

“A QUARTIER LATIN teve o mérito de dar início a uma nova fase, na apresentação gráfica dos livros jurídicos, quebrando a frieza das capas neutras e trocando-as por edições artísticas. Seu pioneirismo impactou de tal forma o setor, que inúmeras Editoras seguiram seu modelo.”

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS

“Entre os vários méritos da EDITORA QUARTIER LATIN, sobreleva, para mim, o de que suas escolhas editoriais levam em conta muito mais a contribuição científica para o Direito do que, propriamente, o lucro empresarial, quase transformado em uma espécie de mantra da sociedade contemporânea. Se a publicação de manuais, cursos e quejandos cumpre função corretiva do aprendizado jurídico, não devemos nos olvidar de que são as monografias acadêmicas – conquanto na contramão dos resultados puramente mercadológicos – que impedem a petrificação do pensamento jurídico, impulsionando-o à criação de uma sociedade mais igualitária e sólida e menos argentária e líquida, como tem se revelado, infelizmente, a nossa.”

NEWTON DE LUCCA

EDITORA QUARTIER LATIN DO BRASIL

EMPRESA BRASILEIRA, FUNDADA EM 20 DE NOVEMBRO DE 2001  
RUA GENERAL FLORES, 508 – CEP 01129-010  
BOM RETIRO – SÃO PAULO

VINDAS: FONES: +55 11 3222-2423; +55 11 3222-2815  
WHATSAPP: +55 11 9 9431 1922

**SOLANO DE CAMARGO**

*Advogada. Graduada em Direito pela Universidade de São Paulo (USP) e em Direito Francês pela Université Lyon 3 (França). Pós-Doutorando em Direito Internacional pela Faculdade de Direito de Coimbra (Portugal). Doutor e Mestre em Direito Internacional pela USP. Doutorado na modalidade “sanduíche” pela Faculdade de Direito do Porto (Portugal). Professor de Pós-Graduação em Direito na Universidade Anhembí Morumbi.*

# HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇAS ESTRANGEIRAS ORDEM PÚBLICA PROCESSUAL E JURISDIÇÕES ANÔMALIAS

Editora Quartier Latin do Brasil  
São Paulo, primavera de 2019

### CAPÍTULO 3 – JURISDIÇÕES ANÔMALIAS

Como já dito anteriormente, o mecanismo da delibação é amplamente consagrado na comunidade internacional como meio de homologação de sentenças estrangeiras.

Porém, tal mecanismo parte de duas premissas equivocadas que, em conjunto, parecem levar a situações concretas de injustiça material.<sup>139</sup>

A primeira delas leva em conta a posição de que o Estado é o único ente capaz de gerar sentenças estrangeiras passíveis de homologação no foro, havendo hodiernamente uma gama de possibilidades de situações em que *lides*<sup>140</sup> são decididas sem a necessidade de intervenção estatal, ao

139 Do ponto de vista da filosofia do direito internacional privado, a consolidação do sistema delibatório na virada do século XX estava de acordo com as premissas nacionalistas e capitalistas que reafirmavam o fim da chamada “era dos impérios”, e a emergência dos novos Estados nacionais ávidos pelo comércio internacional: “Ademais, essa economia não reconhecia fronteiras, pois funcionava melhor quando nada interferia no livre movimento dos fatores de produção. Assim, o capitalismo, além de internacional na prática, era internacionalista na teoria. O ideal de seus teóricos era uma divisão internacional do trabalho que garantisse o crescimento máximo da economia. Seus critérios eram globais: não tinha sentido tentar produzir bananas na Noruega, pois elas podiam ser produzidas muito mais barato em Honduras. Eles desdenhavam os argumentos locais ou regionais em contrário. A teoria pura do liberalismo econômico era obrigada a aceitar as consequências mais extremas, ou mesmo absurdas, de seus pressupostos, desde que se pudesse demonstrar que destes decorria a otimização dos resultados globais. Se fosse possível demonstrar que toda a produção industrial do mundo devia ser concentrada em Madagascar (como 80% de sua produção de relógios estava concentrada numa pequena região da Suíça), ou que toda a população da França devia se mudar para a Sibéria (como uma grande proporção de noruegueses foi, de fato, trasladada pela migração para os EUA), não havia argumentos econômicos contra tais procedimentos.” (HOBSBAWM, Eric John. *A era dos impérios*: 1875-1914. Tradução de Siene Maria Campos e Yolanda Stidel de Toledo. 19ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2015. p. 43).

140 Adota-se o clássico conceito carnelluttiano de *lide*: “Quer dizer que o conflito atual supõe a prática de um ato por cada um dos sujeitos, os quais, ao praticá-lo, se tornam dois contendores: um deles pretende, e o outro resiste à pretensão. A ciência do direito processual submeteu este fenômeno a uma análise senão definitiva, pelo menos muito adiantada, e elaborou os conceitos da pretensão e da resistência, respectivamente como exigência da prevalência de um interesse próprio sobre um interesse alheio, e como oposição a tal exigência. Ao conflito de interesses, quando se efetiva com a pretensão ou com a resistência, poderia dar-se o nome de contenda, ou mesmo de controvérsia. Pareceu-me mais conveniente e adequado aos usos da linguagem o de *lide*.” (CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito*. São Paulo: Lejus, 1999. p. 108); CAPPELLETTI, Mauro. Il valore della sentenza straniera in Italia. *Rivista di Diritto Processuale*, v. 20, nº 2, p. 11, 1965; LIEBMAN, Enrico Tullio, L'azione per la delibazione delle sentenze straniere, in *Problemi del processo civile*, cit., p. 289.

menos no que se refere à resolução do mérito. A esse grupo não exaustivo de mecanismos denominamos de *ordens jurídicas não estatais*.

A segunda premissa equivocada baseia-se no fato de que as diversas jurisdições estatais seriam, para os efeitos do juízo de delibação, *fungíveis*. Tal presunção, nascida em época de forte inspiração nacionalista, que remonta à unificação da Itália e da Alemanha, traz como fundamento da homologação da sentença estrangeira a própria lei nacional, que estabeleceria os critérios processuais e os filtros materiais de ordem pública como fatores limitantes da homologação<sup>141</sup>. Como se verá oportunamente, tais critérios nacionalistas foram superados pelas diversas ondas renovatórias dos direitos humanos, que permitiram avaliar com graus de profundidade cada vez maiores os eventuais vícios de formação das sentenças estrangeiras.

### 3.1. AS ANOMALIAS

Segundo Thomas Kuhn, “cada revolução científica altera a perspectiva histórica da comunidade que a experimenta, então esta mudança de perspectiva deveria afetar a estrutura das publicações de pesquisa e dos manuais do período pós-revolucionário”.<sup>142</sup>

Com efeito, o paradigma da igualdade dos Estados e da equivalência das jurisdições estatais, moldada em aço e concreto a partir das ponderações de Anzilotti e de toda a escola processual italiana, edificaram a expectativa – sintetizada por Vicente Greco, Sidney Beneti e outros processualistas brasileiros – de que o sistema deliberatório e seus requisitos intrínsecos e formalistas, além dos três níveis da ordem pública material de que fala Dolinger, seriam suficientes para a coerência do sistema de homologação de sentenças estrangeiras.

Porém, como será mais bem delineado nos próximos itens, há hodiernamente violações de expectativa (ou *anomalias*, na definição de Kuhn) que desafiam esse paradigma.

141

ANZILOTTI, Dionisio, *Il riconoscimento delle sentenze straniere di divorzio in ordine alla seconda convenzione dell’Aia*, 12 giugno 1902; memória del prof. Dionisio Anzilotti, letta il 30 maggio 1908 alla classe di Scienze morali della R. Accademia delle scienze dell’Istituto di Bologna, cit., n.º 4, p. 42.

142

KUHN, Thomas S., *A estrutura das revoluções científicas*, cit., p. 13-18.

