, o que permitira, *in casu*, trazer à baila a Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados, que conta com relevante número de ratificações por todo o globo.

2.2.1.3 Outros eventos americanos

Paralelamente aos acontecimentos narrados acima, vale destacar alguns eventos excepcionais que marcaram o tema no continente americano/

Grande indicativo do freio imposto ao desenvolvimento do instituto do refúgio na América veio das medidas adotadas pelos EUA nos primeiros meses de 2016, com a suspensão, por ao menos 120 dias, de todo o já rigoroso programa norte-americano de admissão de refugiados²²², ou pelo Brasil desde 2018, com a decisão pela extradição de Cesare Battisti pelo então presidente Temer²²³, e pela cessação da condição de refugiados de Juan Francisco Arrom Suhurt, Anuncio Martí Méndez e Victor Antonio Colmán Ortega, em 2019, já na administração do presidente

²²² <https://www.theguardian.com/us-news/2017/jan/28/trump-immigration-ban-syria-muslims-reaction-lawsuits>

²²³ <http://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2018-12/temer-assina-extradicao-de-cesare-battisti>. Acesso em 26 de julho de 2019.

Bolsonaro²²⁴. O fator Trump – aí incluso os simulacros do presidente norte-americano, como é o caso do atual presidente brasileiro -, contudo, é merecedor de aprofundado estudo, que não deve ser feito em tempo real, sob pena de graves falhas metodológicas.

De toda forma, o Direito Internacional dos Refugiados, até então uma das grandes válvulas de escape para a população de Estados marginalizados sofre forte golpe neste início de século também no continente americano. Até que ponto será possível manter a ordem na Sociedade Internacional com multidões fugindo de Estados em processo de destruição, como o sírio, e milhões apinhados em insalubres campos de concentração – pois isso que o são – para refugiados em Estados sem recursos econômicos ou vontade política para lidar com a crise?

2.2.1.3.1 O fechamento das portas do EUA pré-Trump analisada sob a ótica do caso *Kiobel vs. Royal Dutch Shell*

Paralelamente ao desmonte do Direito Internacional dos Refugiados, uma outra alternativa para a defesa de grupos populacionais vulneráveis parece desaparecer. Neste ponto, analisaremos a decisão da *Supreme Court of the United States* (SCOTUS) no caso *Kiobel vs. Royal Dutch Shell*, proferida em 2013, após longos anos de jurisprudência em sentido oposto no âmbito dos tribunais inferiores, com especial atenção quanto à atuação de Estados estrangeiros em tentativa de frear o alcance da jurisdição norte-americana em questões envolvendo as grandes corporações multinacionais, bem como no impacto de tal decisão na sistemática de *forum shopping* em defesa dos direitos humanos.

No caso em destaque, um grupo de nigerianos, residentes à época dos fatos na região de Ogoniland, ingressaram em juízo nos Estados Unidos da América, quando já residentes no território deste, contra, dentre outros, a Royal Dutch Shell, companhia petrolífera anglo-neerlandesa, alegando que esta atuara em desconformidade com o direito internacional ao apoiar reiteradas violações de direitos humanos cometidas pelas forças armadas nigerianas durante repressão a protestos em Ogoniland. Em socorro à Royal Dutch Shell, embora afirmando atuar

²²⁴ <http://www.in.gov.br/web/dou/-/despachos-de-22-de-julho-de-2019-201843705>. Acesso em 26 de julho de 2019.

como terceiros neutros, compareceram o Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte, o Reino dos Países Baixos e a República Federal da Alemanha, todos manifestando preocupações com o exercício extraterritorial de jurisdição pelos Estados Unidos da América.

Parte do estado nigeriano de Rivers, Ogoniland está localizada na margem oriental do delta do rio Níger, com topografia bastante acidentada, contando, no ano de 2006, com população aproximada de 832.000 mil habitantes, predominantemente da etnia Ogoni²²⁵. A região de Ogoniland enfrenta, há muito, constantes crises sociais e ambientais relacionadas à exploração e à produção de petróleo na região do delta do Níger com consequências que perduram até a presente data, não obstante tenham sido as atividades petrolíferas suspensas na região no ano de 1993.

A exploração e produção de petróleo na região tiveram início na década de 1950 e continuaram pelas décadas seguintes, sempre conduzidas por Shell Petroleum Development Company (Nigeria) Ltd (SPDC), uma *joint venture* formada pela companhia estatal nigeriana Nigerian National Petroleum Company (NNPC), Shell International, Elf e Agip. No momento da cessação das atividades, havia 12 campos na região, com 116 poços perfurados, 89 completos e capacidade de escoamento de cerca de 185.000 barris diários²²⁶.

Os problemas sociais e ambientais decorrentes das atividades petrolíferas desenvolvidas no período anterior à independência da Nigéria em 1960 permaneceram, sendo registrados constantes derramamentos de óleo, e culminaram na criação do Movimento pela Sobrevivência do Povo Ogoni. A atuação do grupo, que demandava maior autonomia política e participação nos resultados da produção, foi duramente reprimida pelo Estado nigeriano, com a eclosão de grande e persistente onda de violência, responsável pela cessação da exploração e produção em Ogoniland no ano de 1993.

Os autores²²⁷ do processo analisado residiam em Ogoniland durante um dos períodos de violência mais marcantes, no qual, segundo a população local, o

²²⁵ United Nations Environment Programme, 2011, p. 22

²²⁶ Idem, p.22

²²⁷ Conforme informações disponíveis em <http://ccrjustice.org/learn-more/faqs/factsheet%3A-case-against-shell-0>, Karalolo Kogbara, ao reclamar da destruição de sua plantação por tropas estatais, foi

Exército nigeriano e a polícia local atacaram as vilas Ogoni, valendo-se de métodos claramente violadores de direitos humanos, como tortura e estupros em massa. Após tais episódios, os autores conseguiram fugir para os Estados Unidos da América, onde foram reconhecidos como refugiados.

Considerando que a grande repressão estatal, responsável pelas violações apontadas, objetivava a normalização da exploração e da produção de petróleo em Ogoniland pela SPCD, os autores ingressaram em juízo contra as suas controladoras Royal Dutch Petroleum Company (Royal Dutch), pessoa jurídica incorporada no Reino dos Países Baixos, e Shell Transport and Trading Company, p.l.c. (Shell), pessoa jurídica incorporada na Inglaterra, requerendo a responsabilização de ambas pelos atos praticados. Ressalte-se que, de acordo com as vítimas e com numerosas instituições de defesa aos direitos humanos, a participação da Shell foi considerável, com o desenvolvimento de estratégias de atuação das forças de repressão, pagamento de propinas para viabilizar tal atuação e até mesmo com a indicação de líderes que deveriam ser eliminados.²²⁸

Os atos supostamente praticados pelos réus, em especial os relativos à tortura e aos homicídios, são objeto de facto material convencional, com grande destaque para o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional²²⁹, que, em seu artigo 7º, 1, *a* e *f* define o homicídio e a tortura como Crimes contra a Humanidade, quando cometidos no quadro de um ataque generalizado ou sistemático contra qualquer população civil. Resta saber se a gravidade de tais atos possibilitariam a atuação do Judiciário norte-americano, questão que se resolve com a análise da legislação e sobretudo da jurisprudência pertinente.

O parágrafo 1350 do Código dos Estados Unidos da América dispõe que as cortes distritais têm jurisdição original para qualquer ação cível intentada por

baleada e perdeu um braço. Uebari N-nah foi baleado e morto por soldados próximo a uma instalação da SPCD. Owen Wiwa foi detido reiteradamente durante o ano de 1994 para evitar sua participação em protestos, sempre submetido à tortura. Michael Vizer foi preso por suas atividades políticas, tendo sua filha estuprada no momento da prisão, sendo submetido posteriormente a sessões de tortura e tendo seu filho preso e torturado quando tentou lhe entregar comida. Por fim, Ken Saro-Wiwa, John Kpuinen, Barinem Kiobel, Saturday Doobee, Daniel Gbokoo e Felix Nuate, cujos familiares integram o polo ativo da demanda, faziam parte dos chamados Nove Ogoni – os líderes do movimento de resistência Ogoni – tendo sido condenados à morte e executados em processo irregular, sem garantia de defesa, por homicídios cometidos pelo Estado em uma reunião da qual participaram.

²²⁸ Informação disponível em: <http://ccrjustice.org/learn-more/faqs/factsheet%3A-case-against-shell-0>

²²⁹ Informação disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm

estrangeiro, quando esta tiver como objeto a responsabilização civil por violação do direito internacional ou tratados firmados pelos Estados Unidos²³⁰. Conhecido como *Alien Tort Statute*, tal dispositivo foi historicamente utilizado pelos tribunais norte-americanos para o exercício extraterritorial de sua jurisdição.

Em *Filártiga v. Peña Irala*²³¹, familiares de jovem (Joelito Filártiga) torturado e morto pelo então Inspetor-Geral de Polícia de Assunção (Américo Norberto Peña Irala) durante o governo Stroessner ingressaram em juízo nos Estados Unidos da América requerendo reparação civil. No momento do ajuizamento, Dolly Filártiga, irmã da vítima, e o réu residiam em território norte-americano, apesar de o último encontrar-se em situação imigratória irregular. A United States Court of Appeals, Second Circuit, reconheceu a possibilidade de exercício de jurisdição, afirmando que estrangeiros vítimas de graves violações de direitos humanos podem recorrer ao judiciário norte-americano desde que este tenha como exercer jurisdição sobre o réu, salientando, ainda, que a proteção contra a tortura constitui direito internacional costumeiro de elevada categoria.

Em *In re Estate of Ferdinand E. Marcos Human Rights Litigation*²³², a United States Court of Appeals, Ninth Circuit, igualmente reconheceu a possibilidade de exercício de jurisdição em caso envolvendo pedido de responsabilização civil formulado por nacional das Filipinas contra o ex-Presidente filipino Ferdinand Marcos, por atos de tortura cometido nas Filipinas.

Tais casos constituem os precedentes de maior relevância na jurisprudência norte-americana e, apesar de não terem sido submetidos à SCOTUS, foram objeto de aprovação desta quando do julgamento de *Sosa v. Alvarez-Machain*²³³.

Humberto Álvarez-Machain, nacional mexicano, fora extraído do território de seu país por um grupo de mercenários que o levou ao território dos EUA, onde foi submetido a julgamento – e absolvido - por suposta participação em homicídio de

²³⁰ The district courts shall have original jurisdiction of any civil action by an alien for a tort only, committed in violation of the law of nations or a treaty of the United States.¹

²³¹ Informação disponível em: <http://www.ccrjustice.org/ourcases/past-cases/fil%C3%A1rtiga-v.-pe%C3%B1-irala>

²³² Informação disponível em: http://www.law.com/jsp/ca/PubArticleCA.jsp?id=1202423436145&In_re_Estate_of_Ferdinand_E_Marcos_Human_Rights_Litigation&slreturn=20130913202128

²³³ Informação disponível em: <http://www.law.cornell.edu/supct/search/display.html?terms=sosa&url=/supct/html/03-339.ZS.html>

oficial do governo norte-americano. No caso em questão, discutia-se a responsabilidade civil dos indivíduos responsáveis por sua captura e remessa ilegal para o território dos EUA.

Em *Sosa v. Alvarez-Machain*, a SCOTUS, além de referir-se em aprovação aos casos *Filártigas* e *Marcos* analisados *supra*, definiu parâmetros razoavelmente objetivos para a existência de jurisdição norte-americana em casos envolvendo o *Alien Tort Statute*, restringindo sua aplicação aos casos nos quais haja jurisdição sobre as pessoas envolvidas (por exemplo, com a residência do réu em território norte-americano) e a conduta ensejadora de responsabilização seja objeto de proibição clara pelo direito internacional, enquadrando-se dentre limitado rol de atos especialmente odiosos, como pirataria, tortura e genocídio. Ainda, a SCOTUS fez menção expressa à possibilidade de afastamento da jurisdição através do princípio aberto do *forum non conveniens*.

Os três casos analisados resumem de modo satisfatório o tratamento dado pelo Judiciário norte-americano, inclusive pela SCOTUS, à responsabilidade civil por atos praticados no exterior, com o reconhecimento expresso da existência de jurisdição, servindo até mesmo como um incentivo ao ajuizamento de ações do gênero nos EUA.

Importante destacar que o procedimento de fixação de jurisdição no *common law* norte-americano é duplo, com a divisão entre *subject matter jurisdiction* e *personal jurisdiction*. Ao contrário do que acontece em países do *civil law*, como o Brasil, no qual basta a presença de um dos elementos fixadores de jurisdição, nos EUA é imprescindível a existência da jurisdição sobre a matéria e sobre as pessoas para que um determinado caso possa ser efetivamente julgado. Assim, a jurisprudência sobre o *Alien Tort E statute* deve ser entendida como relativa tão somente ao aspecto material da jurisdição, sendo necessária a análise caso a caso quanto ao aspecto subjetivo desta.

Fato é que, no momento do ajuizamento da ação por *Kiobel* e outros, todos os elementos presentes indicavam a existência de jurisdição *subject matter*, eis que a conduta ensejadora de reparação caracteriza-se como violadora dos mais básicos direitos humanos reconhecidos internacionalmente, ante os reiterados episódios de tortura – física e psicológica – ocorridos em Ogoniland. A expectativa existente era de discussão tão somente quanto ao aspecto subjetivo, visto serem os réus pessoas jurídicas estrangeiras.

Neste sentido, a decisão da SCOTUS foi recebida com grande surpresa, não só pelas partes, mas pela grande maioria das instituições que militam na área dos direitos humanos. Não se trata, contudo, de mudança de posicionamento inexplicável, sendo evidente que a intervenção de Estados estrangeiros no feito e as constante preocupação da SCOTUS com a repercussão de suas decisões na política internacional desempenharam papel fundamental nesta guinada.

Ante a grande repercussão do caso e a possibilidade de os Estados Unidos da América declararem ter jurisdição sobre violação de direitos humanos cometida no exterior por empresas estrangeiras contra nacionais de outros Estados, inúmeros entes, de especialistas em direito internacional a grandes multinacionais, se apresentaram como *amicus curiae*. Dessas intervenções, destacamos as realizadas pelo Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte e pelo Reino dos Países Baixos em conjunto e pela República Federal da Alemanha, por tratar-se de comparecimento de Estados ao judiciário estrangeiro.

O Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte e o Reino dos Países Baixos apresentaram manifestação em conjunto²³⁴ devido à peculiar estrutura societária da Royal Dutch Shell, p.l.c., empresa verdadeiramente binacional, principal ente do conglomerado que engloba, em última análise, a SPCD. Na manifestação conjunta, defendem que o direito internacional impõe a limitação do exercício de jurisdição extraterritorial pelos Estados, sendo que a tendência de alargamento jurisdicional identificada nos Estados Unidos representariam um relevante risco de conflito diplomático e até mesmo violação ao direito internacional.