Kuhn defende que novas descobertas, mudanças ou novidades relativas a fatos podem levar a invenções (ou novidades concernentes à teoria). A descoberta começa com a consciência da *anomalia*, isto é, com o reconhecimento de que, de alguma maneira, a natureza violou as expectativas paradigmáticas que governam a ciência normal. Segue-se daí uma exploração mais ampla, de tal forma que o *anômalo* se tenha convertido no *esperado*. A assimilação de um novo tipo de fato exige mais que um ajustamento da teoria, de forma que tal ajuste tenha sido completado.<sup>143</sup>

Especificamente no que diz respeito ao presente trabalho, os pilares estruturantes da homologação de sentença estrangeira na virada do século XX, como já dito no Capítulo 1, de per si, não mais encontram o mesmo polo nacionalista e estatocêntrico na atualidade.

### 3.2. O PARADIGMA DA IGUALDADE DOS ESTADOS

No âmbito do direito internacional público moderno, famosas foram as defesas de Ruy Barbosa na Segunda Conferência de Paz da Haia, de 1907, a respeito da igualdade entre os Estados.<sup>144</sup>

A Convenção Panamericana sobre Direitos e Deveres dos Estados, concluída em Montevideu em 1933, dispôs no artigo 4º que “os Estados são juridicamente iguais, gozam dos mesmos direitos e têm a mesma capacidade no seu exercício. Os direitos de cada um não dependem do poder que tenha para assegurar o seu exercício, mas do simples fato de sua existência como pessoa do Direito Internacional”.

O preâmbulo da Carta das Nações Unidas proclamou, em 1945, que a organização “é baseada no princípio da igualdade soberana de todos os seus membros”.

143

KUHN, Thomas S., *A estrutura das revoluções científicas*, cit., p. 91. O autor acrescenta: “Essas características, incluem: a consciência prévia da anomalia, a emergência gradual e simultânea de um reconhecimento tanto no plano conceitual como no plano da observação e a consequente mudança das categorias e procedimentos paradigmáticos – mudança muitas vezes acompanhada por resistência. Existem inclusive provas de que essas mesmas características fazem parte da natureza do próprio processo perceptivo.” (Ibidem, p. 89).

144

ACCIOLY, Hildebrando. Ruy Barbosa na Segunda Conferência de Haia. *Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro*, Rio de Janeiro, v. 237, p. 164-176, out./dez. 1957.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 4º, inciso V, também proclama que um dos princípios das relações internacionais do Brasil é a “igualdade entre os Estados”.

Como já visto anteriormente, o paradigma da igualdade dos Estados, no campo do direito internacional privado, suplantou o ideal cosmopolita savigniano edificando-se o tema da homologação de sentenças estrangeiras sob a égide do nacionalismo da segunda metade do século XIX, cuja consequência jurídica mais nítida levou à presunção de equivalência ou fungibilidade das diversas jurisdições estatais.

Especificamente em meio aos esforços políticos para a unificação alemã, Savigny propôs seu consagrado método de direito privado no âmbito internacional, buscando um conjunto de normas de validade universal, passíveis de serem aplicadas pelos mais diferentes ordenamentos jurídicos<sup>145</sup>, rompendo com as tradições contratualistas e iluministas<sup>146</sup> e voltando-se ao historicismo. Justamente por utilizar um flexível conceito de “nação” – e não de “Estado” –, a proposta de Savigny construiu um ambiente propício às ideias de cooperação internacional em matéria de relações privadas.<sup>147</sup>

Tais novas relações exigiram, como corolário, que as decisões dos tribunais de diferentes Estados viessem a avaliar a relação jurídica sempre da mesma forma, independentemente do local em que se dessem as relações fáticas que originaram os litígios.<sup>148</sup> Com isso, nasceu o ideal paradigmático de equivalência dos ordenamentos jurídicos e de igualdade entre as pessoas nacionais e estrangeiras, como bem notado

145 “[...] quanto mais as relações entre os diferentes povos forem numerosas e ativas, tanto mais se deve estar convencido de que é necessário renunciar ao princípio da exclusão para adotar a ideia da comunidade de povos.” (SAVIGNY, Friedrich Carl von, *Sistema do direito romano atual*. Tradução de Ciro Mioranza. Jjuí: Editora Unijjuí, 2004. v. 8, p. 49).

146 Para uma aplicação do cosmopolitismo de matriz kantiana no âmbito do direito internacional privado, vide: REIS, Gabriel Mattos Tavares Valente dos. *Por uma análise cosmopolita da determinação da lei aplicável*. 2012. 128 p. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 18-20.

147 COSTA, Pietro. *Civitas, respublica, corpus*. Immagini dell’ordine e dell’appartenenza fra ‘antico’ e ‘moderno’. In: CARILLO, Gennaro (a cura di). *Unità e disunione della polis*. Napoli: Sellino, 2007. p. 622.

148 DAL RI JUNIOR, Arno; POZZATTI JUNIOR, Ademar. A construção da cooperação jurisdicional nos pressupostos teóricos da obra de Pasquale Stanislao Mancini (1871-1872). UFSC, v. 33, n.º 65, p. 301, dez./2012.

por Guszwiller<sup>149</sup>. Por essa razão é que Savigny admite a autoridade da sentença estrangeira, com os efeitos do lugar em que foi ela proferida, sem necessidade de revisão de fundo.<sup>150</sup>

Partindo-se da igualdade de tratamento para um mesmo fato jurídico, Mancini elabora o princípio da nacionalidade, contrariando Savigny, que privilegiava a base da relação jurídica<sup>151</sup>. Segundo Mancini, advindo o Estado – ente artificial – como uma consequência da identidade nacional, os direitos subjetivos do indivíduo em matéria de direito privado centrariam em primeiro plano, o que justificaria a cooperação internacional entre as nações, organizadas política e juridicamente pelos Estados. Com isso, fixa Mancini as bases doutrinárias e práticas para o reconhecimento dos efeitos da sentença estrangeira.<sup>152</sup>

Trazendo o tema para o âmbito do direito processual civil, Anzilotti defende a necessidade de delibação da sentença estrangeira – mesmo aquelas meramente declaratórias –, fundamentando que sua eficácia no foro depende do ato do magistrado que, por sua vez, imprime o valor formal de ato da soberania italiana ao conteúdo do ato jurisdicional estrangeiro. Isso em função da “vontade” da lei, e não pelo respeito ao direito estrangeiro<sup>153</sup>. Tal pensamento soberanista influenciou a escola

149 GUTZWILLER, Max. Le développement historique du droit international privé. *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, v. 29, p. 252-255, 1929.

150 SAVIGNY, Friedrich Carl von, *Sistema do direito romano atual*, cit., p. 277.

151 MANCINI, Pasquale Stanislao. *Direito internacional*. Tradução de Ciro Mioranza. Jjuí: Unijjuí, 2003. Sobre análise da linha ideológica de Mancini, Erik Jayme entende que o direito natural foi a base em que esse autor erigiu a nova ideia da nação que, por sua vez, se realizaria como pessoa natural, evidenciando a ideia da soberania das nações, e respeitanda a tarefa de “despedaçar os grilhões da dominação estrangeira” (MANCINI, Pasquale Stanislao. *Della nazionalità come fondamento del diritto delle genti*. A cura di Erik Jayme. Torino: Giappichelli, 1994. p. 84).

152 MANCINI, Pasquale Stanislao et al. *Commentario del codice di procedura civile per gli stati sardi*. Milano: Amministrazione della Società Editrice, 1855. v. 1, p. 242. A respeito da posição de Mancini: JAYME, Erik. *Pasquale Stanislao Mancini: il diritto internazionale privato tra risorgimento e attività forense*. Traduzione di Antonio Ruini. Padova: CEDAM, 1988. p. 63.