Já a República Federal da Alemanha ingressou no feito como *amicus curiae*²³⁵ manifestando-se contrariamente ao exercício extraterritorial de jurisdição pelos Estados Unidos da América, requerendo a adoção de interpretação restritiva do ATS, negando jurisdição e, por consequência, evitando gastos desnecessários aos réus. A Alemanha é firme, ainda, ao requerer que a SCOTUS leve em consideração o interesse de outros Estados em exercer jurisdição sobre seus

²³⁴Informação disponível em:
http://www.americanbar.org/content/dam/aba/publications/supreme_court_preview/briefs/10-1491_neutralamcunetherlands-uk-greatbritain-andirelandgovs.authcheckdam.pdf

²³⁵Informação disponível em:
http://www.americanbar.org/content/dam/aba/publications/supreme_court_preview/briefs/10-1491_respondentamcufederalrepublicofgermany.authcheckdam.pdf

próprios súditos e territórios, em especial em matéria de responsabilidade corporativa, sendo uma interpretação ampliativa do ATS, portanto, uma violação reflexa à soberania dos demais Estados envolvidos.

Os três Estados afirmaram em diversos momentos repudiar condutas corporativas que resultassem em violação a direitos humanos, mas foram enfáticas ao defender a limitação da jurisdição norte-americana.

A SCOTUS entendeu por unanimidade não haver jurisdição para o julgamento do caso, mas houve divergência quanto aos fundamentos. Por maioria, decidiu que a presunção contra a extraterritorialidade das leis se estende ao *Alien Tort Statute* e que, na inexistência de elementos neste que indiquem a vontade do legislador de ver a sua aplicação extraterritorial, deve ser o seu teor entendido como não aplicável a fatos ocorridos no estrangeiro.

A decisão em *Kiobel* representa relevante mudança na jurisprudência norte-americana e, em primeira leitura, indica até mesmo uma interpretação contrária ao texto da lei. A linha argumentativa desenvolvida pelo Chief Justice Roberts, redator do voto vencedor, expõe os interesses existentes por trás de tão relevante mudança. Por outro lado, as críticas formuladas pelo Justice Breyer, cujo voto vencido foi acompanhado por três outros membros da SCOTUS, merecem análise, por apontar claramente as incongruências existentes entre a decisão da Corte e a jurisprudência histórica.

O Chief Justice Roberts, relator vencedor, delimitou a questão sob análise à possibilidade e aos limites do reconhecimento pelas Cortes norte-americanas do uso de uma grave violação do direito internacional levada a cabo em território sujeito a uma outra soberania como causa de pedir em uma ação movida nos EUA. A questão, assim, se limitaria à *subject matter jurisdiction*.

De acordo com o relator, o ATS, datado de 1789, fora invocado em poucas ocasiões desde então e, apesar de prever a jurisdição das cortes, não contém nenhuma causa de pedir específica. Assim, é necessário recorrer a outros instrumentos para definir quais causas de pedir seriam admissíveis, concluindo que, de acordo com a *common law*, estas seriam um número pequeno de graves violações ao direito internacional. Mesmo assim, as condutas em questão não poderiam ser praticadas no território sob a jurisdição de outro Estado, visto que conflitos entre soberanos devem ser evitados a todo custo.

Citando o caso *EEOC v. Arabian American Oil Co.*, o relator afirma que, para a SCOTUS intervir no delicado campo das relações internacionais, deve haver uma sinalização clara e inequívoca do Congresso de ser esta a sua intenção, não bastando o fornecimento de mecanismos aptos a viabilizar tal intervenção.

O relator afirma reiteradamente que o Judiciário deve ser extremamente cauteloso ao analisar causas sujeitas ao ATS, visto que as potenciais implicações políticas no âmbito internacional poderiam ser interpretadas como ingerência indevida no âmbito de atuação discricionária do Legislativo e do Executivo.

Para o relator, ao dispor que as cortes distritais terão jurisdição originária para quaisquer ações cíveis intentadas por estrangeiros cujo objeto seja pedido de responsabilidade civil decorrente de violação ao direito internacional ou a tratados firmados pelos Estados Unidos da América, o ATS não efetuou qualquer tipo de indicação quanto à sua aplicação extraterritorial, não obstante ter sido a legislação em questão adotada no contexto do combate à pirataria. Nesta, contudo, os atos seriam praticados no alto-mar, e não em território estrangeiro, não havendo qualquer similaridade com os fatos em análise.

Finalmente, o relator cita o Justice Story, um dos maiores expoentes do direito internacional norte-americano, em passagem de especial relevância simbólica, segundo o qual “*no nation has ever yet pretended to be the custos morum of the whole world...*”.

Justice Breyer abriu divergência no julgamento, concluindo pela existência de *subject matter jurisdiction*, mas pela ausência de *personal jurisdiction*, tendo sido acompanhado por Justice Ginsburg, Justice Sotomayor e Justice Kagan.

De acordo com o Justice Breyer, a própria natureza do ATS implica sua incidência extraterritorial, na medida em que, no momento de sua aprovação, teve como objetivo combater violações a salvo-condutos e aos direitos de embaixadores e pirataria. Considerando a necessidade de interpretação evolutiva do dispositivo, teria aplicação a todas as violações ao direito internacional cuja gravidade fosse equivalente à pirataria do século XVIII.

A partir do histórico do ATS, Justice Breyer afirma que haveria jurisdição dos EUA quando 1- o ato causador de dano ocorreu em território norte-americano, 2- o réu for nacional dos EUA, ou 3- a conduta do réu violar algum interesse relevante dos EUA, dentre os quais se incluiria a não caracterização dos EUA como um porto seguro para os grandes inimigos da humanidade. O referido magistrado critica

duramente a distinção feita pela SCOTUS entre atos de pirataria e atos praticados em território de outro Estado, eis que os navios, quando em alto-mar, encontram-se sujeitos à jurisdição do Estado que lhe deu bandeira.

Justice Breyer conclui que as violações a direitos humanos apontadas são violações ao direito internacional graves o bastante para atrair a jurisdição norte-americana, mas, por ser a presença dos réus nos EUA limitada a pequeno escritório em Nova Iorque destinado a divulgar informações a investidores da Bolsa de Valores local, não haveria jurisdição pessoal sob os réus.

O voto minoritário reflete a jurisprudência reiterada das cortes ordinárias e da própria SCOTUS, possuindo consistência interna e sistemática. Contudo, tal entendimento permitiria o ajuizamento de novas ações similares perante as Cortes Interamericanas, o que faria com que o claro objetivo almejado pela SCOTUS não fosse alcançado.

O exercício da jurisdição é um dos aspectos mais relevantes da soberania estatal, na medida em que resulta na imposição da vontade de um ente a particulares em uma relação hierárquica, na qual o soberano se põe claramente em uma posição de superioridade.

Como decorrência da hierarquização das relações jurisdicionais, temos a máxima do *par in parem non habet imperium*, brocardo representativo da imunidade de jurisdição do Estado, segundo o qual é defeso a um Estado soberano o exercício de jurisdição sobre outro Estado, e o princípio da territorialidade das leis e da jurisdição, impedindo que um Estado imponha a sua vontade sobre bens e pessoas localizadas em território sujeito a um outro ente soberano.

Fenômenos complexos da pós-modernidade, caracteriza sobretudo pelo constante fluxo de pessoas e capitais e com a diminuição da relevância prática das fronteiras nacionais, resultaram em um crescente caráter extraterritorial da legislação e do exercício de jurisdição pelos Estados, criando um crescente campo de conflito e de afirmação de poder pelos entes soberanos, em especial em áreas sensíveis como a atuação de transnacionais.

Se, em um primeiro momento, identificamos uma clara tendência do Judiciário norte-americano em oferecer o seu foro às mais diversas demandas, reconhecendo claro caráter extraterritorial às suas atividades, temos uma mudança de paradigma com o julgamento do caso *Kiobel*, na medida em que a SCOTUS reconhece a relevância geopolítica do exercício de jurisdição e estabelece como

critério claro para a extraterritorialidade a existência de manifestação do Executivo e do Legislativo neste sentido.

Não há dúvidas de que as manifestações contundentes de Estados relevantes no delicado jogo de poderes do mundo contemporâneo alertando quanto à possível ingerência indevida em campos que seriam de sua atribuição desempenhou papel relevante na mudança de entendimento da SCOTUS. Outra importante válvula de escape parece desaparecer.

2.3 Considerações gerais

1º de julho de 2009: a guarda costeira italiana aborda uma embarcação entre a Líbia e a ilha italiana de Lampedusa. Dentre os 82 detidos há 67 vindos da Eritreia. Na Eritreia, tortura, prisão arbitrária e desaparecimento forçado estão na ordem do dia. Há execuções extrajudiciais, trabalhos forçados e recrutamento forçado para serviço militar perpétuo. A guarda costeira italiana não dá aos ocupantes da embarcação a possibilidade de requerer refúgio no território italiano. Em vez disso, como feito em várias ocasiões anteriores, os entrega à guarda costeira líbia, que os leva para uma prisão líbia. Os solicitantes de refúgio são detidos arbitrariamente e sob condições desumanas, por vezes expostos no deserto ou expulsos para Estados onde potencialmente sofrerão perseguição. O Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados, o ACNUR, conseguiu seguir os rastros dos eritreus entregues à Líbia e constatou que a maioria deles fazia jus à proteção sob a égide do direito internacional (tradução nossa)²³⁶.

²³⁶ Do original em alemão: "1. Juli 2009: Die italienische Küstenwache greift zwischen Libyen und der italienischen Insel Lampedusa ein Boot auf. Unter den 82 Insassen sind 67 aus Eritrea. In Eritrea sind Folter, willkürliche Inhaftierungen und das Verschwinden von Personen an der Tagesordnung. Es gibt außergerichtliche Hinrichtungen, Zwangsarbeit und Zwangsrekrutierung zum lebenslänglichen Militärdienst. Die italienische Küstenwache gibt den Bootsinsassen keine Möglichkeit, Asyl auf italienischem Staatsgebiet zu beantragen. Stattdessen übergibt sie sie, wie bereits in mehreren vorangegangenen Fällen, an die libysche Küstenwache, die sie in eine libysche Haftanstalt bringt. Asylbewerber werden willkürlich und unter unmenschlichen Bedingungen inhaftiert, manchmal auch in

Retornamos ao direito internacional dos refugiados, que, não por acaso, vem transpassando a presente tese, visto que é, sem dúvidas, um dos maiores desafios das primeiras décadas do século XXI.

A grave crise humanitária vivida no mar mediterrâneo não pode ser encarada como fato isolado dos demais acontecimentos que assolam o mundo. Se, por um lado, crise é um termo utilizado frequentemente para justificar quaisquer dificuldades, sobretudo as financeiras, culpada por qualquer acontecimento adverso, em atribuição de responsabilidade despersonalizada, por outro, a crise, em especial a econômica, i.e., a fase de recessão caracterizada por falta de investimentos, diminuição da produção, aumento de desemprego, etc., é utilizada como justificativa para todas as medidas impopulares adotadas por governantes²³⁷.

A crise atual não é apenas econômica, tendo um forte componente humanitário. Se antes eram usados termos como conjuntura, encarada como uma transição dolorosa, mas necessária, visando alcançar nova fase de prosperidade, portanto com uma visão positiva dos momentos de dificuldade, atualmente não há perspectiva de solução, ao menos de médio prazo, para os problemas que assolam a sociedade internacional²³⁸.

A proteção das vítimas de perseguição e dos que fogem de graves crises econômicas, antes intimamente ligada aos grandes conflitos ocorridos na Europa na primeira metade do século XX e à instabilidade política que os seguiu durante os anos da Guerra Fria, ganha novos contornos: a questão dos refugiados se globaliza, ante a expansão dos deslocamentos humanos em massa para o nível mundial, a intensificação dos esforços de assistência humanitária e a ampla cobertura de casos paradigmáticos pela mídia²³⁹.

der Wüste ausgesetzt oder in Staaten, in denen Verfolgung droht, weitergeschoben. Dem Flüchtlingshochkommissariat der Vereinten Nationen, UNHCR, gelingt es, die Spur der Eritreer nach Libyen zu verfolgen, und es stellt fest, dass die Mehrheit von ihnen nach internationalem Recht schutzbedürftig gewesen wären." In: LÖHR, T. Schutz statt Abwehr: für ein Europa des Asyls. Berlin: Verlag Klaus Wagenbach, 2010, p.7.

²³⁷ BAUMAN, Zygmunt; BORDONI, Carlo. Estado de Crise. Rio de Janeiro, Zahar, 2016, p. 25.

²³⁸ BAUMAN, Zygmunt; BORDONI, Carlo. Estado de Crise. Rio de Janeiro, Zahar, 2016, p. 25.

²³⁹ NOIRIEL, G. Réfugiés et sans-papiers: la République face au droit d'asile, XIXe - XXe siècle. Paris: Pluriel, 2012, p.III.

Se, em 1929, a grande crise mundial foi resolvida pela aplicação das teorias keynesianas, com pesado investimento estatal para criação de empregos, tal lógica não pode ser repetida pois os países afetados estão endividados demais e não têm condições para investir. Ademais, a crise atual é caracterizada pela combinação da aposta econômica internacional, incluindo a liberalização de fronteiras, e medidas tomadas para lidar com estas pelos Estados, com prejuízo relevante aos indivíduos²⁴⁰.

Analisemos a questão dos prejuízos dos novos modelos econômicos aos indivíduos vulneráveis. A União Europeia, união econômica atualmente com 28 Estados-Membros. 6 países candidatos à adesão e um em processo de saída²⁴¹, tem como uma de suas características marcantes a efetiva implementação da livre circulação de pessoas, com quase completa eliminação dos controles de fronteiras internas, em especial quanto aos Estados-Membros do Acordo de Schengen²⁴².

A atual estrutura jurídica da UE é disciplinada pelo Tratado de Lisboa, de 2007, que, dentre outras inovações, conferiu efeito vinculante à Carta dos Direitos Fundamentais da UE, de 2000. A partir de então, passam a ser ainda mais relevantes as atribuições comunitárias quanto à defesa dos direitos humanos, por exemplo, assumindo o Tribunal de Justiça da UE papel relevante na defesa de direitos e liberdades fundamentais²⁴³.

As medidas adotadas pela UE até o momento têm o fato de objetivarem transformar as fronteiras externas em obstáculos intransponíveis. O controle de imigração, até então visto como um direito dos Estados soberanos, passa a receber forte influência da normativa comunitária, na medida em que se fortalece o ideal de cooperação entre os Membros da UE no controle de fronteiras externas.

²⁴⁰ BAUMAN, Zygmunt; BORDONI, Carlo. Estado de Crise. Rio de Janeiro, Zahar, 2016, p. 27.

²⁴¹ Informação disponível em: http://europa.eu/about-eu/countries/index_pt.htm. Acesso em 06 de maio de 2015.

²⁴² O Acordo de Schengen, apesar de possuir íntima relação com a livre circulação de pessoas objetivada pela União Europeia, não integra o acervo normativo comunitário, constituindo instrumento convencional autônomo que conta, inclusive, com a ratificação por Estados que não integram a União, como é o caso da Suíça, da Noruega e da Islândia, além de haver Estados-Membros da UE, nominalmente Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte e a República da Irlanda, que não integram o Espaço Schengen. Informação disponível em http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/borders-and-visas/schengen/index_en.htm. Acesso em 10/05/2015.

²⁴³ CALLONI, M.; MARRAS, S.; SERUGHETTI, G. Chiedo asilo: essere rifugiato in Italia. Milão: Università Bocconi Editore, 2012, p.46.

Não só na UE, contudo, o estado de crise atual levou à grande prejuízo a solicitantes de refúgio e a pessoas que, no geral, fogem de situações calamitosas em seus estados de origem.

Abril de 2014: após três anos de intenso fluxo de haitianos, o governo do Acre decide fechar o abrigo da cidade de Brasileia, na fronteira com a Bolívia. Por esse local, passaram mais de 20 mil haitianos, tendo chegado a abrigar 2500 pessoas em um espaço físico projetado para acolher 300. Os imigrantes haitianos fogem do caos instaurado em seu país natal após décadas de instabilidade política e o grande cismo de 2010 que devastou a parca estrutura então existente.

Junho de 2015: mais de 20 homens, quase todos negros vindos da África, passam dias confinados em pequena sala no Aeroporto Internacional de São Paulo/Guarulhos – Governador André Franco Montoro, apenas com a roupa do corpo. A maior parte é de potenciais solicitantes de refúgio, mas que são impedidos de deixar a área de segurança internacional do aeroporto e até mesmo de formalizar o pedido de refúgio. A Polícia Federal opta, em prol de suposta segurança nacional, por não aplicar a Convenção de 1951 e a lei 9.474/97, como se a ela competisse decidir tal questão²⁴⁴.

19 de maio de 2015: o ACNUR, através de seu porta-voz, cobra dos governos do sudeste asiático providências para o resgate de milhares de potenciais refugiados que se encontram em embarcações em alto-mar. Segundo estimativas, haveria cerca de quatro mil pessoas, a maioria pertencente à etnia rohingya²⁴⁵ provenientes de Mianmar e Bangladesh, em alto-mar, com suprimentos acabando em tentativa desesperada de obter proteção em outro Estado. As autoridades dos governos locais, ao identificar a entrada de tais embarcações em sua zona contígua, área na qual, nos termos da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar de 1982,

²⁴⁴ Informação disponível em: <http://oglobo.globo.com/brasil/candidatos-refugio-ficam-no-limbo-em-sala-de-aeroporto-16509800> . Acesso em 21/06/2019.

²⁴⁵ O grupo étnico rohingya habita o território do Mianmar há gerações, onde constituem minoria étnica, linguística e religiosa, totalizando cerca de um milhão de habitantes. Apesar do suposto longo tempo de assentamento, o governo mianmarenses afirma se tratarem de migrantes recentes, sem direito à nacionalidade e a direitos civis, sociais, econômicos e políticos básicos. Em razão de tal situação, há considerável fluxo de refugiados rohingya do Mianmar para Bangladesh ou para a Tailândia, em regra por via marítima. Informação disponível em: http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/05/150511_imigrantes_minoria_lab.shtml. Acesso em 15 de junho de 2019.

podem exercer fiscalização de imigração²⁴⁶, fornecem água e alimentos e, em seguida, os empurram de volta para o alto-mar²⁴⁷.

De fato, três fenômenos relevantes marcam o direito internacional dos refugiados: Estados que tradicionalmente recebiam grande fluxo de refugiados, em especial os europeus, passam a adotar medidas visando impedir a entrada de potenciais solicitantes de refúgio; crises humanitárias surgem em pleno alto-mar, na medida em que solicitantes em potencial são mantidos a força neste, para não ingressar no mar territorial de qualquer Estado, evitando-se, assim, a aplicação do princípio do *non refoulement*; e Estados, até então com pouca tradição no acolhimento de refugiados, como o Brasil, passam a ser destino de fluxo cada vez mais relevante.

Neste contexto, o direito internacional dos refugiados passa a lidar com problemas novos, que fogem do padrão até então comum de mera análise da subsunção dos casos concretos aos requisitos previstos na Convenção de 1951, ao mesmo tempo em que a vontade política dos Estados em receber novos refugiados diminui. Da conjunção de tais fatores, resultam diversas políticas públicas que têm como objetivo principal a repulsão de migrantes e a proteção das fronteiras, violando as obrigações contraídas internacionalmente.

A crise atual não é apenas econômica, mas social, política e humanitária, impondo à governança desafios concretos de difícil solução, incompatíveis com o discurso liberalizante que marcou as últimas décadas do século XX.

Os anos 1990 foram marcados por um discurso focado em suposto declínio do Estado, bem como pela busca de alternativas ao direito estatal e ao governo estatal. A governança não estatal tornou-se chique, condição que perdeu força após as guerras do Iraque e do Afeganistão e, sobretudo, com o resgate promovido pelos EUA às instituições financeiras no contexto da crise econômica mundial de 2008. Tais fatos lembraram a posição ainda importante do Estado, de onde resulta a

²⁴⁶ De acordo com o artigo 33 da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar de 1982, “*numa zona contígua ao seu mar territorial, denominada zona contígua, o Estado costeiro pode tomar as medidas de fiscalização necessárias a: a) evitar as infrações às leis e regulamentos aduaneiros, fiscais, de imigração ou sanitários no seu território ou no seu mar territorial; b) reprimir as infrações às leis e regulamentos no seu território ou no seu mar territorial*”.

²⁴⁷ Informação disponível em: <http://www.acnur.org/t3/portugues/noticias/noticia/salvamento-no-mar-acnur-cobraacao-dos-governos-do-sudeste-asiatico/>. Acesso em 25/05/2019.

“governança não-estatal”, conceito até então celebrado, como um conceito um tanto quanto ultrapassado²⁴⁸.

Não obstante tal fato, a crise atual, ao contrário da de 1929, não encontrou um Estado tão forte como se imaginava. Apesar de terem sido os Estados Unidos da América a resgatar as instituições financeiras e evitar um propagado colapso econômico global, os Estados, como regra geral, não foram capazes de alterar de forma definitiva as circunstâncias que levaram à crise²⁴⁹.

As deficiências dos modelos de governança tradicionais são agravadas pelo fato de seus elementos centrais – o Estado, governança pública e privada – serem entes abstratos considerados como imutáveis. Mas o Estado é sempre o mesmo? E qual a diferença entre governança pública e privada? Ainda, por que isso importa? A discussão não deveria ter como foco a distinção entre boa e má governança independente se público ou privada?²⁵⁰

Na década de 1970, o modelo de Estado pós-vestefaliano social parou de funcionar – desemprego crescente, inflação incontrolável, incapacidade de o Estado cumprir com o prometido. Para muitos, o Estado foi rebaixado da posição de motor mais poderoso do bem-estar universal àquela de obstáculo mais odioso, pérfido e prejudicial. Houve desregulamentação, privatização, adoção de inúmeras medidas visando a redução do papel do Estado. Anos foram necessários para descobrir o que estava por trás do crescimento opulento da riqueza das últimas décadas do século XX, até que, em 2008, a bolha estourou, encontrando um quadro no qual os antigos veículos de progresso estão vencidos, sem que ninguém tenha uma alternativa com potencial para ofertar. O mercado, deixado a seus próprios mecanismos, tende a catástrofes econômicas e sociais. O Estado tampouco é o mesmo da crise de 1929 e é incapaz de solucionar de forma definitiva o problema. O Estado foi expropriado de grande parte de seu antigo poder, que foi capturado por

²⁴⁸ MICHAELS, Ralf. The Mirage of Non-State Governance, 2010 Utah Law Review 31-45 (2010), p.32

²⁴⁹ BAUMAN, Zygmunt; BORDONI, Carlo. Estado de Crise. Rio de Janeiro, Zahar, 2016, p. 29.

²⁵⁰ MICHAELS, Ralf. The Mirage of Non-State Governance, 2010 Utah Law Review 31-45 (2010), p. 33

forças supraestatais politicamente incontroláveis. A crise atual é diferente por ser vivida em um quadro no qual há divórcio entre poder e política²⁵¹.

É neste contexto que ganha força – e se controverte - o debate sobre governança global e o papel do Estado. A natureza mutável do Estado tem sido essencial para a sua longevidade. Como consequência, temos que o Estado em um mundo globalizado é diferente do Estado que existia até então, e qualquer tipo de governança não-estatal deve ser analisada levando isso em consideração. Ainda, fato é que a governança não-estatal real – isto é, governança na ausência do Estado – pode até existir, mas é extremamente rara, somente tendo sido registrada, até o momento, em Estados falidos como Afeganistão e Somália²⁵².

Se, por um lado, a governança não-estatal real vem sendo demonstrada como inviável, por outro, os governos têm sido capazes, no máximo, de arranjos, acordos interinos não convincentes tampouco destinados a durar, posto que sujeitos a duas pressões contraditórias cujas demandas são impossíveis de reconciliar: dos eleitores e das forças globalizadas, sem base territorial. A ideia de soberania territorial vestefaliana é baseada em postulados atualmente irrealistas²⁵³.

Desta forma, na maioria dos casos há a combinação de governança pública e privada. A *lex mercatoria*, por exemplo, combina regras de direito doméstico e de direito internacional com regras que emergem do comércio, mas institucionalmente não é autônoma do Estado, na medida em que este executa ou anula as sentenças arbitrais. O mesmo acontece com diversos outros exemplos de governança não-estatal²⁵⁴.

Neste sentido, quase todo tipo de governança é um misto entre governança pública e privada, havendo uma distribuição entre estatal e não-estatal não randômica. Os Estados têm vantagens estratégicas, na medida em que possuem capacidade técnica administrativa que não pode ser replicada, poderio militar, meios financeiros para salvar sistemas financeiros inteiros, mas também desvantagens

²⁵¹ BAUMAN, Zygmunt; BORDONI, Carlo. Estado de Crise. Rio de Janeiro, Zahar, 2016, p. 29

²⁵² MICHAELS, Ralf. The Mirage of Non-State Governance, 2010 Utah Law Review 31-45 (2010), p.39

²⁵³ BAUMAN, Zygmunt; BORDONI, Carlo. Estado de Crise. Rio de Janeiro, Zahar, 2016, p. 33.

²⁵⁴ MICHAELS, Ralf. The Mirage of Non-State Governance, 2010 Utah Law Review 31-45 (2010), p.38

claras, como sua relativa imobilidade e localidade, a transparência no processo decisório, etc. Em regra, tais desvantagens são bem resolvidas pelo setor privado, razão pela qual o ideal é haver a conjunção entre ambas²⁵⁵.

O século XXI é, até o momento, um século de crise, e a crise atual não é apenas econômica, tendo um forte componente humanitário. Se antes eram usados termos como conjuntura, encarada como uma transição dolorosa, mas necessária, visando alcançar nova fase de prosperidade, portanto com uma visão positiva dos momentos de dificuldade, atualmente não há perspectiva de solução, ao menos de médio prazo, para os problemas que assolam a sociedade internacional²⁵⁶.

A proteção das vítimas de perseguição e dos que fogem de graves crises econômicas, antes intimamente ligada aos grandes conflitos ocorridos na Europa na primeira metade do século XX e à instabilidade política que os seguiu durante os anos da Guerra Fria, ganha novos contornos: a questão dos refugiados se globaliza, ante a expansão dos deslocamentos humanos em massa para o nível mundial, a intensificação dos esforços de assistência humanitária e a ampla cobertura de casos paradigmáticos pela mídia²⁵⁷.

A tal lógica não pode ser repetida pois os países afetados estão endividados demais e não têm condições para investir. Ademais, a crise atual é caracterizada pela combinação da aposta econômica internacional, incluindo a liberalização de fronteiras, e medidas tomadas para lidar com estas pelos Estados, com prejuízo relevante aos indivíduos²⁵⁸.

Não bastasse tal fato, a conjunção da profunda – e interminável - crise econômica com um aumento considerável no fluxo de migração forçada criou verdadeira bomba-relógio prestes a explodir.

O Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte votou por deixar a União Europeia. Nos EUA, o discurso nacionalista, protecionista, xenófobo e misógino de Donald Trump venceu as eleições presidenciais. Na França, Marine Le Pen, por

²⁵⁵ MICHAELS, Ralf. The Mirage of Non-State Governance, 2010 Utah Law Review 31-45 (2010), pp.40-41

²⁵⁶ MICHAELS, Ralf. The Mirage of Non-State Governance, 2010 Utah Law Review 31-45 (2010), pp.40-41

²⁵⁷ NOIRIEL, G. Réfugiés et sans-papiers: la République face au droit d'asile, XIXe - XXe siècle. Pairs: Pluriel, 2012, p.III.

²⁵⁸ BAUMAN, Zygmunt; BORDONI, Carlo. Estado de Crise. Rio de Janeiro, Zahar, 2016, p. 27.

longo período, liderou as pesquisas eleitorais para as eleições presidenciais de 2017. A extrema-direita ganha força também no processo eleitoral do Reino dos Países Baixos. A África do Sul iniciou os procedimentos para deixar o Tribunal Penal Internacional. Os testes bélicos da Coreia do Norte se intensificaram.

A instabilidade geopolítica deixa os Estados em posição de grande insegurança, na medida em que o direito internacional, ainda mais que o direito interno, depende em larga escala da política. Paralelamente, o desmonte de diversas das válvulas de escape existentes aumentam a pressão sobre os Estados que recebem, mesmo que temporariamente, vítimas de graves violações de direitos humanos. Como prever o comportamento do Estado turco com mais de 2 milhões de refugiados em seu território?

Bismarck, líder do Segundo Reich alemão, afirmava que *“um chefe de Estado não pode criar nada por si mesmo. Deve esperar e escutar até ouvir os passos de Deus soando através dos eventos; então pular e agarrar a bainha de suas vestes”*²⁵⁹. Em tempos de incertezas, como prever o que ouvirão os chefes de Estado?

O direito internacional, novamente em crise – e quando não o esteve? – não parece mais bastar para alcançar o seu principal fim: a manutenção da ordem e da segurança. O caminho para longe da instabilidade é invariavelmente político – mas como alcançá-lo em um momento em que os tomares de decisão não necessariamente são aqueles escolhidos para tanto e há forte clamor popular em sentidos completamente divergentes? Parece-nos altamente improvável que, seguindo os eventos o curso atual, possa a ordem jurídica internacional continuar dando respostas minimamente efetivas às questões que lhe são postas. A ruptura do sistema se aproxima.

²⁵⁹ EVANS, Richard J. A chegada do Terceiro Reich. 3ª ed, São Paulo: Planeta, 2016.P.40

3 DIREITO DOS POVOS, DIREITOS HUMANOS E DIGNIDADE HUMANA

Pois o mundo está mudado: sinto isso na água, sinto isso na terra, e farejo no ar.

J.R.R. Tolkien

Em 1971, o filósofo John Rawls publicou *Uma Teoria da Justiça*, na qual apresenta a ideia de Justiça como Equidade, objetivando construir e justificar os princípios de justiça estruturantes de sociedades democráticas. Sendo uma teoria de justiça liberal igualitária, dá ênfase especial à inviolabilidade individual e na igualdade de acesso a oportunidades²⁶⁰.