153 Textualmente: “La giurisdizione, come funzione di sovranità, tanto si estende quanto la sovranità medesima: l’efficacia della sentenza, come atto giurisdizionale, è dunque, per natura sua, circoscritta allo Stato che la pronunzia, non potendosi concepire che il comando di uno Stato, e tale è sempre l’atto giurisdizionale, abbia di per sé valore in un altro Stato. Efficacia della sentenza vuol dire infatti, in ogni caso, obbligo di accettare come diritto quello che in essa è dichiarato esser tale: ora, quest’obbligo non può sorgere per gli organi della sovranità italiana che in forza di un comando di questa sovranità, ammettere il contrario,

processual italiana, como se vê nas obras de Chiovenda, Calamandrei, Canelutti e Morelli, conforme anota Liebman que, aliás, seguiu tal preceito.<sup>154</sup>

O próprio Tratado de Paz de Versailes, celebrado em 28 de julho de 1919, previu em seu artigo 302 que as sentenças proferidas pelos tribunais de qualquer dos Estados Aliados seriam consideradas exequíveis na Alemanha, sem necessidade de homologação.<sup>155</sup> Tal previsão demonstra a importância política do tema e sua vinculação com os aspectos soberanísticos do Estado *a quo*, como decorrência do próprio exercício da jurisdição. Portanto, a partir do entre guerras (1918-1939), a homologação de sentença estrangeira passou a consolidar em definitivo o componente político na tramitação das decisões judiciais, em detrimento da natureza jurídica internacionalista.

A teoria territorialista de Anzilotti, como visto, prevaleceu, tendo Cappelletti analisado profundamente os efeitos no direito internacional, com a emergência de um nacionalismo legislativo no território europeu durante todo o século XX.<sup>156</sup>

*sarebbe come ammettere che uno Stato possa esercitare una potestà d'imperio sugli organi di un altro Stato, che è quanto dire sullo Stato medesimo. L'efficacia delle sentenze straniere, in ogni sua manifestazione – e quindi anche soltanto come diritto di rimettere in discussione il già deciso – riposa dunque esclusivamente sulla volontà dello Stato: se il giudice italiano accetta e rispetta una decisione straniera, non lo fa perché questa abbia per lui ma perché la legge sua glielo comanda.” (ANZILOTTI, Dionisio, Il riconoscimento delle sentenze straniere di divorzio in ordine alla seconda convenzione dell’Aia, 12 giugno 1902; memoria del prof. Dionisio Anzilotti, letta il 30 maggio 1908 alla classe di Scienze morali della R. Accademia delle scienze dell’Istituto di Bologna, cit., p. 354).*

154 LIEBMAN, Enrico Tullio, L’azione per la delibazione delle sentenze straniere, in *Problemi del processo civile*, cit., p. 289-291. O pensamento de Anzilotti amalgamava – contrariamente à concepção universalista de Savigny – o nacionalismo italiano e alemão. Na íntegra: “Article 302. Les jugements rendus par les tribunaux d’une puissance alliée ou associée, dans le cas où ces tribunaux sont compétents d’après le présent traité, seront considérés en Allemagne comme ayant l’autorité de la chose jugée et y seront exécutés sans qu’il soit besoin d’exequatur.” (BIANCO, Rogério Carmona, Sentença estrangeira: reflexões sobre o modelo brasileiro. *Revista Dialética de Direito Processual*, n.º 56, p. 78, nov. 2007; BRAGA, Gustavo Augusto da Frola. *Homologação de sentenças estrangeiras*. Fortaleza: Typografia Commercial, 1922. p. 12; BENETTI, Sídney Agostinho. *Homologação de sentença estrangeira por delibação no processo civil brasileiro*. 2017. 398 p. Tese (Livre Docência) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017. p. 89.

156 CAPPELLETTI, Mauro. *El valor de las sentencias y de las normas extranjeras en el proceso civil*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Europa-América, 1968. p. 339.

Como visto anteriormente, o Brasil acabou por importar o modelo nacionalista de homologação de sentenças estrangeiras, o que se fez sentir, aliás, na controversia jurisprudencial quanto à necessidade de homologar *todas* as sentenças (entre 1915 e 1920) e na subsequente vitória daqueles que pugnavam pela tese afirmativa.<sup>157</sup>

Como corolário lógico da análise da homologação da sentença estrangeira pelo viés puramente processual, chega-se nos dias atuais à conclusão de que o modelo delibatório, tanto no Brasil como no estrangeiro, é o que melhor serve ao modelo de justiça material, refutando-se a análise de fundo da sentença estrangeira, com base no princípio soberanístico da jurisdição estrangeira.<sup>158</sup>

Esse senso comum, como aponta Paul Lagarde, entende que a boa administração da justiça nas relações privadas internacionais passa pela proximidade geográfica com o foro e a relação jurídica controversada, pouco importando qual seja esse foro. Tal senso, como já mencionado, define a sociedade internacional como uma comunidade sem fronteiras, pressupondo a fungibilidade das jurisdições em todo o mundo e sua capacidade de realizar justiça com a mesma qualidade.<sup>159</sup>

A ausência do conflito de jurisdições é o universalismo judicial. Porém, sem abandonar tal presunção, é preciso evitar a visão “angélica da sociedade internacional”.<sup>160</sup> Nas palavras de Camille Bernard, “entre os Estados que compõem a ONU, há aqueles que atuam com serenidade,

157 Ver portados: VALLADÃO, Haroldo, *Direito internacional privado*, cit., v. 3, p. 190. Sobre a evolução do direito internacional privado no Brasil: MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. *Direito internacional privado da família: influências da história e da geografia do Brasil*. In: MONACO, Gustavo Ferraz de Campos; FULCHIRON, Hugues (Orgs.). *Famílias internacionais: seus direitos e seus deveres*. São Paulo: Intelecto, 2016. p. 3-28.

158 MORELLI, Caetano, *Il diritto processuale civile internazionale*, cit., v. 7, p. 83; CHIOVENDA, Giuseppe, *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 2, p. 48; LIEBMAN, Enrico Tullio, L’azione per la delibazione delle sentenze straniere, in *Problemi del processo civile*, cit., p. 301; CAPPELLETTI, Mauro, *El valor de las sentencias de las normas extranjeras en el proceso civil*, cit., p. 284. Entre nós: GRECO FILHO, Vicente, *Homologação de sentença estrangeira*, cit., p. 62; BENETTI, Sídney Agostinho, *Homologação de sentença estrangeira por delibação no processo civil brasileiro*, cit., p. 143.

159 LAGARDE, Paul, Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain: cours général de droit international privé, cit.; VON MEHREN, Arthur Taylor, Jurisdiction to adjudicate: reflections on the role and scope of specific jurisdiction, in *Études de droit international en l’honneur de Pierre Lalive*, cit., p. 557-558.

160 CORBION, Lycette, *Le déni de justice en droit international privé*, cit., p. 291-292.

objetividade e a justiça de suas cortes, mas há outros Estados onde o réu estrangeiro está sempre errado”.<sup>161</sup>

Nesse aspecto, no campo do direito internacional público, é crescente a multiplicação de tribunais internacionais, cujo fenômeno é marcadamente contemporâneo.<sup>162</sup> A própria Carta das Nações Unidas prevê, em seu artigo 95<sup>163</sup>, a criação de novos tribunais internacionais, o que efetivamente vem ocorrendo, tornando o direito internacional contemporâneo mais bem equipado para a solução judicial de controvérsias em distintas áreas de regulamentação.