Em 1993, Rawls apresenta, em *O Liberalismo Político*, a ideia de Justiça como Equidade sob nova perspectiva, com marcante distinção entre doutrina moral de alcance geral, que sempre expressarão uma forma específica de ver o mundo, atribuindo pesos específicos a dados valores, e concepção especificamente política de justiça, caso da Justiça como Equidade, cuja finalidade seria a construção dos princípios de justiça que serviriam para regular as relações e instituições no âmbito político.

Ao publicar *O Direito dos Povos*, em 1999, Rawls estende sua teoria de justiça liberal para o plano internacional, com destaque a um rol, modesto, é verdade, de direitos humanos que devem necessariamente ser garantidos por toda e qualquer sociedade organizada que integre a Sociedade dos Povos.

Rawls define *O Direito dos Povos* como uma utopia realista²⁶¹, preocupada fundamentalmente com a justiça, na medida em que parte dos pressupostos de que os grandes males da humanidade (perseguições, pobreza, etc.) têm como origem a injustiça política e que a adoção de políticas sociais justas tenderia a

²⁶⁰ OLIVEIRA, Fernando Nunes. **Os direitos humanos no Direito dos Povos: seu conteúdo, funções, participação em uma teoria de paz e possível fundamentação**. 2011. 161f. Dissertação (mestrado) – Programa de Pós- Graduação em Filosofia, Linha de Pesquisa: Direito, Sociedade e Estado. Universidade Federal de Pelotas, Pelotas., p10.

²⁶¹ A filosofia política é realisticamente utópica quando estende o que comumente pensamos ser os limites da possibilidade política praticável e, ao fazê-lo nos reconcilia com a nossa condição política e social. *In: RAWLS, John. O Direito dos Povos*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 15

eliminar – ou ao menos minorar - tais males, devendo, necessariamente, atender a duas condições: seus princípios *funcionais e aplicáveis a arranjos políticos e sociais em andamento*²⁶² e a de que *uma condição necessária para que uma concepção política de justiça seja considerada utópica é que ela use ideias, princípios e conceitos (morais) para especificar uma sociedade razoável e justa.*²⁶³

O primeiro ponto tem como objetivo evitar a renúncia total ao direito internacional tradicional, integrado por diversos Estados iguais e soberanos, enquanto o segundo objetiva a formação do Direito dos Povos propriamente dito, no qual são os povos, com suas características morais próprias, que caracterizam o sistema.

3.1 Os objetivos e a estrutura da teoria Rawlsiana

O *Direito dos Povos* estabelece uma teoria liberal da política externa: procura articular os propósitos fundamentais que devem guiar as relações exteriores das sociedades democráticas liberais. A abordagem de Rawls é enquadrar uma concepção ideal de relações internacionais e, em seguida, reduzi-la a princípios aplicáveis ao mundo não ideal. Ele se refere à concepção ideal como uma "utopia realista", que "tensiona o que normalmente se pensa ser o limite do politicamente praticável e, ao fazê-lo, reconcilia-nos com a nossa condição social"^{264 265}. As partes principais da teoria são um conjunto de princípios da política externa ("O Direito dos Povos") para os membros de uma "Sociedade dos Povos" idealizada; um esboço de seus fundamentos, estendendo a "posição original" presente nas obras anteriores de Rawls para o plano internacional; e inferências para a condução de uma política externa para sociedades liberais no mundo não ideal. Entre estes são as restrições sobre os usos e a condução da guerra e a exigência de ajudar o desenvolvimento de sociedades sobrecarregadas por condições

²⁶² RAWLS, John. *O Direito dos Povos*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p.18.

²⁶³ RAWLS, John. *O Direito dos Povos*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p.18.

²⁶⁴ RAWLS, John. *O Direito dos Povos*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p.11.

²⁶⁵ RAWLS, John. *O Direito dos Povos*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, pp.13.

naturais e históricas desfavoráveis. Ao longo, há uma ênfase no papel desempenhado pelas instituições jurídicas, políticas e sociais na formação dos padrões de crença e ação que distinguem as culturas umas das outras e influencia a qualidade de vida em cada uma.

A relação entre o Direito dos Povos e a teoria política proposta nas obras anteriores de Rawls precisa ser analisada cuidadosamente. O conteúdo do Direito dos Povos se assemelha (embora aumente significativamente) ao que, em *Uma Teoria da Justiça*, foi chamado de "a lei das nações"²⁶⁶. Entretanto, a teoria política cuja extensão é apresentada em *O Direito Dos Povos* é aquela desenvolvida em *O Liberalismo Político* e em trabalhos subsequentes, mas não encontrados em *Uma Teoria da Justiça*²⁶⁷.

O Liberalismo Político e *Uma Teoria da Justiça* representam projetos filosóficos distintos. *Uma Teoria da Justiça* visa promover uma concepção de justiça social que poderia ser aceita como uma base razoável para a cooperação social entre pessoas que compartilham certas crenças básicas sobre a vida ética e o bem individual. *O Liberalismo Político*, por sua vez, parte do pressuposto de que esta ideia é irrealista nas sociedades liberais modernas, nas quais presume-se o surgimento de múltiplas doutrinas abrangentes, decorrentes do exercício livre da razão humana, cada qual abrangendo concepções diferentes e possivelmente incompatíveis do bem individual. Este seria o pluralismo razoável, que atua como limitador do que é possível.²⁶⁸

Para Rawls, algum grau de pluralismo cultural é fato permanente da vida entre as sociedades, pois indivíduos em uma sociedade livre se expressar em uma variedade de formas políticas. Assim como pode haver várias concepções razoáveis, mas incompatíveis, de bem individual coexistindo na sociedade nacional, também na sociedade internacional, pode haver várias concepções razoáveis, mas incompatíveis, da maneira que a sociedade política deve ser organizada. Nem todos estes estarão em

²⁶⁶ John Rawls, *Uma Teoria da Justiça* (rev. ed.; Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1999), p. 331

²⁶⁷ RAWLS, John. *O Direito dos Povos*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p.129

²⁶⁸ RAWLS, John. *O Direito dos Povos*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, pp.11-12.

conformidade com os padrões liberais de justiça social; no entanto, como Rawls acredita, é pelo menos concebível que poderia haver formas não liberais de sociedade política que são suficientemente decentes para nos justificar em aceitá-los como “iguais membros participantes em boa posição da Sociedade dos Povos”.²⁶⁹

O problema da teoria política internacional é que as normas de conduta internacional decorrentes dessas diversas culturas políticas podem não coincidir. A possibilidade de uma vida internacional pacífica, na qual as sociedades liberais possam se desenvolver, dependeria de encontrar uma base sobre a qual povos razoáveis possam cooperar voluntariamente, ante o análogo internacional do facto do pluralismo razoável²⁷⁰.

O Direito dos Povos é apresentado por Rawls como solução para este problema. Consiste em oito princípios:

1. Os povos são livres e independentes, e sua liberdade e dependência devem ser respeitadas por outros povos.
2. Os povos devem respeitar tratados.
3. Os povos são iguais e são partes nos acordos que os vinculem.
4. Os povos devem observar o dever de não-intervenção.
5. Os povos têm o direito de autodefesa, mas não há direito à guerra por quaisquer outras razões.
6. Os povos devem respeitar os direitos humanos.
7. Os povos devem observar determinadas limitações especificadas à sua conduta na guerra.
8. Os povos têm o dever de ajudar outros povos que vivam sob condições desfavorecidas que impeçam o desenvolvimento de um regime político e social justo ou decente.²⁷¹

²⁶⁹ RAWLS, John. *O Direito dos Povos*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p.59.

²⁷⁰ A ideia de um "povo" não é transparente, embora para a maioria dos fins possa ser interpretada como referindo-se a uma sociedade com uma cultura política comum organizada como estado.

²⁷¹ RAWLS, John. *O Direito dos Povos*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p.37.

O Direito dos Povos rege a Sociedade dos Povos, composta pelos povos liberais e não liberais, mas decentes - as "sociedades bem ordenadas". A estrutura institucional da Sociedade dos Povos não inclui um análogo internacional do Estado, não há "governo mundial" ou Superestado, mas sim uma rede de organizações cooperativas preocupado com questões de segurança, finanças e comércio, etc. Esta concepção de uma ordem internacional ideal reflete a aceitação de Rawls de duas ideias kantianas: a crença de que um governo mundial, considerado como um regime global unificado com seus próprios sistemas de lei e aplicação da lei, "seria um despotismo global ou então governaria sobre um frágil império dilacerado por conflitos civis frequentes com várias regiões e povos tentaram ganhar sua liberdade e autonomia políticas"²⁷²; e a ideia de uma "federação pacífica" dos estados republicanos - assim como Kant, Rawls acredita que as sociedades democráticas liberais provavelmente não entrarão em guerra umas com as outras e desenvolverão, ao longo do tempo, densa estrutura de colaboração pacífica.²⁷³ Assim, supondo que a Sociedade dos Povos deveria evoluir para incluir uma parcela crescente das sociedades do mundo, um governo mundial, que seria indesejável em qualquer caso, também seria desnecessário como um mecanismo para manter a ordem. A hipótese da paz democrática desempenha um papel central na explicação por que a defesa e extensão da sociedade dos povos liberais e decentes devem ser o objetivo fundamental da política externa liberal.

A estrutura argumentativa dos oito princípios mantém relação com a dada por Rawls aos princípios de justiça social no caso nacional. Há uma "posição original" internacional em que todos os povos razoáveis estão representados - povos, não as pessoas, são as unidades de representação – e os critérios de equidade para O Direito dos Povos é que seus princípios devem ser aceitáveis do ponto de vista dos povos razoáveis.²⁷⁴ Os interesses

²⁷² RAWLS, John. *O Direito dos Povos*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 36.

²⁷³ RAWLS, John. *O Direito dos Povos*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, pp.44-45.

²⁷⁴ Rawls escreve: "Nós vemos os povos como conceber de si mesmos como povos livres e iguais na Sociedade dos Povos (de acordo com a concepção política dessa sociedade)" *LP*, p. 34 (ênfase no original).

de pessoas individuais são tidos em conta apenas indiretamente, como eles podem ser servidos através do avanço dos interesses legítimos de suas sociedades.

Rawls considera existir duas posições originais (internacionais): a primeira da perspectiva dos povos liberais democráticos, e a segundo, dos povos decentes não-liberais, mas, ao contrário do feito ao analisar a sociedade nacional, não compara os princípios propostos para o Direito dos Povos com quaisquer alternativas. O argumento consiste, em vez disso, da alegação não comparativa de que as partes em cada posição original, situadas atrás de um véu de ignorância e com uma compreensão adequada dos interesses fundamentais das suas sociedades, considerariam razoável apoiar os princípios como base da política externa.²⁷⁵

A distinção entre os povos liberais democráticos e decentes não liberais é fundamental para a teoria e requer uma explicação. Rawls acredita que algum grau de diversidade cultural é inevitável e que isso se refletirá em uma diversidade de formas políticas, algumas das quais podem ser incompatíveis com os princípios liberais, mas ainda satisfazer as condições que justificam o seu reconhecimento como membros cooperantes da sociedade internacional.

As condições que definem um povo liberal não serão surpreendentes. A sua estrutura básica inclui um regime constitucional que respeite igualmente certos direitos e liberdades fundamentais comuns para todos os seus cidadãos, que dê prioridade à proteção destes direitos e liberdades, e assegure para todos os cidadãos acesso aos bens necessários para fazer o gozo de tais liberdades.²⁷⁶

A categoria de povos decentes é mais abrangente - de fato, as próprias sociedades liberais satisfazem os critérios de Rawls para qualquer sociedade decente²⁷⁷. Os critérios para a “decência” também podem ser satisfeitos por várias sociedades não liberais. Um povo decente satisfaz duas condições: em

²⁷⁵ Rawls observa que o tema do debate na posição original internacional não é a escolha dos princípios, mas sua interpretação (ibid., p. 42).

²⁷⁶ RAWLS, John. *O Direito dos Povos*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 14.

²⁷⁷ RAWLS, John. *O Direito dos Povos*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 63.

primeiro lugar, a sociedade não tem objetivos agressivos na política externa e respeita a independência de outras sociedades; em segundo lugar, a sociedade tem uma "boa concepção comum de justiça", na qual os interesses de cada pessoa são tidos em conta (embora não necessariamente em uma base igual) em decisões públicas e direitos humanos básicos são garantidos para todos; todas as pessoas são tratadas como sujeitos de direitos e deveres legais; e juízes e outros agentes públicos aceitam e aplicam a noção comum de justiça ao desempenhar suas atividades públicas.²⁷⁸

Por que a Direito dos Povos deve ser considerada em dois passos, primeiro do ponto de vista das sociedades liberais e depois da dos não-liberais decentes? Parte da resposta é que os povos liberais e decentes têm interesses fundamentais diferentes que levam em consideração na definição dos princípios para a política externa. Essas diferenças refletem as existentes em suas culturas políticas: cada tipo de povo é primordialmente interessado em garantir as condições internacionais em que suas culturas e instituições possam melhor desenvolver. Estão interessados, além disso, em um auto-respeito próprio de si mesmos como um povo, descansando em sua consciência comum de suas proações durante sua história e de sua cultura com suas realizações. Portanto, insistem em receber de outros povos um respeito adequado e reconhecimento de sua igualdade.²⁷⁹

Domesticamente, o véu da ignorância protege a escolha dos princípios da influência de variáveis das concepções individuais do bem, lógica válida quando o objetivo é escolher princípios de justiça que serão aplicados por instituições a todos. Internacional, contudo, o objeto é diverso. Sendo o Direito dos Povos um corpo de princípios aplicáveis às relações exteriores das sociedades democráticas liberais - é uma extensão da moralidade política liberal para a política externa -, não há razão para pensar que as sociedades não liberais, sejam elas decentes ou não, teriam qualquer interesse em tais princípios.

²⁷⁸ RAWLS, John. *O Direito dos Povos*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p.64-67.

²⁷⁹ RAWLS, John. *O Direito dos Povos*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p.34-35.

Rawls também descreve outros tipos de sociedades: “estados fora da lei”, que não aderem ao Direito dos Povos, e “sociedades sobrecarregadas”, cujas condições históricas, econômicas e culturais tornam difícil para que se tornarem bem ordenados por conta própria²⁸⁰. Ambos são considerados como não integrantes da Sociedade dos Povos: não existiriam no mundo ideal, mas geram problemas de política externa no mundo real. Ao manter o objetivo fundamental de ampliar a Sociedade dos Povos, os objetivos orientadores da política externa liberal deveriam ser, em primeiro lugar, defender as sociedades liberais contra a agressão de Estados fora-da-lei e, em segundo lugar, ajudar as sociedades sobrecarregadas a desenvolver instituições liberais ou decentes.

Em contraste com a situação das sociedades liberais e decentes, os Estados fora da lei e as sociedades sobrecarregadas não estão representados na posição original internacional; não há nenhum esforço para justificar o Direito dos Povos como representativo de qualquer tipo de sociedade. O Direito dos Povos não deve, portanto, ser confundida com o *jus gentium*: não é um corpo de princípios universalmente aceito pelos Estados, nem se destina necessariamente constituir uma base para a cooperação (ou mesmo coexistência pacífica) de todos os Estados existentes.

Indaga-se se a exclusão de algumas sociedades do âmbito da justificação do Direito dos Povos é censurável. Lembre-se que esse é uma extensão da noção moralidade política liberal, fornecendo uma doutrina de política exterior para os estados liberais. Na doutrina da Direito dos Povos, a questão da justificação é, por assim dizer, uma criatura da sociedade liberal em que é colocada, e a adequação de qualquer resposta é regida pelos critérios de razoabilidade aceito dentro dessa sociedade. Se a ideia de “sociedades decentes” for bem sucedida na delimitação dos limites razoáveis da tolerância nos assuntos internacionais, então a exclusão da representação de Estados fora-da-lei na posição original internacional não deve ser surpreendente; a noção de reciprocidade não exige que mostremos que os nossos princípios seriam aceitáveis para aqueles que têm pontos de vista fundamentalmente irracionais.

²⁸⁰ RAWLS, John. *O Direito dos Povos*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, pp.6-7.

Note-se, finalmente, que a *Direito dos Povos* dá grande importância às instituições como determinantes das condições materiais e sociais da vida humana. Rawls escreve: “Os grandes males da história humana - guerra injusta e opressão, perseguição religiosa e a negação da liberdade de consciência, fome e pobreza, para não mencionar genocídio e assassinato em massa- derivam da injustiça política. Uma vez que as formas mais graves de injustiça política são eliminadas (...) estes grandes males acabarão por desaparecer”²⁸¹. Estas declarações não são tautológicas. Elas expressam a convicção de que, quando os seres humanos crescem em instituições razoavelmente justas social e politicamente, eles tendem a reafirmar os princípios básicos de suas instituições, e essa reafirmação serve para regular e estabilizar as próprias instituições e a vida política e social que essas organizam. Rawls inicialmente trata como uma questão em aberto, embora venha a respondê-la afirmativamente ao longo da obra, se tais instituições podem ser imaginadas e, em caso afirmativo, se são compatíveis com os fatos da natureza humana e da vida social. Um esquema institucional que satisfaça essas condições seria uma “utopia realista”: “realista” porque poderia existir e “utópico” porque “junta a razoabilidade e a justiça com condições tais que permitam que os cidadãos realizem seus interesses fundamentais”²⁸².

Algumas questões relevantes são deixadas propositalmente de fora da presente exposição, como o posicionamento de Rawls quanto ao fundamento das leis de guerra e as interpretações possivelmente controversas da imunidade dos não-combatentes; as digressões históricas provocativas relativas a questões como o significado do Holocausto, a justificação do bombardeio extremo de cidades alemãs e japonesas na Segunda Guerra Mundial, e a motivação das guerras religiosas; e as observações perceptivas e comoventes sobre as responsabilidades do estadista. As observações de Rawls sobre estes assuntos são esclarecedoras, mas representariam fuga demasiada do escopo da presente tese.

²⁸¹ RAWLS, John. *O Direito dos Povos*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, pp.6-7.

²⁸² RAWLS, John. *O Direito dos Povos*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p.7.

Ao invés disso, concentramo-nos num tema que se encontra mais perto do cerne da obra de Rawls. A teoria estabelecida em *O Direito dos Povos* é uma das interpretações mais sofisticadas já produzidas de um ramo da tradição liberal internacionalista que pode, por falta de um termo melhor, ser chamado de *liberalismo social*. Visões deste tipo concebem a comunidade internacional como uma sociedade de sociedades (de nível doméstico) caracterizada por uma divisão do trabalho: as sociedades domésticas são responsáveis pelo bem-estar de seu povo, enquanto a sociedade internacional é responsável por manter as condições de necessárias para que as sociedades domésticas decentes possam florescer. Assim, o liberalismo social sustenta que os princípios para as relações internacionais devem ser justificados levando em consideração os interesses fundamentais das sociedades às quais os princípios se aplicam.

A interpretação alternativa mais proeminente da tradição internacionalista é o liberalismo *cosmopolita*. Embora seja compatível com uma concepção do mundo como uma sociedade de sociedades domésticas, a visão cosmopolita, em contraste com o liberalismo social, não concede nenhum privilégio moral às sociedades nacionais. No nível mais profundo, o liberalismo cosmopolita encara o mundo social como composto por pessoas, não coletividades como sociedades ou povos, e insiste que os princípios para as relações entre sociedades devem ser baseados em uma consideração dos interesses fundamentais das pessoas.

O Direito dos Povos tem como objetivo demonstrar que o liberalismo social pode ser construído de tal forma a ser mais atraente do que teorias cosmopolitas alternativas. A estratégia de Rawls é elevar o liberalismo social à sua expressão mais progressiva e então perguntar então o que mais poderia razoavelmente ser exigido. Se bem sucedida, esta abordagem desarmaria o liberalismo cosmopolita do seu impulso crítico, demonstrando que uma visão com premissas mais conservadoras converge com ele ao nível da política.

Não há notícias de uma teoria cosmopolita detalhada ao nível do Direito dos Povos, razão pela qual é impossível, neste momento, identificar eventuais pontos de convergência, mas é razoável supor que haveria divergências grandes em especial quanto a questões envolvendo a noção de justiça distributiva internacional e do conteúdo de doutrinas de direitos humanos. Tais divergências não seriam surpreendentes à luz do principal

contraste teórico entre os pontos de vista - a tendência da Direito dos Povos de conceber as sociedades domésticas como agentes morais em seu próprio direito, com interesses próprios e uma capacidade corporativa para agir com responsabilidade ao longo do tempo.

3.1.1 A primazia dos Povos

A teoria de Rawls concede um lugar central à ideia de um “povo” Isto é verdade em dois aspectos diferentes. Em primeiro lugar, a sociedade internacional é concebida como uma Sociedade de Povos, com cada povo servindo como uma unidade de organização política e jurídica, tendo um controle razoavelmente autônomo de sua vida econômica e funcionando como o mecanismo pelo qual os interesses de pessoas individuais estão representadas na sociedade internacional. Este é um tipo de primazia sociológica. Em segundo lugar, os povos também são eticamente primários: são os povos, não as pessoas, que estão representados na posição original internacional, e são os interesses dos povos considerados como laços de entes coletivos, não os de pessoas individuais, que determinam a escolha dos princípios para a conduta internacional dos Estados .

Há várias perguntas. Quais são os elementos distintivos de um povo, como, por exemplo, é um povo a ser distinguido de um mero coletivo de pessoas que ocupam um território contíguo? Por que confiar nessa ideia, em vez de as ideias mais familiares de Estado, sociedade ou nação para descrever os elementos da sociedade mundial? Finalmente, para as justificar princípios de conduta internacional, por que conceber a sociedade mundial como uma série de entidades coletivas? Ou seja, por que pensar na sociedade mundial como uma sociedade de povos e não de pessoas?

Primeiramente, o que é um povo? Rawls escreve que os povos liberais têm três características básicas: "um governo democrático razoavelmente justo; cidadãos unidos por "afinidades comuns"; e, finalmente, uma natureza moral. O primeiro é institucional, o segundo é cultural, e o terceiro requer um firme apego a uma concepção política (moral) de certo e justo".²⁸³ O

²⁸³ RAWLS, John. *O Direito dos Povos*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, pp.23-24.

significado da primeira dessas características é suficientemente claro. Quanto à segunda, Rawls se associa à concepção de nacionalidade de Governo Representativo, no qual Mill escreve que um grupo constitui uma nação caso possuam uma “sensação de nacionalidade” que os faça cooperar uns com outros com maior facilidade do que com outros, desejando estar sob o mesmo governo, e desejando que este seja definido exclusivamente por eles mesmos ou por parte deles mesmos. Finalmente, assim como no caso dos indivíduos, um povo tem uma “natureza moral” quando suas escolhas quanto ao como agir são limitadas por considerações de razoabilidade inculpidas em sua cultura política pública. Essas três características são aplicáveis especificamente a povos liberais, mas Rawls claramente acredita que cada uma tem um paralelo válido para povos não-liberais decentes.

A ideia de um povo é parte de uma concepção ideal de um mundo social, e não mera redescrição de um fenômeno familiar. Por exemplo, mesmo tendo um povo elementos de estatidade -digamos um governo constitucional dotado de poderes para representar e defender seus interesses na comunidade internacional – nem todos os estados contam como povos. Estados enquanto estados preocupam-se com o desenvolvimento de seus interesses racionais, enquanto povos têm uma natureza moral que limita a busca de tais interesses. Para os povos, como para pessoas morais, o razoável limita o racional. Povos, dessa forma, também se diferenciam dos estados por não reivindicar os poderes tradicionalmente típicos da soberania. Ao contrário dos estados modernos, de acordo com Rawls, povos não possuem um direito de usar a guerra como instrumento político, salvo em legítima defesa, e não possuem direito à autonomia absoluta na condução de seus negócios internos. Ao contrário, povos são responsáveis (responsabilizáveis) pela observância de um padrão mínimo universal para o tratamento dos indivíduos e estão vinculados a mecanismos internacionais com capacidade de ajudar povos (e em casos extremos de compeli-los) a observar tais padrões.

Da mesma forma, nem todas as sociedades contam como povos. Os povos são sociedades com uma forma distinta de unidade social expressa em suas "afinidades comuns" e na "natureza moral" da coletividade. Na visão convencional, o pertencimento a uma nação tem uma dimensão histórica e cultural necessária: a unidade de uma nação é pensado para ser baseado em uma linguagem comum e história, uniformidade étnica ou racial, provavelmente uma religião comum, e assim por diante. Para Rawls, no entanto, a origem e o mecanismo de afinidades comuns de um povo não são importantes - um grupo de pessoas pode ser um "povo", mesmo que os membros tenham diversas origens étnicas e origens culturais, desde que subscrevam, e reconheçam que subscrevem, a algum padrão comum de valores políticos e sociais.²⁸⁴ Além disso, não bastará apenas qualquer consenso sobre valores políticos e sociais; uma sociedade constitui um povo somente se seus valores compartilhados forem consistentes com uma constituição justa (ou decente) e com o conceito de natureza moral e suas expectativas de reciprocidade.

Rawls escreve como se acreditasse que algumas sociedades existentes - talvez as democracias constitucionais - chegam perto de atender a esta descrição. Pode haver dúvidas sobre isso: pode-se perguntar, por exemplo, se as afinidades comuns necessárias e natureza moral podem ser encontradas em sociedades culturalmente diversas, como as dos Estados Unidos ou da Bélgica, para não falar da Índia ou das Filipinas. Este pensamento pode levar à objeção de que a ideia de um povo romantiza a comunidade nacional, confiando em suposições contrafatuais sobre o tipo e o grau de unidade a serem encontrados no estado-nação contemporâneo. A objeção, no entanto, não merece prosperar. A ideia de um povo é parte de uma concepção ideal do mundo. Rawls não precisa que muitos (ou mesmo qualquer) estados reais satisfaçam plenamente os critérios para serem povos, a fim de manter que seria desejável que o fizessem para se mover na direção do ideal. A pergunta apropriada sobre a ideia de um povo é se ela representa uma forma suficientemente desejável de organização social humana para servir como elemento constituinte básico da sociedade mundial,

²⁸⁴ RAWLS, John. *O Direito dos Povos*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p.24.

não se ele serve como uma descrição realista para quaisquer estados realmente existentes.

Uma coisa, porém, é considerar que uma Sociedade de Povos global seria um objetivo desejável de mudança política e social e outra é considerar que a teoria política internacional deve começar com os povos, ou seja, que os princípios de conduta internacional devem ser fundamentados em considerações sobre interesses legítimos dos povos em vez dos das pessoas. Por que proceder desta forma? Não basta afirmar que a analogia com a justiça a nível nacional exige que tomemos os povos como equivalentes a pessoas no plano internacional. Também não é suficiente responder que, começando com as pessoas, teríamos uma concepção pouco atraente da sociedade mundial como uma coleção de indivíduos não relacionados - assim como a teoria liberal do Estado abre espaço para associações secundárias, assim também, uma teoria das relações internacionais poderia abrir espaço para unidades intermediárias sem manter que eles ou seus entes são de alguma forma finais ou teriam precedência sobre os interesses dos indivíduos.²⁸⁵

Em alguns momentos, Rawls parece sugerir que a decisão de considerar povos em vez de indivíduos como eticamente primários é pragmática - por exemplo, por considerações de realismo político.²⁸⁶ Ele também argumenta que uma abordagem cosmopolita seria necessariamente menos tolerante com a diversidade de tradições e culturas políticas: seria produzir uma teoria que "simplesmente pressupõe que apenas uma sociedade democrática liberal pode ser aceitável", quando pode ser que certos tipos de sociedades liberais seriam suficientemente sensíveis aos direitos humanos individuais ao ponto de também serem aceitáveis.²⁸⁷

No entanto, nenhum desses argumentos é persuasivo. O primeiro é um *non sequitur*: considerações de realismo político têm a ver com restrições impostas pelo *status quo* ante perspectivas de mudança e, portanto, dizem respeito a sobre desenho e reforma institucional, e não sobre aqueles padrões de avaliação moral

²⁸⁵ RAWLS, John. *O Direito dos Povos*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p.48.

²⁸⁶ RAWLS, John. *O Direito dos Povos*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p.83.

²⁸⁷ RAWLS, John. *O Direito dos Povos*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, pp.82-83.

Não há inconsistência em manter ambos, visto que o apelo final em questões de justiça internacional é aos interesses de pessoas individuais e que, por questões políticas (e talvez outras) razões, devemos considerar uma ordem mundial descentralizada como aqui para trabalhar por reformas dentro de sua estrutura básica.

A dificuldade com o apelo a considerações de tolerância é que produz um argumento circular. Lembre-se de que a questão é se deve considerar-se que as sociedades ou povos possuem signos éticos independentes, o que justificaria permitir que seus corpos de interesses fundamentais fossem levados em consideração, em vez dos interesses fundamentais de seus membros considerados individualmente, para determinar a escolha dos princípios de conduta nacional. Isso é diferente e mais básico do que a questão se ou em que medida as instituições internacionais e as instituições as políticas estrangeiras dos estados liberais devem tolerar culturas não liberais. O fato de Rawls apelar para considerações de tolerância parece invocar uma generosa resposta teórica à segunda questão como forma de responder em relação à primeira. Mas isso priva a posição original internacional da capacidade de dar qualquer peso independente ao argumento da tolerância de culturas não-liberais. Se há razões para tolerar, como sem dúvida existem, pareceria melhor articulá-los dentro de uma teoria do que os pressupor.

Existe, contudo, mais uma (e mais complexa) razão para considerar os povos como entes primários na sociedade internacional.