Com a crescente tendência de responsabilização dos Estados por tribunais de direitos humanos supranacionais, inclusive em demandas propostas por pessoas naturais, como é o caso do Corte Europeia de Direitos Humanos<sup>164</sup>, a visão processualista da equivalência das jurisdic-

<sup>161</sup> No original: “Parmi les États qui composent l’O.N.U., il y a des États dans lesquels on peut compter sur la sérénité, l’objectivité, la justice de leurs juridictions, mais il y a d’autres États où le défendeur étranger a toujours tort.” (BERNARD, Camille. Débats. In: PONSARD, M. André. Le contrôle de la compétence des juridictions étrangères. In: DROIT international privé: Travaux du Comité Français de Droit International Privé, 7<sup>e</sup> année, 1985-1986. Paris: CNRS, 1988, p. 67).

<sup>162</sup> Ver, por todos: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Os tribunais internacionais contemporâneos*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão (FUNAG), 2013, p. 11. Principalmente na década de 1990, ocasião em que foram instituídos os tribunais penais internacionais *ad hoc* para a Ex-Iugoslávia e Ruanda, o Tribunal Internacional para Direito do Mar e o Órgão de Solução de Controvérsias da OMC (que, embora não seja formalmente um tribunal, possui inúmeras características de um órgão judiciário, especialmente seu órgão de apelação). Ainda nessa década, foram criados o Tribunal Penal Internacional e a Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos, que entraram em funcionamento na década seguinte. Somando-se a essa gama de tribunais internacionais, as cortes de direitos humanos já existentes (o Tribunal Europeu de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, criados e instituídos no período de Guerra Fria), tem-se um quadro bastante amplo.

<sup>163</sup> Artigo 95. Nada na presente Carta impedirá os Membros das Nações Unidas de confiarem a solução de suas divergências a outros tribunais, em virtude de acordos já vigentes ou que possam ser concluídos no futuro.”

<sup>164</sup> Os interessados podem peticionar diretamente ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos através de requerimentos que a própria corte disponibiliza em seu *website* ou por cartas. São partes legítimas ativas, pela Convenção Europeia, todos os residentes nos Estados-Membros, além de refugiados, como no Caso *Hirsi Jamaa e Outros v. Itália*, em que esta foi condenada pelo regresso forçado de somalis à Líbia, não obstante o risco à integridade física dos autores (COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L’HOMME: *Guide sur l’article 4 du Protocole n° 4 à la Convention Européenne des Droits de l’Homme: interdiction des expulsions collectives d’étrangers*, 31.08.2018. Disponível

em: <[http://www.echr.coe.int/Documents/Guide\\_Art\\_4\\_FRA.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_4_FRA.pdf)>. Acesso em: 30 out. 2018).

Em síntese, se a fungibilidade dos Estados e de suas respectivas jurisdições constitui uma presunção não absoluta, cabe questionar quais seriam os elementos que sistematicamente podem macular as respectivas sentenças estrangeiras que se pretende homologar no estrangeiro.

### 3.3. O PARADIGMA DO MONOPÓLIO JURISDICCIONAL

Apesar de as regras de jurisdição na ordem internacional serem centradas na figura dos Estados, cujas regras delimitadoras estão contidas, desde o século XIX, basicamente na territorialidade e na nacionalidade, o direito internacional das últimas décadas inequivocamente tem se aprofundado, ao reconhecer os direitos humanos como um de seus objetos<sup>165</sup>. Contrastando com as regras de competência basicamente estáticas da jurisdição estatal, é inegável que os fundamentos do direito internacional passaram da soberania auto limitadora do Estado para um escopo preocupado com a *humanidade*<sup>166</sup>, ou ainda da compreensão da soberania como *responsabilidades*, ao invés de um direito absoluto<sup>167</sup>. Segundo a decisão do Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia:

[...] O amplo desenvolvimento e divulgação das doutrinas de direitos humanos na comunidade internacional, particularmente após a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de

em: <[http://www.echr.coe.int/Documents/Guide\\_Art\\_4\\_FRA.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_4_FRA.pdf)>. Acesso em: 30 out. 2018).

<sup>165</sup> SLAUGHTER, Anne-Marie. *A new world order*. Princeton: Princeton University Press, 2004, p. 215.

<sup>166</sup> TETTEL, Ruti. *Humanity’s law*. Oxford: Oxford University Press, 2011; TESÓN, Fernando R. The Kantian theory of international law. *Columbia Law Review*, v. 92, n° 1, p. 53-102, Jan. 1992, p. 53; SOHN, Louis B. The new international law: protection of the rights of individuals rather than states. *American University Law Review*, v. 32, n° 1, p. 1-64, Fall 1982.

<sup>167</sup> INTERNATIONAL COMMISSION ON INTERVENTION AND STATE SOVEREIGNTY. *The responsibility to protect*. Report of the International Commission on Intervention and State Sovereignty. Ottawa, ON, Canada: International Development Research Centre, 2001. Disponível em: <<http://responsibilitytoprotect.org/ICISS%20Report.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2018. Segundo Kofi Annan: “States are now widely understood to be instruments at the service of their peoples, and not vice versa. [...] When we read the Charter today, we are more than ever conscious that its aim is to protect individual human beings, not to protect those who abuse them.” (ANNAN, Kofi. Two concepts of sovereignty. *The Economist*, 16 Sep. 1999. Disponível em: <<http://www.economist.com/node/324795>>. Acesso em: 30 out. 2018).

1948, trouxe mudanças significativas no direito internacional, principalmente na abordagem dos problemas que afetam a comunidade mundial. A abordagem tradicionalmente baseada na soberania do Estado foi gradualmente suplantada por uma visão fundada nos direitos humanos. Gradualmente, a máxima do direito romano *hominum causa omne jus constitutum est* (todo direito é criado em benefício do homem) passou a ter uma base sólida na comunidade internacional.<sup>168</sup>

No caso *Lotus*, a Corte Permanente de Justiça Internacional (CPIJ), em 1927, entendeu que “longe de estabelecer uma proibição geral de que os Estados não podem alargar a aplicação de sua legislação e da competência de seus tribunais a pessoas, bens ou atos fora de seu território”, há na verdade um amplo poder discricionário, “limitado em certos casos por regras proibitivas”. Ou seja, afóra tais “certos casos”, o Estado permaneceria “livre para adotar os princípios que considera mais adequados”.<sup>169</sup>

Essa afirmação parece sugerir que a jurisdição estatal seria plena, porém sujeita a certos limites. Alguns entendem que essa limitação se baseia em princípios geralmente aceitos de jurisdição internacional, em que a competência interna seria absoluta e a competência extraterritorial seria baseada em hipóteses pré-definidas.<sup>170</sup>

168 No original: “[...] *The impetuous development and propagation in the international community of human rights doctrines, particularly offer the adoption of the Universal Declaration of Human Rights in 1948, has brought about significant changes in international law, notably approach has been gradually supplanted by a human-being-oriented approach. Gradually the maxim of Roman law, *hominum causa omne jus constitutum est* (all law is created for the benefit of human beings) has gained a firm foothold in the international community as well.*” ((Prosecutor v. Tadić (Jurisdictional Phase), Appeals Chamber, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, decision of October 02, 1995, p. 97. Disponível em: <www.icty.org/x/cases/tadic/acdec/en/51002.htm>. Acesso em: 30 out. 2018).

No original: “C’est cette liberté que le droit international laisse aux États, qui explique la variété des règles qu’ils ont pu adopter sans opposition ou réclamations de la part des autres États: c’est en vue d’apporter un remède aux inconvénients qui dérivent de pareille variété qu’on s’efforce, depuis des années, en Europe aussi bien qu’en Amérique, d’élaborer des conventions, dont l’effet serait justement de restreindre la liberté que le droit international laisse actuellement aux États dans cette matière, en combattant ainsi des lacunes de compétences ou en faisant disparaître des concurrences de compétences résultant de la diversité des principes adoptés dans les différents États.” (SS ‘Lotus’ (France v. Turkey) (1927) PCIJ Ser A, p. 18-19).