Como observado anteriormente, Rawls não acredita que seria desejável estabelecer um governo mundial com poderes análogos aos do estado. Mas se não deve haver um governo mundial, deve haver alguma estrutura política mundial alternativa na qual as funções de governo são mais ou menos descentralizadas. Rawls sustenta que essa estrutura alternativa requer subunidades territoriais com capacidade política para tomar decisões: Na ausência de um estado mundial, deve haver limites de alguma natureza.²⁸⁸

Por que deve? Para explicar, Rawls faz analogia à propriedade: o objetivo da instituição da propriedade é que, a menos que um agente seja responsável por manter um bem e arcar com os prejuízos por não fazê-lo, esse bem tende a deteriorar-se. Nesse caso, o bem é o território do povo e

²⁸⁸ RAWLS, John. *O Direito dos Povos*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p.39.

sua capacidade de mantê-los definidamente; e o agente é o próprio povo organizado politicamente.²⁸⁹ Para Executar esta tarefa sem recorrer a meios autoritários, em alguns estados, o governo precisará da capacidade de engajar seu povo voluntariamente. A cultura política é importante. As sociedades liberais dependem de uma combinação complexa de lealdade institucional, sentimento de companheirismo e compromisso com princípios políticos reconhecidamente compartilhados para motivar o apoio e o sacrifício por suas instituições. De fato, sem o desenvolvimento de uma cultura comum, é difícil imaginar como essas forças motivacionais poderiam ser sustentadas e, assim, como as instituições liberais poderiam ser estáveis. As pessoas devem, portanto, ser encorajadas a se verem participando de um empreendimento comum, orgulhar-se da identidade de sua sociedade e aceitar as responsabilidades mútuas de ser membro de uma organização em um esquema cooperativo. Portanto, pode ser que um povo seja tratado como tendo um significado ético especial porque seu florescimento como povo é essencial à sua capacidade de gerenciar seus recursos humanos, materiais e culturais e, assim, sustentar suas instituições em benefício dos atuais e futuros membros.

Este argumento é consistente com uma razão para sustentar que os requisitos de justiça distributiva do Direito dos Povos devam ser menos exigentes do que os da sociedade doméstica. Nesse contexto, Rawls refere-se a “um princípio psicológico segundo o qual o aprendizado social de atitudes morais que fundamentam instituições políticas funciona de maneira mais eficaz em da sociedades nas quais haja instituições e práticas amplamente compartilhadas”.²⁹⁰ A lógica que não podemos realisticamente esperar que as pessoas sejam motivadas a fazer sacrifícios impossíveis para o benefício de outros quando esses outros não são vistos como parte da

²⁸⁹ Uma função do Direito dos Povos é fixar essa responsabilidade “nas próprias pessoas” e estabelecer incentivos para que o façam: os povos devem reconhecer que não podem compensar sua irresponsabilidade em cuidar de sua terra e seus recursos naturais pela conquista em guerra ou pela migração para o território de outros povos sem o consentimento. *In: RAWLS, John. O Direito dos Povos. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p.39.*

²⁹⁰ Rawls adiciona que “em uma utopia realista, esse princípio psicológica limita o que pode ser proposto como conteúdo do Direito dos Povos. *In: RAWLS, John. O Direito dos Povos. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p.112.*

mesma sociedade. Assim como considerações de afinidade pode, explicar por que a justiça internacional deve exigir menos que a justiça na sociedade doméstica, parecem explicar porque o sucesso do processo de desenvolvimento das sociedades domésticas independentes ao longo do tempo deve ser visto como um objetivo a ser incorporado na teoria política internacional.

Em resposta, duas observações. Primeiro, como antes, devemos distinguir entre questões sobre justificação e questões sobre desenvolvimento de um desenho institucional. Mesmo se concordarmos sobre a importância do estado como mecanismo de gerenciamento eficiente dos recursos ao longo do tempo e a necessidade resultante para obter apoio voluntário das pessoas, não é conclusão lógica que as sociedades domésticas têm um status ético independente do de seus membros considerados isoladamente. Tudo o que se segue é que sociedades domésticas, ou pelo menos sociedades de uma escala e composição interna limitadas, são elementos constituintes vantajosos da sociedade global. Segundo - e este é certamente o ponto mais importante – devemos compreender a capacidade motivacional dos povos e suas limitações internacionais no nível apropriado de abstração. É comum que o tamanho do círculo de afinidade seja historicamente variável e que, sob circunstâncias institucionais e culturais favoráveis, e, nessa situação, a gama de afinidades possa se estender muito além daqueles com quem as pessoas compartilham qualquer característica específica.²⁹¹ O estado multicultural moderno seria inconcebível se isso não fosse verdade. Mas, se as capacidades motivacionais são variáveis e sujeitas a mudanças com o desenvolvimento de instituições, essas podem perder valor como limitantes da capacidade de desenvolvimento da estrutura de uma teoria política. Isso talvez não ocorra de forma óbvia quando a primazia dos povos está embutida na posição original. Alternativamente, uma teoria poderia prever limitações como variáveis às quais uma teoria deva ser sensível em sua aplicação no mundo não-ideal. Mas, nessa abordagem, a justificativa para o início do relacionamento entre os povos desapareceria

²⁹¹ RAWLS, John. *O Direito dos Povos*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p.113.

3.1.2 A doutrina dos direitos humanos

O Direito dos Povos inclui uma concepção não convencional das bases filosóficas e políticas da doutrina dos direitos humanos. Esta concepção está relacionada, por um lado, à crítica à soberania, porque os direitos humanos estabelecem limites à autoridade legítima dos governos sobre seu próprio povo; e, por outro lado, para Rawls, à defesa do pluralismo nos assuntos internacionais, porque a adesão de uma sociedade aos direitos humanos, mesmo na ausência de instituições democráticas liberais, deveria ser suficiente para protegê-lo de interferências externas.

Para esclarecer a visão de Rawls, analisa-se inicialmente o conteúdo dos direitos humanos dentro do Direito dos Povos, em seguida, o papel que se espera deles na vida política internacional. Em cada caso, observa-se como a interpretação de Rawls dos direitos humanos difere da visão convencional.

Rawls sustenta que os direitos humanos são "uma classe especial de direitos urgentes" cuja violação é condenada por povos decentes, liberais ou não.²⁹² Esses direitos incluem direitos à vida (incluindo "os meios de subsistência") e à liberdade pessoal (incluindo liberdade de pensamento), à propriedade pessoal e à igualdade de tratamento nos termos da lei. Estes direitos Rawls considera essenciais a qualquer " ideia comum de justiça" e, portanto, não' particularmente liberal ou especial da tradição ocidental".²⁹³

A lista omite vários direitos identificados na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e em várias convenções que, em conjunto, definem o escopo dos direitos humanos reconhecidos internacionalmente. Entre os omitidos estão os direitos à liberdade de expressão e associação (DUDH, artigos 19²⁹⁴ e 20²⁹⁵) e os

²⁹² RAWLS, John. *O Direito dos Povos*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p.79.

²⁹³ RAWLS, John. *O Direito dos Povos*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p.65.

²⁹⁴ Todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e idéias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.

²⁹⁵ 1. Todo ser humano tem direito à liberdade de reunião e associação pacífica.
2. Ninguém pode ser obrigado a fazer parte de uma associação.

direitos referentes à participação democrática (DUDH, art. 21²⁹⁶). Grosso modo, esses direitos distinguem sociedades democráticas liberais de outras sociedades. Rawls observa em uma nota de rodapé que, em contraste com os “direitos humanos propriamente ditos”, esses e outros direitos constantes da declaração podem ser descritos de forma mais apropriada como afirmando aspirações liberais ou pressupõe tipos específicos de instituições.²⁹⁷

A relativa austeridade da lista de Rawls reflete o papel que os direitos humanos deveriam desempenhar na vida política da Sociedade dos Povos. Respeito a direitos humanos é, por assim dizer, parte do preço da admissão à sociedade internacional e define o limiar de tolerância por parte de povos decentes. É uma condição necessária (embora não suficiente) de decência das instituições de uma sociedade e é suficiente para excluir intervenção externa por outros povos.²⁹⁸ Importante destacar que Rawls escreve que a força política (moral) dos direitos humanos se estende a todas as sociedades e são vinculativas para todos os povos e sociedades, incluindo os estados fora da lei²⁹⁹, mas não parece que os direitos humanos, nessa visão, devem desempenhar o amplo papel político previsto nas convenções internacionais - por exemplo, como bases de reivindicações de indivíduos contra seus próprios Estados ou como fundamento de ação política de várias organizações não-governamentais que atuam na sociedade internacional. Na opinião de Rawls, os direitos humanos são uma classe especial de direitos com o propósito limitado de demarcar o pluralismo aceito na sociedade internacional. De acordo com a concepção do Direito dos Povos, eles são interpretados como neutros entre os rivais razoáveis visões de legitimidade política.

Na opinião de Rawls, a importância prática da alegação de que existe um direito humano a algo - digamos, à liberdade pessoal - é que a intervenção por

²⁹⁶ 1. Todo ser humano tem o direito de fazer parte no governo de seu país diretamente ou por intermédio de representantes livremente escolhidos.

2. Todo ser humano tem igual direito de acesso ao serviço público do seu país.

3. A vontade do povo será a base da autoridade do governo; esta vontade será expressa em eleições periódicas e legítimas, por sufrágio universal, por voto secreto ou processo equivalente que assegure a liberdade de voto.

²⁹⁷ RAWLS, John. *O Direito dos Povos*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p.80.

²⁹⁸ RAWLS, John. *O Direito dos Povos*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p.80.

²⁹⁹ RAWLS, John. *O Direito dos Povos*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, pp.80-81.

estranhos, por pressão diplomática, sanções econômicas e possivelmente pela força, pode ser justificada quando um governo constantemente viola tal direito. A fundamentação teórica de tais direitos deveria, portanto, explicar por que uma violação justificar intervenção externa para impor a realização de reformas. Em contraste com a visão tradicional, e talvez surpreendentemente, Rawls não defenda essa intervenção para imposição de reformas pelo bem que seria feito àqueles cujos direitos estão em risco. Em vez disso, ele argumenta que a intervenção seria justificada por considerações de estabilidade internacional: povos decentes, liberais ou não, não toleram estados que violam os direitos humanos (“estados fora da lei”) porque tais estados seriam agressivos e perigosos; todos os povos estariam mais seguros se esses estados mudassem, ou fossem forçados a mudar, suas práticas. Caso contrário, eles afetam profundamente o clima internacional de poder e violência.³⁰⁰

Pode-se contestar a premissa empírica desse argumento: não é difícil pensar em regimes opressivos domesticamente, mas cuja conduta internacional não é agressiva e perigosa – apesar de ser estatisticamente verdadeiro que estados domesticamente opressivos têm maior probabilidade de agirem agressivamente em assuntos externos do que estados liberais, uma mera prevalência estatística não seria suficiente para justificar a intervenção em qualquer caso. Este não é um ponto trivial. Mais importante, qualquer que seja o posicionamento construído sobre a possibilidade de intervenção, é evidente que o interesse estratégico em uma estabilidade internacional não afeta o status moral dos direitos humanos. Por exemplo, a razão pela qual as pessoas têm o direito humano a não serem torturadas não parece ser que os regimes que torturam seriam perigosos para outros regimes: embora o último fato (se for um fato) possa justificar intervenção externa na lógica de Rawls, isso não implica nada sobre a situação moral do torturado.

Rawls também aponta outras razões se preocupar se as instituições de uma sociedade respeitam os direitos humanos. Uma é que os direitos humanos representam uma razão padrão comum de legitimidade igualmente aceitável por liberais e não-liberais decentes, como ilustrado pelo fato de que o Direito dos Povos, ao exigir respeito pelos direitos humanos, seria endossado por ambos os estágios da

³⁰⁰ RAWLS, John. *O Direito dos Povos*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p.81.

posição original internacional.³⁰¹ Isso, contudo, não fornece uma justificativa independente para os direitos humanos: oposição original internacional inclui apenas sociedades justas e decentes, que, por definição, respeitam os direitos humanos; portanto, qualquer ponto de vista discordante sobre sua importância teria excluído desde o início.

Por certo, esse não um problema exclusivo dos povos justos ou decentes. Se o governo de uma sociedade desse tipo se envolver em um padrão de violações de direitos humanos dos cidadãos, não haveria dificuldade filosófica em afirmar que essa intervenção corretiva executada por outros membros da Sociedade dos Povos seria justificada. Esse é uma conclusão a partir do argumento usado na posição original internacional. Entretanto, esse argumento não serve de nada para justificar a intervenção em sociedades não representadas na posição original internacional. A exclusão de sociedades fora da lei (e outras) da posição original internacional significa que nenhum argumento a favor dos direitos humanos, feito do ponto de vista da posição original, poderia estabelecer que os direitos humanos tenham o tipo de universalidade que geralmente é presumida. Quer dizer, que as pessoas têm direito a serem tratados de certas maneiras (em parte) em virtude de suas características como seres humanos e independentemente de considerações particulares quanto às suas próprias instituições e culturas políticas. Mas estas são considerações essencialmente cosmopolitas e não se coadunam com uma posição original internacional em que a unidade de representação é formada por povos, e não pessoas, e o consenso sobre os princípios é fruto seus interesses institucionais como unidades sociais, e não pelos interesses de seus membros como indivíduos.

Deixando de lado a posição original, Rawls argumenta que somos, de fato ,preparado para reconhecer sociedades não-liberais como participantes iguais da vida política internacional, desde que sejam "decentes" – significando isso que suas instituições respeitem pelo menos os direitos humanos de seus povos. Ressalta que "não há definição de decência", sendo que os critérios de decência poderiam ser deduzidos; em vez disso, estipula-se uma definição e considera-se se esta é aceitável dado o uso filosófico para o qual a ideia é posta. "O leitor tem que julgar", escreve Rawls, "se um povo decente (...) deve ser tolerado e aceito"³⁰². Rawls

³⁰¹ RAWLS, John. *O Direito dos Povos*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p.60.

³⁰² RAWLS, John. *O Direito dos Povos*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p.67.

acredita que a maioria dos leitores (pelo menos os liberais) concordaria que povos decentes devem ser tolerados e aceitos. Mas, caso indague-se o que justificaria esta concordância, a resposta é simplesmente que isso parece ser certo - isto é, quando reflete-se sobre o assunto, descobre-se que povos estariam preparados para reconhecer certas sociedades não-liberais não apenas como não ameaçadoras aos seus próprios interesses, mas também como merecedoras de respeito, desde que (entre outras coisas) respeitem a lista (limitada) de direitos humanos proposta por Rawls.

Este é um argumento fraco. Se existem razões pelas quais as instituições devem ser obrigadas a observar os direitos humanos como um padrão mínimo para assegurar sua legitimidade, deve-se ser capaz de afirmar quais são tais razões. O apelo ao bom senso é especialmente problemático quando consideramos que a doutrina dos direitos humanos no Direito dos Povos tal como desenvolvido por Rawls é muito limitada. Lembre-se que não há direito à participação democrática³⁰³, não existe um direito igual à liberdade religiosa; uma sociedade decente poderia, portanto, privilegiar uma fé sobre outras mantendo uma igreja oficial.

Os críticos de Rawls argumentaram que, ao endossar uma gama limitada de direitos humanos, o Direito dos Povos é excessivamente deferente para sociedades com interesses discriminatórios ou instituições antidemocráticas.³⁰⁴ Em resposta a essas críticas, o apelo a julgamentos pré-teóricos não será de grande ajuda, pois ou essas formas políticas devem ser reconhecido como aceitável, ou apenas encaradas como uma infeliz necessidade.