170 MANN, Frederick Alexander. The doctrine of jurisdiction in international law. *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, v. 111, p. 27, 1964. Essa interpretação talvez se baseie na conclusão posterior do Tribunal, de que “tudo o que

Porém, a leitura atenta do acórdão do caso *Lotus* mostra que as conclusões do Tribunal Permanente de Justiça Internacional (atual Tribunal de Justiça Internacional) não foram assim tão generosas. Como houve empate entre os juízes da corte (seis a seis), o presidente aplicou o voto de minerva em favor da solução dada ao litígio. Segundo Alex Mills, a decisão aplicou uma abordagem “brevemente dominante” à época (em-bora influente até os dias atuais), que é o positivismo internacional<sup>171</sup>, cuja origem remontaria a John Austin, discípulo de Jeremy Bentham. Segundo essa teoria, a soberania é uma questão de fato, posto que o poder do soberano está acima e além do direito.<sup>172</sup>

Conceituar soberania sempre causou, e ainda hoje causa, inúmeras controvérsias. A definição de soberania como *suprema potestas superiorum non recognoscens* (poder supremo que não reconhece outro acima de si) remonta ao nascimento dos grandes Estados nacionais europeus, no limiar da Idade Moderna.<sup>173</sup>

As definições elaboradas ao longo do século XIX trouxeram frequentemente o qualificativo *ilimitada*, como consequência da própria soberania. Blackstone descreveu soberania como “uma autoridade suprema, irresistível, absoluta, incontrolável, na qual reside a *jura summi imperii*, ou os direitos de soberania”<sup>174</sup> e Burgess a definiu como “o poder original, absoluto, ilimitado e universal subjetivo e de todas as associações”.<sup>175</sup>

pode ser exigido de um Estado é que ele não deve ultrapassar os limites que o direito internacional impõe à sua jurisdição; dentro destes limites, o seu título de exercício da competência reside na sua soberania”. No original: “Dans ces conditions, tout ce qu’on peut demander à un État, c’est de ne pas dépasser les limites que le droit international trace à son compétence; en deçà de ces limites, le titre à la juridiction qu’il exerce se trouve dans sa souveraineté.” (SS ‘Lotus’ (France v. Turkey) (1927) PCIJ Ser A, n° 10, p. 19).

171 MILLS, Alex. Rethinking jurisdiction in international law. *British Yearbook of International Law*, v. 84, p. 187-239, 2014.

172 AUSTIN, John. *The province of jurisprudence determined*. Cambridge, MA: Cambridge University Press, 1995. p. 201.

173 FERRAIOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do Estado nacional*. Tradução de Carlo Cocchioli e Márcio Lauria Filho. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 66.

174 No original: “a supreme, irresistible, absolute, uncontrolled authority, in which the *jura summi imperii*, or the rights of sovereignty, reside” (BLACKSTONE, William. *Commentaries on the laws of England*: of the rights of persons. Oxford: Oxford University Press, 2016. v. 1, p. 47).

175 No original: “original, absolute, unlimited, universal power of the individual subject and over all associations of subject” (MERRIAM, Charles Edward. *History of the theory of sovereignty since Rousseau*. New York: The Columbia University Press, 1900. p. 179).

Jean Bodin é tido como o primeiro a tratar a soberania de forma sistematizada, em sua obra *Os seis livros da república*, no século XVI. Segundo Bodin, a soberania seria um poder perpétuo, cujas únicas limitações seriam o direito divino e o direito natural, ou seja, dentro desses círculos metafísicos, encontrar-se-ia a soberania. Com isso, todo o poder seria concentrado no governante por concessão de Deus, fonte da sujeição do povo ao príncipe. Além da obediência às leis naturais e divinas, o príncipe ainda se obrigaria nos contratos que tivesse celebrado, com seus súditos ou estrangeiros.<sup>176</sup>

Hobbes, buscando combater a guerra civil em alguns Estados em formação, defendeu a necessidade de se criar um poder monolítico e indivisível, ao contrário da divisão típica medieval policentrista. Esse poder uno, centralizado e absoluto seria a gênese da própria soberania. Hobbes defendeu que todos os homens, necessitando conviver em paz e harmonia, submeter-se-iam ao império da lei e a um poder central, cuja desobediência lhes seria nefasta. Visando à proteção mútua, os homens renunciariam a seu poder individual ilimitado em favor do governante, jurando-lhe obediência, desde que todos o fizessem (“pacto de união”). Esse pacto seria firmado pelos súditos entre si, e não entre eles e o príncipe, o que impediria o soberano de violar um tratado de que não participou. Logo, a base da soberania de Hobbes parece mais ampla do que aquela formulada por Bodin, pois adviria da união de poderes antes fragmentados, e não da sujeição do povo. Em síntese, Hobbes defendeu que a soberania seria sempre absoluta, posto que decorre da transferência de poderes dos súditos em favor do soberano, de forma ilimitada e irrevogável.<sup>177</sup>

Jellinek defendeu a soberania como um dos efeitos do poder do Estado, segundo o qual ele se autodetermina e se obriga (teoria da autolimitação, base do vínculo do Estado com o direito). Assim, embora o Estado seja a fonte do direito, a ele se vincula, impondo a si próprio a limitação do seu poder pelas normas constitucionais e legislativas. Logo, soberania seria a “vontade” que comporta em si o exclusivo caráter de autodeterminação, estabelecendo, ela própria, a amplitude de sua ação.

176 BODIN, Jean, *Os seis livros da república*: livro primeiro, cit., p. 237.

177 HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de uma república eclesástica e civil*. Organizado por Richard Tuck. 3ª ed. Tradução de João Paulo Monteiro e Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

A soberania não poderia ser limitada por outras “vontades” ou por outras “soberanias”.<sup>178</sup>

Duguit negou existência à soberania, criticando as várias aceções em voga, arquitetando um dilema engenhoso: ou o Estado é soberano, limitando-se exclusivamente pela sua própria vontade contra seus súditos, ou ele está submetido a uma regra imperativa que o limita, não sendo ele, portanto, soberano.<sup>179</sup> Segundo ainda Duguit, se a soberania é uma força suprema, incontestável, ela apenas poderia ter se originado de um poder metafísico, supraterrrestre, ou seja, do próprio Criador. Logo, essa visão traz consigo a onipotência do Estado e lhe permitiria o abuso de poder, o que não seria aceitável. Por outro lado, se a origem da soberania é o seu povo, não há razão para que a vontade coletiva se sobreponha à vontade individual. Em síntese, o poder atribuído a um grupo majoritário poderia ser uma necessidade de fato, mas não um poder legítimo. Assim, a sua noção de soberania decorre da existência de um serviço público, ou seja, a força e a moral do Estado decorrem das atividades cuja manutenção é considerada obrigatória para os governantes. E já que o Estado pode criar e substituir o direito como bem entender, sua autolimitação seria um mero jogo de palavras.<sup>180</sup>

Segundo Heller, soberania é o fenômeno jurídico que decorre do fato de o Estado deter a última palavra em seu território. Logo, ao estabelecer sua competência privativa e excluir tudo aquilo que não lhe cabe decidir, estaria o Estado manifestando sua soberania. Para Heller, jurisdição e soberania são fenômenos conexos, na medida que o monopólio do Estado para impor a coação física e o poder decisório em seu território determinam o fenômeno da soberania. Como consequência,

178 JELLINEK, Georg. *Teoria general del estado*. Traducción y prólogo de la segunda edición alemana por Fernando de los Ríos Urruti. México: Fondo de Cultura Económica, 2000.

179 Duguit segue o chamado *paradoxo da onipotência*, criado na baixa Idade Média. Segundo esse raciocínio, Deus não seria onipotente, pelo fato de não conseguir criar uma pedra que nem Ele próprio pudesse carregar. São Tomás de Aquino demonstrou que o paradoxo advém de uma falsa compreensão do conceito de onipotência, pois o poder de Deus deriva do fato d'Ele poder criar ou fazer tudo que seja possível, e não o impossível (TOMÁS DE AQUINO. *Suma teológica*. São Paulo: Loyola, 2001. v. 1, parte 1, questão 25, p. 335).