Há outras respostas possíveis às críticas. A primeira é invocar o valor do respeito mútuo entre os povos; Rawls defende que desprezar outras sociedades só pode causar danos, não apenas provocando conflitos políticos, mas também minando a autoestima do próprio povo.³⁰⁵ Outra é invocar a analogia doméstica sobre a tolerância: se estamos preparados para tolerar uma série de crenças e

³⁰³ Rawls defende, sem elencar como um direito humano, a existência da possibilidade de “diferentes vozes serem ouvidas” na criação de políticas públicas. In: RAWLS, John. *O Direito dos Povos*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p.72.

³⁰⁴ Tesón, F. R. The Rawlsian theory of international law. *Ethics and International Affairs* 9:1995. pp.79–99.

³⁰⁵ RAWLS, John. *O Direito dos Povos*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p.62.

modos de vida na sociedade doméstica, pode-se perguntar por que não tolerar também diversas formas de vida social na sociedade internacional?

Sem explorar o mérito dessas respostas, o ponto a ser observado é que o seu efeito é desviar a atenção da questão dos direitos humanos, para quais são os princípios apropriados a serem seguidos na conduta internacional dos estados. Este fato ressalta a dependência da interpretação de Rawls do conteúdo da doutrina dos direitos humanos aos detalhes de sua visão sobre seu papel nas relações internacionais. Este último é consideravelmente restrito em relação à prática contemporânea. A menos que se pretenda substituir a concepção convencional de direitos humanos por uma noção técnica ou por uma nova definição, é preciso reconhecer que os direitos humanos não servem apenas como condições mínimas para o reconhecimento internacional, mas também, como inscrito no preâmbulo³⁰⁶ da Declaração Universal de Direitos Humanos, como objetivo comum a ser perseguido por todos indivíduos e órgãos da sociedade.

Os direitos humanos funcionam como padrões de conduta para os governos e definição de políticas de várias instituições internacionais e agências de desenvolvimento, como objetivos comuns de reforma política entre organizações não-governamentais (os embriões de uma sociedade civil global emergente) e como pontos focais para movimentos sociais domésticos em sociedades não democráticas.

³⁰⁶ Diz o preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos:

“Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo;

Considerando que o desconhecimento e o desprezo dos direitos do Homem conduziram a actos de barbárie que revoltam a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que os seres humanos sejam livres de falar e de crer, libertos do terror e da miséria, foi proclamado como a mais alta inspiração do Homem;

Considerando que é essencial a proteção dos direitos do Homem através de um regime de direito, para que o Homem não seja compelido, em supremo recurso, à revolta contra a tirania e a opressão;

Considerando que é essencial encorajar o desenvolvimento de relações amistosas entre as nações;

Considerando que, na Carta, os povos das Nações Unidas proclamam, de novo, a sua fé nos direitos fundamentais do Homem, na dignidade e no valor da pessoa humana, na igualdade de direitos dos homens e das mulheres e se declaram resolvidos a favorecer o progresso social e a instaurar melhores condições de vida dentro de uma liberdade mais ampla;

Considerando que os Estados membros se comprometeram a promover, em cooperação com a Organização das Nações Unidas, o respeito universal e efectivo dos direitos do Homem e das liberdades fundamentais;

Considerando que uma concepção comum destes direitos e liberdades é da mais alta importância para dar plena satisfação a tal compromisso.”

CONCLUSÃO : A DIGNIDADE HUMANA COMO FUNDAMENTO DO DIREITO DOS POVOS

- “- Então há mesmo uma resposta?
 – exclamou Plouchg.
 - Há mesmo uma resposta – confirmou
 Pensador Profundo.
 - A resposta final? À grande Questão
 da Vida, do Universo e Tudo o Mais?
 - Sim.(...)
 - Diga logo!(...)
 - Quarenta e dois – disse Pensador
 Profundo, com uma majestade
 e uma tranqüilidade infinitas.”

Douglas Adams

O direito internacional contemporâneo remonta aos tratados de Vestefália de 1648 como forma de regular as relações entre os Estados, desenvolvendo-se, durante longo período, como ramo do direito deveras peculiar.

É verdade que há quem defenda que o direito internacional tenha surgido como disciplina humanista, atenta ao papel da sociedade civil e do Estado, considerando este como mero meio para *“assegurar o ordenamento social consoante a inteligência humana, de modo a aperfeiçoar a ‘sociedade comum que abarca toda a humanidade”*³⁰⁷, mas teria passado a tratar o Estado como um fim em si mesmo em possível exacerbação do positivismo jurídico.

³⁰⁷ TRINDADE, A. A. C. A personalidade e capacidade jurídicas do indivíduo como sujeito do direito internacional. In: ANNONI, D. Os Novos Conceitos do Novo Direito Internacional - cidadania, democracia e direitos humanos. 1ª. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 3.

Por décadas, o direito internacional foi definido como o ramo do direito destinado ao estudo das relações entre Estados no plano internacional³⁰⁸, objeto óbvio de seu ramo público, mas também do dito privado, ao ponto de ser referido por alguns doutrinadores como “*o direito constitucional da sociedade de Estados*”³⁰⁹.

Em tal contexto, evoluiu como subsistema específico destinado a regulamentar as relações entre entes fictícios – isto é, os Estados – em um contexto fictício – a denominada sociedade internacional. Afastado do cotidiano dos indivíduos, o direito internacional tornou-se coadjuvante da geopolítica internacional.

Neste ponto, importante destacar que a doutrina tende a apontar a justiça como a finalidade primordial do direito, finalidade esta replicada no direito internacional, mas tendo o Estado como principal destinatário.

Ora, se o Estado, ficção jurídica, tem como fim buscar o bem comum de seu povo³¹⁰, isto é, do “*conjunto dos indivíduos que, através de um momento jurídico, se unem para constituir o Estado*”³¹¹, não há justificativa para, no plano internacional, ser o ente ficcional ser privilegiado em detrimento do ser real.

Nesse sentido, ao longo do século XX, em clara tentativa de afirmação do “*rule of law*” no plano internacional, o indivíduo passou a ter um papel cada vez mais relevante no Direito Internacional Público, tornando-se sujeito de direitos³¹². Já no

³⁰⁸ Neste sentido: “quanto à possibilidade de serem os indivíduos sujeitos de direitos internacionais, Kelsen é cético: só é possível haver indivíduos sujeitos de direitos internacionais se houver um tribunal ao qual possam recorrer. Ressalta ainda que, se os há ou houver, serão casos excepcionais. Do contrário, o Direito Internacional seria igual ao Direito Interno”. In: LUPI, A. L. P. B. Soberania, OMC e Mercosul. 1ª. ed. São Paulo: Aduaneiras, 2001, p.108.

³⁰⁹ JACQUES, Paulino. *Curso de Introdução ao Estudo do Direito*, 4ªed., Rio de Janeiro: Forense, 1981, p.50.

³¹⁰ DALLARI, D.A. *Elementos de teoria geral do Estado*. 23ªed, São Paulo: Saraiva, 2002, p.107.

³¹¹ Idem, p.99.

³¹² Ressalte-se não ser mais minoritário o entendimento segundo o qual o indivíduo é sujeito de Direito Internacional. Neste sentido: “*não se pode falar em direitos do homem garantidos pela ordem jurídica internacional se o homem não for sujeito de DI. Dentro do mesmo raciocínio não poderíamos falar no criminoso de guerra, nem na proteção ao trabalhador dada pela OIT e nem mesmo se poderia lutar por uma Corte Internacional Criminal como se tem feito*. In: MELLO, C. D. D. A. *Curso de direito internacional público*. 15ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, v. 1, 2004, p.808.

Direito Internacional Privado, cujos interesses tutelados sempre foram, ao menos em teoria, predominantemente individuais³¹³, ocorre paulatina modificação do objeto principal da disciplina, que passa, também a se preocupar com a justiça material, destacando a importância dos indivíduos para o direito internacional.³¹⁴

Uma série de fenômenos característicos do último século contribuem para o protagonismo que se impõe do indivíduo no direito internacional contemporâneo, em especial a ascensão da proteção internacional dos indivíduos como elemento central do direito internacional público e a mencionada preocupação do direito internacional privado com a justiça material.

Paralelamente, a discussão do porquê o direito internacional ser obrigatório permanece relevante. Não há que se confundir as discussões sobre as fontes do direito internacional – como o direito é criado, quais suas categoriais, quais elementos são necessários para que uma norma seja considerada jurídica, etc. – com as discussões sobre o fundamento do direito.

³¹³ Jacob Dolinger é claro ao realçar o caráter eminentemente privado da disciplina, afirmando que “o *Direito Internacional Privado praticamente só trata de interesses de pessoas privadas, sejam físicas ou jurídicas, e quando cuida de interesses do Estado, este figura tão-somente como membro da sociedade comercial internacional, mas não na sua manifestação de ente soberano*” In: DOLINGER, J. **Direito Internacional Privado - Parte Geral**. 9ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.6. Neste ponto, cabe uma ressalva: o ilustre doutrinador trata dos interesses imediatos tutelados, mas os mediatos são predominantemente estatais. De fato, é o indivíduo que tem o maior interesse na homologação de uma sentença estrangeira sobre o seu divórcio, por exemplo, mas não há como negar que também há um relevante interesse estatal envolvido, consistente no reconhecimento da sentença proferida por uma autoridade jurisdicional por um outro Estado, garantindo-se a efetividade da tutela prestada. Neste sentido, expõe Cláudia Lima Marques, em uma análise histórica do Direito Internacional Privado, que “*assim o objeto imediato do DIPriv seriam estas normas de direito público (e interesse prioritariamente estatal), semelhantes a outras normas instrumentais, como as de direito intertemporal e de processo civil, daí ser considerado o DIPriv. Como direito público na enciclopédia das disciplinas jurídica*” In: MARQUES, C. L. Ensaio para uma introdução ao direito internacional privado. In: DIREITO, C. A. M.; TRINDADE, A. A. C.; PEREIRA, A. C. A. **Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao prof. Celso D. de Albuquerque Mello**. 1ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 347.

³¹⁴ ARROYO, D. P. F. **Un derecho comparado para el derecho internacional privado de nuestros días**. 1ª. ed. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez, 2012, pp.47-51.

Por fundamento, busca-se entender o porquê do direito em si ser obrigatório: por que um sujeito de direito deve obedecer à Lei? Por que uma sociedade vem a reconhecer uma norma como sendo jurídica. Trata-se de questionamento pertinente às próprias raízes do direito e ao seu papel no mundo.

Há, em apertada síntese, três abordagens comuns ao problema: os fundamentos do direito podem ser considerados uma questão transcendental (direito natural), uma ordem emanada e cujo cumprimento é exigido por um poder (positivismo) ou o simples fato de que opera de forma eficaz dentro da dada sociedade (abordagens sociológicas).

No primeiro capítulo, foram analisadas diversas teorias relevantes sobre o tema, agrupadas, contudo, de acordo com critério outro que não o exposto no parágrafo *supra*. Deixadas de lado as teorias negadoras do direito internacional, dois grandes grupos foram trabalhados: as teorias voluntaristas e as teorias objetivistas.

São denominadas voluntaristas aquelas que fundamentam, de um modo ou outro, o caráter obrigatório do direito internacional na vontade dos seus sujeitos. Ora tais teorias resultam na negativa de autonomia do direito internacional, como nos casos em que admitem que modificações no direito interno de um Estado possam exonerá-lo de obrigações assumidas internacionalmente, ora falham em explicar o porquê de determinadas normas internacionais serem obrigatórias até mesmo para aqueles que a elas se opõem, caso das normas imperativas de direito internacional geral (*jus cogens*).

Outro ponto em comum à maioria das doutrinas voluntaristas é o fato de terem sido desenvolvidas no século XIX ou nas primeiras décadas do século XX, tempos nos quais a figura do Estado Vestefaliano era quase incontestável e praticamente não havia outros sujeitos do direito internacional.

O homem muda, o mundo muda. O fenômeno globalizante pós-moderno, com a crescente integração econômica e o aumento da mobilidade humana, tem como consequências “o declínio do conceito de soberania e a redução do papel do Estado na articulação dos acontecimentos humanos”³¹⁵. O Estado, antes o único ator relevante no cenário internacional, passa a ter que conviver com outros atores, inclusive com os indivíduos.

³¹⁵ BEDIN, G. A. A sociedade atual e seus três grandes desafios políticos. In: CASELLA, P. B.; RAMOS, A. D. C. **Direito Internacional**: Homenagem a Adherbal Meira Mattos. 1ª. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p.167.

Simultaneamente à relativização do conceito de soberania, fortalecem-se as organizações internacionais e os entes privados, com patente perda de importância de conceitos territorialistas, em virtude da virtualização da vida pós-moderna³¹⁶. O Estado não é mais onipresente e, mesmo quando em exercício de seu poder de império, é limitado pela dignidade da pessoa humana – reconhece-se que “o verdadeiro titular do interesse, nas relações protagonizadas pelos estados, ou seja, a parte em sentido material é, portanto, sempre o povo”³¹⁷.

Não existindo mais o Estado todo poderoso, não sendo mais este o único sujeito do direito internacional, não faz sentido buscar em sua vontade o fundamento sistêmico do direito internacional. É nesse contexto que o modelo proposto por Rawls, na transposição de sua teoria da justiça para o plano internacional, nos é relevante.

O denominado Direito dos Povos, desenhado tendo como modelo padrão o de uma sociedade liberal, tem como ponto focal o uso do conceito de povo como unidade básica do “direito internacional”, e não o Estado. Tampouco é o termo povo usado como sinônimo do classicamente entendido como elemento constitutivo do Estado, mas como unidade autônoma, com uma natureza moral. Rawls, contudo, descreve uma teoria ideal, não transportável, sequer como discurso, para o plano real.

A hipótese trabalhada nesta tese se propõe, em última análise, a adaptar a criação de Rawls para um modelo que, ao menos como discurso, é palatável no mundo real. Para tanto, usa-se um conceito consagrado no direito internacional, e na maioria dos direitos internos, que se enquadra nas três vertentes seguidas nas tentativas de justificação da obrigatoriedade do direito: é positivo, é sociológico e advém do direito natural.

A dignidade humana, “o valor do homem como um fim em si mesmo”³¹⁸, tem como principal característica o fato de vedar “a instrumentalização dos indivíduos em

³¹⁶ ARROYO, D. P. F. **Un derecho comparado para el derecho internacional privado de nuestros días**. 1ª. ed. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez, 2012, p.30.

³¹⁷ CASELLA, P. B. Direito Internacional e dignidade humana. In: CASELLA, P. B.; RAMOS, A. D. C. **Direito Internacional: Homenagem a Adherbal Meira Mattos**. 1ª. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

³¹⁸ BARCELLOS, A.P. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: a dignidade da pessoa humana**, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.104.

*prol de metas coletivas ou dos interesses da maioria*³¹⁹”, forçando a concepção do Estado como “*um instrumento a serviço das pessoas, e não o contrário*”³²⁰. No plano do direito dos povos, funcionaria ao mesmo tempo como um limitador dos povos reconhecidos como pertencentes àquela sociedade – a noção de dignidade humana é menos arbitrária e mais maleável do que o rol seletivo de direitos humanos apontados por Rawls, além de possuir fundamentos doutrinários consideráveis, como o fundamento do próprio sistema. Mesmo se tomados os povos como unidade básica - com o que concordamos, na medida em que, conforme trabalhado no capítulo 2, fenômenos recentes colocaram em xeque o papel tradicional do Estado – e presumirmos que são os interesses dos povos que são levados em consideração, e não os individuais, o fato de um povo ser formado por uma coletividade de indivíduos com laços em comum faz com que ao menos um interesse individual seja coincidente com um interesse da coletividade, qual seja, a promoção da dignidade humana.