180 DUGUIT, Léon. *Traité de droit constitutionnel*. 3ª ed. Bordeaux: J. Bière, 1927. v. 1, p. 553.

em cada território apenas pode haver um centro decisório, sob pena de se destruir o próprio Estado. Porém, para Heller, a natureza absoluta da soberania não se abala pelo direito internacional e pela interdependência dos Estados soberanos: as obrigações decorrentes dos tratados internacionais, ao invés de descaracterizarem a soberania estatal, a reafirmam, pois permitem aos Estados o direito de atuar diretamente.<sup>181</sup>

Na teoria kelseniana, uma norma é superior pelo fato de ela ser a fonte na qual as demais se fundariam. Logo, se o sistema jurídico é um conjunto de normas, uma norma será soberana quando for ela a fonte primordial de valor desse mesmo sistema. Mas havendo diversos Estados, em princípio iguais e soberanos, pode subsistir a ideia de soberania? Em outras palavras, pode a soberania pertencer a vários sujeitos? Como respondidos conceitos de monismo e dualismo. O sistema jurídico kelseniano é uno: se com a primazia do direito internacional sobre o direito interno não existe soberania, por outro lado, ao se aceitar o contrário, ainda assim persistiria a soberania, mas cada Estado apenas seria soberano sob sua própria óptica. E havendo várias ordens igualmente soberanas, torna-se impossível solucionar os conflitos entre as normas de ordenamentos diferentes. Daí advém o monismo, no qual não há separação entre a ordem jurídica interna e a ordem jurídica internacional; em caso de conflito entre normas internas e internacionais, estas últimas devem sempre prevalecer. Nesse sentido, a igualdade entre os Estados se traduz pelo princípio de sua autonomia enquanto sujeitos das relações internacionais.<sup>182</sup>

Embora a tradição da teoria do direito internacional positivista abranja uma variedade de crenças, algumas ideias são essenciais. Isto é, os Estados ainda são vistos como os principais atores do direito internacional, sendo eles formalmente independentes, livres, iguais e, não menos importante, soberanos. A soberania na teoria positivista, embora seja um conceito contestado, tem como um de seus efeitos o entendimento de que os Estados possuem ao menos algumas liberdades irrestritas como condição *a priori*. E tais liberdades, por existirem antes mesmo da norma, implicam que o direito internacional apenas existe onde há a expressão voluntária da vontade

soberana. Via de consequência, o positivismo enfatiza a vontade individual do Estado como a única fonte de princípios jurídicos e de autoridade.<sup>183</sup> Essa concepção positivista de soberania como um valor *a priori*, situada acima do direito internacional, não por menos tem sido descrita como "a arca movediça sobre a qual se constroem os fundamentos do direito internacional tradicional"<sup>184</sup>. E posto que a jurisdição é um aspecto dessa soberania *a priori*<sup>185</sup>, tal abordagem leva à sobreposição de poderes dos Estados em regular sua própria competência internacional, naturalmente fazendo com que o problema do conflito de jurisdições seja resolvido de forma política e não jurídica.<sup>186</sup>

No final do século XX, três dos mais eminentes estudiosos de política da época se voltaram para o cenário internacional: Habermas, com sua obra *Direito e democracia* (1991)<sup>187</sup>, John Rawls, com *O liberalismo político* (1993)<sup>188</sup>, e Bobbio, com *Direita e esquerda* (1994)<sup>189</sup>. Como pano de fundo das preocupações desses autores, havia a nova realidade trazida pelo fim da Guerra Fria. Ao invés da pacificação das relações internacionais, advieram disputas militares de alta intensidade (Guerras do Golfo, conflitos nos

<sup>181</sup> No dizer de Oppenheim, em 1905, o direito das nações é uma norma para o intercâmbio de Estados entre si. Como, no entanto, não pode haver uma autoridade soberana acima dos Estados soberanos, o direito das nações é uma lei entre Estados, e, não acima. Segundo Oppenheim, o termo "direito internacional" criado por Bentham era mais do que uma inovação semântica, na medida que se aplicava – corretamente, segundo o autor – somente entre Estados soberanos (OPPENHEIM, Lassa. *International law*: a treatise. 2ª ed. London: Longmans Green, 1912. v. 1, p. 15).

<sup>182</sup> JESSUP, Philip Caryl. *A modern law of nations*: an introduction. New York: Macmillan, 1948. p. 2.

<sup>183</sup> Segundo Monaco, cada Estado avoca as competências que julga ser capaz de desempenhar. MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. Le droit applicable par la Cour: une question de droit international public ou de droit international privé harmonisé? In: GACHEM, Asma; PALLARD, Henri (Orgs.). *Une Cour Constitutionnelle Internationale au service du droit démocratique et du droit constitutionnel*. Beyrouth (Líbano): Konrad Adenauer Stiftung, 2017. p. 251.

<sup>184</sup> MARTIN, Christopher E., Major. Sovereignty meet globalization: using public-private partnership to promote the rule of law in a complex world. *Military Law Review*, v. 202, p. 93. Winter 2009.

<sup>185</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Stebenicherler. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1.

<sup>186</sup> RAWLS, John. *O liberalismo político*. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. 2ª ed. São Paulo: Ática, 2000.

<sup>187</sup> BOBBIO, Norberto. *Direita e esquerda*: razões e significados de uma distinção política. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 2ª ed. São Paulo: Unesp, 2001.

181 HELLER, Hermann. *Teoria do estado*. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968.

182 KEISEN, Hans. *Princípios do direito internacional*. Tradução de Cilmar Antonio Bedin e Ulrich Dressel. Juiz: Unijuí, 2010.

Balcãs, insurreições na África etc.). Cada um desses filósofos procurou sistematizar proposições adequadas aos novos tempos.<sup>190</sup>

Rawls, oferecendo um esboço mais sistemático de uma nova ordem internacional desejável, imagina “uma posição original” para os vários povos da Terra que, escolhendo suas condições ideais de justiça *sob um véu da ignorância* (que esconde sua própria dimensão, seus recursos e sua força na sociedade das nações), obteriam um “direito dos povos” que vai além das democracias liberais, atingindo também sociedades outras que sejam decentes e organizadas, ainda que mais hierarquizadas. Os princípios de justiça global que deveriam governar os Estados corresponderiam, em larga medida, às regras que já existem no direito internacional e na Carta das Nações Unidas, porém com seus corolários críticos. Em resumo, o direito dos povos, segundo Rawls, autoriza intervenções militares para defender os direitos humanos em países que não são nem liberais nem decentes, e cuja conduta os coloca como marginais na sociedade das nações.<sup>191</sup>

O ponto de partida de Bobbio é a obra de Hobbes, na qual a passagem de um estado de natureza para uma união civil requer um acordo entre indivíduos em guerra (estrabelecendo uma associação) e, em segundo lugar, um acordo de submissão desses indivíduos a uma autoridade que arbitra os futuros conflitos. Trata-se, segundo Bobbio, de uma leitura correta do sistema clássico de relações internacionais até o século XX, de suspensão temporária da guerra.<sup>192</sup>

190 ANDERSON, Perry. *Espectro*: da direita à esquerda no mundo das ideias. Tradução de Fabrizio Rigout e Paulo Cesar Castanheira. São Paulo: Boitempo Editorial, 2012. p. 169-182.