Dessa forma, concluímos que a dignidade humana é elemento comum a todos os povos, na medida em que decorrente da própria natureza humana, e por possuir fundamentação positiva, sociológica e também baseada no direito natural, destaca-se como elemento ideal para a validação de todo e qualquer ordenamento jurídico e, em especial, do direito dos povos.

³¹⁹ SARMENTO, D. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**, Belo Horizonte: Fórum, 2016, p.132.

³²⁰ SARMENTO, D. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**, Belo Horizonte: Fórum, 2016, p.132.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, N. D. A aplicação do direito internacional e a proteção da pessoa humana - utilização do princípio de sua dignidade como informador da ordem pública. In: ANNONI, D. **Os Novos Conceitos do Novo Direito Internacional - cidadania, democracia e direitos humanos**. 1ª. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 421-423.

ARÉCHAGA, E.J.; ARBUET-VIGNALI, H. RIPOLL, R.P. **Derecho internaciona público**, tomo I, Montevideo: FCU, 2005

ARMELIN, D. Competência Internacional. In: BAPTISTA, L. O.; MAZZUOLI, V. D. O. **Doutrinas essenciais: direito internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. IV, 2012. p. 1071-1108.

ARROYO, D. P. F. El Derecho Internacional Privado en el Inicio del Siglo XXI. In: MARQUES, C. L.; ARAUJO, N. D. **O Novo Direito Internacional - Estudos em Homenagem a Erik Jayme**. 1ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 89-109.

ARROYO, D. P. F. **Un derecho comparado para el derecho internacional privado de nuestros días**. 1ª. ed. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez, 2012.

ASSEMBLÉE NATIONALE DU PEUPLE FRANÇAIS. **Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789**. 1789. Disponível em:

<<https://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Constitution/Declaration-des-Droits-de-l-Homme-et-du-Citoyen-de-1789>>. Acesso em: 06 jul. 2019

ASIMOV, I. **Prelúdio à Fundação**. São Paulo: Aleph, 2014.

AUDARD, Catherine. "Cultural imperialism and 'Democratic Peace'" (em: MARTIN, R.; REIDY, D. *Rawls's Law of Peoples: A Realistic Utopia?* 3º edition. p. 59-75). Oxford. Blackwell Publishing, 2008

BADÁN, D. O. Conflit de lois et droit uniforme dans le droit international privé contemporain: silemme ou convergence. In: _____ **Recueil des cours, 2012**. Haia: [s.n.], 2012. p. 1-86.

BARBOSA, L. P.; HORA, J. R. S. D. **A Polícia Federal e a proteção internacional dos refugiados**. 1ª. ed. Brasília: ACNUR Brasil, 2007.

BARCELLOS, A.P. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: a dignidade da pessoa humana**, Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, L.R. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BEDIN, G. A. A sociedade atual e seus três grandes desafios políticos. In: CASELLA, P. B.; RAMOS, A. D. C. **Direito Internacional: Homenagem a Adherbal Meira Mattos**. 1ª. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 165-178.

BÍBLIA SAGRADA. **Gênesis (1:27)**. 2ª ed. Tamboré: Sociedade Bíblica do Brasil, 1997.

BOUCAULT, C. E. D. A. O princípio da identidade cultural dos povos e a imigração: desafios para a internacionalização dos direitos humanos. In: ANNONI, D. **Os Novos Conceitos do Novo Direito Internacional - cidadania, democracia e direitos humanos**. 1ª. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 53-58.

CASELLA, P. B. Direito Internacional e dignidade humana. In: CASELLA, P. B.; RAMOS, A. D. C. **Direito Internacional: Homenagem a Adherbal Meira Mattos**. 1ª. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 223-344.

CASTILHO, E. W. V. D. Cooperação internacional na execução da pena: a transferência de presos. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, 71, 2008.

CITRONI, G.; SCOVAZZI, T. Recent developments in international law to combat enforced disappearances. **Revista Internacional Direito e Cidadania**, n. 3, fevereiro 2009. 89-111.

DAILLIER, P.; PELLET, A. **Droit international public**. 7ª ed., Paris : L.G.D.J., 2002

DAHL, R.A. **Democracy and its critics**. New Haven: Yale University Press, 1991.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *A Constituição na vida dos povos*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DINAMARCO, C. R. **Instituições de direito processual civil**. 6ª. ed. São Paulo: Malheiros, v. I, 2009.

DOLINGER, J. **Direito Internacional Privado - Parte Geral**. 9ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

DUGUIT, L. **Traité de droit onstitutionnel**, tome I, 2a. ed., Paris : Ancienne Librairie Fontemoing, 1921.

DUVERGER, M. **Constitutions et Documents Politiques**. Paris: Presses Universitaires de France, 1974.

DWORKIN, R. **El domínio de la vida: uma discussão acerca del aborto, la eutanásia y la libertad individual**. Barcelona: Ariel, 1998.

_____. **Freedom's Law: the moral reading of the american constitution**. Oxford: Harvard University Press, 1997.

ESPINOSA, B. D. **Tratado Político**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

FLOH, F. Direito Internacional Contemporâneo: elementos para a configuração de um direito internacional na ordem internacional neo-Vestfaliana. In: CASELLA, P. B., et al. **Direito Internacional, humanismo e globalidade**: Guido Fernando Silva Soares. São Paulo: Atlas, 2008. p. 219-235.

FREEMAN, Samuel. *Rawls*. London, New York: Routledge (Taylor & Francis group), 2007.

FREITAS JR., A. R. D. Tráfico de pessoas e repressão ao crime organizado. **Revista Internacional de Direito e Cidadania**, n. 3, fevereiro 2009. 9-14.

GRINOVER, A. P. As garantias processuais na cooperação internacional em matéria penal. In: BAPTISTA, L. O.; MAZZUOLI, V. D. O. **Doutrinas essenciais**: direito internacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. IV, 2012. p. 843-868.

HABERMAS, J. **The concept of dignity and realistic utopia of human rights**. In: *Methaphilosophy*. Oxford: Backwell Publishing, v. 41, n. 4, p. 464-480, 2010

HART, H. L. A. **O conceito de direito**. 1. ed. [S.l.]: Martins Fontes, 2009.

HOBBS, T. **Leviatã**, São Paulo: Martin Claret, 2014

JAYME, E. **Zugehörigkeit und kulturelle Identität - Die Sicht des Internationalen Privatrechts**. 1ª. ed. Göttingen: Wallstein Verlag, 2012.

JEFFERSON, T.; CONGRESS, Second Continental. **Declaration of Independence: A Transcription**. 1776. Disponível em: <<https://www.archives.gov/founding-docs/declaration-transcript>>. Acesso em: 10 jul. 2019.

JELLINEK, G. **Allgemeine Staatslehre**. Berlin: Verlag von O. Häring, v. 1, 1905.

KANT, I. **A Paz perpétua e outros opúsculos**. Lisboa: edições 70, 1995

_____. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Lisboa: Edições 70, 2007.

KELSEN, H. **Teoria Pura do Direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KOLB, R. **Truyol y Serra's Doctrines of International Law**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2018.

LASSON, A. **Prinzip und Zukunft des Völkerrechts**. Berlin: Verlag von Wilhelm Hertz, 1871.

LUPI, A. L. P. B. **Soberania, OMC e Mercosul**. 1ª. ed. São Paulo: Aduaneiras, 2001.

MACMILLAN, Margaret. **Paz em Paris, 1919: a Conferência de Paris e seu mister de encerrar a Grande Guerra**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2004,

MAFFESOLI, M. **O tempo das tribos - o declínio do individualismo nas sociedades de massa**. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

_____. **O tempo retorna - formas elementares da pós-moderindade**. 1ª. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012.

MANSEL, H.-P. Die kulturelle Identität im Internationalen Privatrecht. In: NOLTE, G., et al. **Pluralistische Gesellschaften und Internationales Recht**. Heidelberg: C.F.Müller, 2008. p. 137-213.

MARQUES, C. L. Ensaio para uma introdução ao direito internacional privado. In: DIREITO, C. A. M.; TRINDADE, A. A. C.; PEREIRA, A. C. A. **Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao prof. Celso D. de Albuquerque Mello**. 1ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 319-350.

MARTIN, Rex, REIDY, David A. (org). **Rawls Law of Peoples: a realistic utopia ?** 3º edition. Oxford: Blackwell Publishing, 2008.

MARX, Karl. **A Questão Judaica**. Lisboa: Lusofonia Press, 1995

MELLO, C. D. D. A. **Curso de direito internacional público**. 15ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, v. 2, 2004.

_____. **Curso de Direito Internacional Público**. 15ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, v. I, 2004.

MELLO, M. P. **Imigração e fluência cultural: dispositivos cognitivos da comunicação entre culturas legais**. Curitiba: Juruá, 2012.

MOREIRA, J. C. B. Problemas relativos a litígios internacionais. In: BAPTISTA, L. O.; MAZZUOLI, V. D. O. **Doutrinas essenciais: direito internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. IV, 2012. p. 1237-1261.

MORGENTHAU, H. J. **A política entre as nações: a luta pelo poder e pela paz**. São Paulo: Editora Universidade de Brasília, 2003.

MOURA, M.A.. **O discurso do ódio em redes sociais**. São Paulo: Lura, 2016

OLIVEIRA, E. P. D. **Curso de processo penal**. 8ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

OLIVEIRA, F.N.. **Os direitos humanos no Direito dos Povos: seu conteúdo, funções, participação em uma teoria de paz e possível fundamentação**. 2011. 161f. Dissertação (mestrado) – Programa de Pós- Graduação em Filosofia, Linha de Pesquisa: Direito, Sociedade e Estado. Universidade Federal de Pelotas, Pelotas.

OPOCHER, E. **Lezioni di filosofia del diritto**, Padua: CEDAM, 1983.

OPPENHEIM, L. **International Law: a treatise**. London: Longmans, Green and Co., v. I, 1905.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração universal dos direitos humanos** Disponível: <http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php>. Acesso em: 14 jun. 2019.

PINHEIRO, M.C.B.. **A Constituição de Weimar e os direitos fundamentais sociais**, p. 104. Disponível em: <[www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/92449/Pinheiro Maria.pdf?...2](http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/92449/Pinheiro%20Maria.pdf?...2)>. Acesso em: 11 jul. 2019.

PEREIRA, A. C. A. Os direitos do trabalhador imigrante ilegal à luz da Opinião Consultiva 18/03 da Corte Interamericana de Justiça - CIDH. In: BARROSO, L. R.; TIBÚRCIO, C. **O Direito Internacional Contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Jacob Dolinger**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. p.99-101.

PIOVESAN, F. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 10^a. ed. São Paulo: [s.n.], 2009.

POGGE, T. W. **Realizing Rawls**. New York: Cornell University Press. 1989.

RÜHL, G. Party autonomy in the private international law of contracts: transatlantic convergence and economic efficiency. In: GOTTSCHALK, E., et al. **Conflict of laws in a globalized world**. 1^a. ed. New York: Cambridge University Press, 2007. p. 153-183.

RAGNI, G.; RADO, J.; MACDERMOT, G. **Hair - the american tribal love-rock musical**. Nova Iorque: Tams-Witmark Music Library, 1995.

RAMOS, A. D. C. O princípio do non-refoulement no direito dos refugiados. In: PIOVESAN, F.; GARCIA, M. **Doutrinas essenciais: direitos humanos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. IV, 2011. p. 1155-1186.

RAWLS, J. **A Theory of Justice – Original edition**. Cambridge. Harvard University Press, 2005.

_____. **O Direito dos Povos**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. **Political Liberalism – Expanded edition**. New York: Columbia University Press, 2005.

REISMAN, W.M. The quest for world order and human dignity in the twenty-first century: constitutive process and individual commitment. In: _____ **Recueil des cours**, 2012. Haia: [s.n.], 2012

REZEK, F. **Direito Internacional Público**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

RIBEIRO, M. R. D. S.; ALMEIDA, B. Do conflito aparente de normas no espaço à cinemática jurídica global: conteúdo do direito internacional privado contemporâneo. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, Rio de Janeiro, 1, n. 20, 2011.

ROUX, J.-A. L'entraide des États dans la lutte contre la criminalité. **Recueil des Cours**, 1931, Haia, 36, 1970. 77-182.

SCACCHETTI, D. M. O tráfico de pessoas e o Protocolo de Palermo sob a ótica de direitos humanos. **Revista Internacional de Direito e Cidadania**, n. 11, outubro 2011. 25/38.

SARMENTO, D. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**, Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SARLET, I.W..*Dignidade da Pessoa Humana*. In: BARRETO, V.P. (coordenador). **Dicionário de Filosofia do Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

SCHMOECKEL, M. Lassa Oppenheim. In: FASSBENDER, B.; PETERS, A. **The Oxford handbook of the history of international law**. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 1152-1155.

SECRETARIA NACIONAL DE JUSTIÇA. **Transferência de pessoas condenadas**. Brasília: [s.n.], 2010.

SHAW, M. N. **International Law**. 7. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.

SILVA, J. A. *A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia*. In: **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas. v. 212, n. 89, 1998

SIQUEIRA JUNIOR, P.H.; OLIVEIRA, M.A.M. **Direitos Humanos: Liberdades Públicas e Cidadania**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SOUZA, A. D. B. G. **Presos estrangeiros no Brasil - aspectos jurídicos e criminológicos**. 1ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

STEIL, B. ; LITAN, R. E. **Financial statecraft**. New Haven: Yale University Press, 2008.

STRATHERN, P. **Kant (1724-1804) em 90 minutos**. Rio de Janeiro: Zahar, 1997.

TESÓN, F. R. *The Rawlsian theory of international law*. **Ethics and International Affairs** 9:1995. pp.79–99.

TIBURCIO, C.; BARROSO, L. R. **Direito constitucional internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

TRIEPEL, H. **Völkerrecht und Landesrecht**. Leipzig: Verlag von C. L. Hirschfeld, 1899.

TRINDADE, A. A. C. A personalidade e capacidade jurídicas do indivíduo como sujeito do direito internacional. In: ANNONI, D. **Os Novos Conceitos do Novo Direito Internacional - cidadania, democracia e direitos humanos**. 1ª. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 1-32.

VARELLA, M. D. **Direito Internacional Público**. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

VISSCHER, C. **Théories et réalités en droit international public**, Paris : A Pedone, 1953.

WATT, H. M. Private International Law as Global Governance: Beyond the Schize, from Closet to Planet. **Transational Legal Theory**, 2, 2011.

WENZEL, M. **Juristische Grundprobleme – Zugleich eine Unterschuhung zum Begriff des Staates und Problem des Völkerrechts**, Berlim: Dümmler Verlag, 1920

WEYNE, B.C.. **O princípio da dignidade da pessoa humana: reflexões a partir da filosofia de Kant**. São Paulo: Saraiva, 2013.