191 Rawls pretende apresentar uma versão contemporânea de *A paz perpétua* de Kant (1795), obra em que este último autor defendeu a abolição de todas as guerras pelo surgimento gradual de uma federação de repúblicas na Europa, cujos povos não teriam os impulsos mortíferos que levaram os monarcas absolutos a guerrear continuamente entre si, às custas de seus súditos, visando à glória e ao poder. Para isso, seriam os Estados interligados pelo comércio e pela razão, as atividades destrutivas estando os Estados interligados pelo comércio e pela razão, as atividades destrutivas seriam aniquiladas. Embora o diagnóstico de Kant tenha se mostrado verdadeiro, o modelo de vinculação entre os Estados se mostrou insuficiente, pois era baseado no simples consentimento diplomático. Segundo Rawls, a Carta das Nações Unidas – que proíbe as guerras repressivas e autoriza medidas de segurança coletiva para proteger a paz – forneceriam bases legais para o modelo de paz perpétua idealizado por Kant (RAWLS, John, *Liberalismo político*, cit., p. 14-37).

192 Soluções morais para o problema da guerra, por mais nobres que sejam, não são para Bobbio mais satisfatórias do que as soluções jurídicas, já que requerem uma transformação improvável da humanidade. Portanto, para esse autor, a única pers-

Habermas, por sua vez, concentra-se em demonstrar o enfraquecimento político do Estado nacional, por conta da globalização dos mercados financeiros e do aumento da imigração, e a ascensão do multiculturalismo, que por sua vez dissolve a homogeneidade étnica da nação. Com o risco de desintegração dos mundos vitais tradicionais, seria necessário um “fechamento” paliativo da nova modernidade “generosamente expandida”, nos moldes da União Europeia.<sup>193</sup>

Além do contraste óbvio em suas avaliações a respeito da nação, sendo para Rawls de forte presença, e em deterioração para Habermas, há ainda uma diferença mais ampla de perspectivas entre os autores: a visão habermasiana das necessidades da época é mais fundada na sociologia, oferecendo um relato geral das mudanças objetivas do mundo contemporâneo; Rawls, por sua vez, ignora as implicações do mercado globalizado no relato que faz das qualidades morais que diferenciam os povos no trato de seus bens naturais. Porém, em um ponto, ambos convergem: tudo o que a comunidade de risco compartilhado envolve é a aplicação internacional dos direitos humanos; para ambos, os direitos humanos são o trampolim global para saltar as barreiras da soberania nacional, em nome de um futuro melhor.<sup>194</sup>

Bobbio, que começou muito antes a refletir sobre as relações internacionais, ao se preocupar com as novas técnicas de controle da sociedade, entende que todo instituto jurídico necessariamente deveria ter uma função social. Logo, a teoria positivista não deveria se resumir

pectiva realista para uma paz global é a hobbesiana. A ameaça de uma conflagração nuclear somente poderia ser anulada por obra de um Estado universal: uma única soberania hobbesiana. Finda a Guerra Fria, Bobbio defendeu que essa liderança universal não fosse autoritária, mas, antes disso, democrática, encarnada no *terceiro ausente* (BOBBIO, Norberto, *Direita e esquerda*: razões e significados de uma distinção política, cit., p. 27).

193 Segundo Habermas, o modelo jurídico da União Europeia é o ideal dessa constelação pós-nacional, na qual os poderes e as proteções de diferentes Estados nacionais seriam transferidos para uma soberania supranacional que não necessitaria mais de qualquer substrato comum étnico ou linguístico, mas derivaria sua legitimidade apenas de normas universalistas e da oferta de serviços sociais. Uma democracia cosmopolita, em que todo o arcabouço normativo deveria constituir simplesmente na proteção dos direitos humanos, ou seja, nas normas legais com conteúdo exclusivamente moral (HABERMAS, Jürgen, *Direito e democracia*: entre facticidade e validade, cit., v. 1, p. 48).

194 ANDERSON, Perry, *Espectro*: da direita à esquerda no mundo das ideias, cit., p. 180.

à preocupação com uma sistemática estrutural, devendo ter coerência lógica com sua teleologia.

Quando acabou a Guerra Fria, Bobbio preocupou-se em dotar seu modelo de um fundamento não autoritário, mas necessariamente democrático, do terceiro ausente – algo que sempre fora preferível e cada vez mais possível após o colapso soviético. Porém, o governo mundial que ele defendia continuava a ser uma estrutura muito mais centralizada do que o direito dos povos de Rawls ou a consciência cosmopolita de Habermas. Os direitos humanos passaram a ser vistos por Bobbio de uma forma diferente, mais realista: não existiriam direitos naturais “fundamentais”, pois o que hoje parece básico é sempre determinado por uma certa época ou civilização. Logo, uma lista de direitos humanos estaria continuamente em conflito: propriedade privada contra igualdade cívica, liberdade de escolha contra educação universal etc., sendo necessário que a regulação desses conceitos se desse de forma jurídica, e não apriorística.<sup>195</sup>

O ordenamento jurídico possui um escopo específico ligado à certeza, mobilidade e eficácia de seu sistema normativo. Enquanto o positivismo se preocupa exuberantemente com a estrutura do ordenamento, e não com sua função, “a análise estrutural permite desmascarar tomadas de posição política que se alojaram nos conceitos tradicionais aparentemente neutros da ciência do direito.”<sup>196</sup>

Essa noção positivista é fortemente adotada pela disciplina atual do processo civil, sendo a jurisdição normalmente definida como uma atribuição exclusiva do Estado. Para Moacyr Amaral, a jurisdição é uma atividade tipicamente estatal, na qual “se reconheceu que nenhum outro poder se encontra em melhores condições de dirimir os litígios do que o Estado, não só pela força que dispõe, como por nele presumir-se interesse em assegurar a ordem jurídica estabelecida”<sup>197</sup>. Na mesma linha, Dinamarco, ao afirmar que a jurisdição “é uma expressão do poder estatal, que por sua vez é uno e indivisível, definindo-se como *capacidade de*

*decidir imperativamente e impor decisões*”<sup>198</sup>. Gusmão Carneiro considera a jurisdição “uma das expressões da soberania do Estado”, sendo exercida em nome do povo.<sup>199</sup>

Nos dias de hoje, o conceito de soberania vem sofrendo desgastes, inclusive por manter as premissas estruturais westfalianas, ao invés de reconhecer as necessidades funcionais da sociedade pós-moderna. Segundo Ferrajoli, o Estado nacional unitário é *desajustado* para o desempenho de suas tarefas atuais. A globalização econômica, a descentralização do poder pela emergência de novos atores no cenário internacional e o compartilhamento quase sem controle de informações pela internet sugere que o Estado é “grande demais para a maioria de suas atuais funções administrativas” e “demasiado pequeno para as grandes coisas”.<sup>200</sup>

Os limites clássicos da jurisdição estatal circunscrevem-se ao seu território, de forma que o Estado detém competência legislativa para regular os eventos endógenos ou até mesmo os transfronteiriços que tenham ocorrido, ao menos parcialmente, em seu território.<sup>201</sup>

Além da jurisdição territorial, o direito internacional privado tradicionalmente se vincula com a identidade pessoal dos sujeitos, pela conexão com a nacionalidade<sup>202</sup>. O aspecto mais simples desse vínculo

198 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Lições de direito*. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 41. Para Dinamarco, a jurisdição é a função, a atividade e o poder do Estado de aplicar as normas do ordenamento jurídico em relação ao caso concreto (seja expressando autoritariamente o preceito, seja realizando efetivamente o que o preceito estabelece).

199 CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência*: exposição didática, área do direito processual civil, cit., p. 26.

200 FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno*: nascimento e crise do Estado nacional, cit., p. 39. Ferrajoli acredita na autonomia dos povos como o fundamento do direito internacional, ao invés da soberania dos Estados.

201 “Além dos conflitos interestatais, abrangendo os internacionais e os internos, existem outros conflitos, em que não figura qualquer aspecto espacial, mas em que entram em linha de conta mais de uma legislação, aplicáveis não por consideração de localização, mas por motivos de natureza subjetiva, decorrentes de determinadas qualificações pessoais.” (DOLLINGER, Jacob. *Direito internacional privado*: parte geral, cit., p. 23).

202 Na conferência denominada *Del principio della nazionalità come fondamento del diritto delle genti*, proferida em 1851, Mancini sustenta a tese que “na gênese dos direitos internacionais, a Nação, e não o Estado, representa a unidade elementar, a mônade racional da ciência”, sendo a nação “uma sociedade natural de homens com unidade de território, de origem, de costumes e de língua com uma comunidade de vida e de consciência social”, enquanto o Estado nada mais seria do que ordenamento jurídico da nação (MANCINI, Pasquale Stanislao. *Direito internacional*, cit., p. 20).

195 ANDERSON, Perry. *Espectro*: da direita à esquerda no mundo das ideias, cit., p. 187.

196 BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função*: novos estudos da teoria do direito. Barueri: Manole, 2007. p. 56.

197 SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 29ª ed. atualizada por Maria Beatriz Amaral Santos Köhnen. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1, n.º 44.

permite que o Estado exerça sua jurisdição sobre a conduta de seus nacionais, independentemente de sua localização, como no caso do direito penal, ou mesmo contra estrangeiros, pela prática de crimes também cometidos fora do território.<sup>203</sup>

Os diversos aspectos relacionados à jurisdição, no campo do direito internacional público, são transpostos para as relações jurídicas privadas por meio das regras de direito internacional privado, tais como a definição da competência internacional das cortes estatais e as normas que delimitam a autonomia conflitual.<sup>204</sup>

A partir do início do século XX, o direito internacional público passou a eclipsar o direito internacional privado, na medida que o primeiro deixou de regular isoladamente as relações entre Estados, passando também a disciplinar as relações entre os Estados e indivíduos, passando pontos claros de sobreposição.<sup>205</sup>

Porém, a soberania estatal – enquanto conceito clássico fundamental para a compreensão do direito internacional público – não consegue

203 Levando-se em conta que a proteção aos direitos humanos consiste numa obrigação *erga omnes*, parece possível que os Estados detenham competência para julgar um indivíduo – independentemente de sua nacionalidade – que viole tais direitos. O exemplo mais marcante dessa hipótese é o caso do general chileno Augusto Pinochet, cujo pedido de prisão formulado pelo juiz espanhol Baltasar Garçon levou em conta os estatutos e a sentença do Tribunal de Nuremberg, a Convenção da ONU contra o Genocídio, de 1948, as Convenções de Genebra de 1949 (que estabelecem o princípio da jurisdição universal), os pactos das Nações Unidas de 1966, a Resolução de 1984 (MATTIAS, Eduardo Pérez. *A humanidade e suas fronteiras*: do estado soberano à sociedade global. São Paulo: Paz e Terra, 2005. p. 218).

204 PINHEIRO, Luis de Lima. *Direito internacional privado*: competência internacional e reconhecimento de decisões estrangeiras, cit., v. 3, p. 71.

205 MILLS, Alex. The identities of private international law: lessons from the US and EU revolutions. *Duke Journal of Comparative & International Law*, v. 23, p. 445, 2013; REED, Lucy. Mixed private and public law solutions to international crises. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, v. 306, p. 177, 2003; VAREILLES-SOMMÈRES, Pascal de. *La compétence internationale de l'État en matière de droit privé*: droit international public et droit international privé. Paris: L.G.D.J., 1997, p. 221; STRAUSS, Andrew L. Beyond national law: the neglected role of the international law of personal jurisdiction in domestic courts. *Harvard International Law Journal*, v. 36, n.º 2, p. 373, Apr. 1995; MCLACHLAN, Campbell. The influence of international law on civil jurisdiction. *Hague Yearbook of International Law*, v. 6, p. 125, 1993; LOWENFELD, Andreas suggestions for their interaction. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, v. 163, p. 311, 1979.

explicar a multiplicidade de novas formas de jurisdição que surgiram ao longo das últimas décadas, a reboque dos novos fóruns internacionais, blocos econômicos e organização internacional da sociedade civil.

A soberania, na atualidade, é um dentre vários atributos concedidos ao Estado pelo direito internacional, que por sua vez delimita sua liberdade; trata-se, evidentemente, de uma definição jurídica e não mais factual<sup>206</sup>. A soberania, nessa concepção, deixa de definir os poderes jurisdicionais de um Estado: ela passa a ser definida como um dos poderes do Estado dentro da sociedade internacional. Logo, a soberania não existe *a priori* do direito, mas como sua consequência (*a posteriori*).<sup>207</sup>

Sob a concepção da soberania como *resultado* – e não *pressuposto* – do direito, a capacidade dos Estados de produção de normas sobre sua jurisdição está sujeita a limites definidos pelo direito internacional público e privado. As regras determinativas de jurisdição internacional autorizam o exercício da autoridade reguladora em circunstâncias limitadas e definidas – uma autorização que só pode ser necessária porque um ato regulamentar seria proibido em sua ausência. Não se nega haver regras limitadoras de jurisdição (“regras proibitivas”, na expressão do caso *Lotus*): o direito internacional reconhece uma série de imunidades e restrições que limitam o exercício de uma jurisdição que seria, em outras ocasiões, ilícito<sup>208</sup>. Também não se nega existirem hipóteses em que

206 No dizer de Hart, apenas sabemos quais Estados são soberanos e qual é a extensão de suas soberanias, quando sabemos quais são as regras aplicáveis a eles (HART, Herbert Lionel Adolphus. *The concept of law*. With a postscript edited by Penelope A. Bulloch and Joseph Raz. 3th ed. Oxford: Clarendon Press; New York: Oxford University Press, 2012. p. 220–226). Em outras palavras, por corolário, Hart demonstra que o poder soberano é sempre limitado pelo direito, citando um exemplo interessante: sempre que houver um soberano reinando, nenhuma lei por ele promulgada será válida (e aceita) se todos os habitantes forem expulsos daquele reino. Logo, a soberania só pode estar dissipada no povo, sendo a soberania fundada no conceito da regra jurídica, e não no conceito fundado em ameaças.

207 As regras de direito internacional são a base sobre a qual os direitos dos Estados se fundam, e não mais meramente limitações aos direitos dos Estados que, na ausência de uma regra de direito em contrário, teriam poderes limitados. Embora existam áreas extensas nas quais o direito internacional concede aos estados um amplo grau de ação, é importante que essa liberdade derive das regras de direito e não de uma de uma suposta vontade ilimitada (JENNINGS, Robert; WATTS, Arthur. (Eds.). *Oppenheim's International Law*: peace. 9th ed. Oxford: Oxford University Press, 1992. v.1, p. 12).

208 TIBURCIO, Carmen. *Extensão e limites da jurisdição brasileira*: competência internacional e imunidade de jurisdição, cit., p. 21–22.

o direito internacional tolerará jurisdições sobrepostas; a sobreposição será, contudo, definida e limitada pelas normas domésticas de direito internacional privado ou pelos tratados internacionais.<sup>209</sup>

A toda evidência, a posição processualista parece confundir o efeito estrutural da jurisdição exercida pelo Estado (por meio da declaração do direito, em substituição à vontade das partes) com a função coercitiva (ou seja, com os complexos de atos que atribuem o bem da vida ao litigante que se sagrou vencedor). Cintra, Dinamarco e Grinover consideram a jurisdição estatal como *poter, função e atividade*<sup>210</sup>, assim como Galeno Lacerda conceitua jurisdição como “o poder de declarar o direito, e de o aplicar em caso concreto, resolvendo de uma forma definitiva a lide ou qualquer questão de direito. É também a finalidade de executar uma sentença, depois de transitada em julgado”<sup>211</sup>. Assim, embora os processualistas, o mais das vezes, segreguem a declaração do direito da execução do julgado, o monopólio estatal dessa última função parece levar à conclusão equivocada de que a declaração do direito não pode ser obtida por outras modalidades de jurisdição que não a estatal.<sup>212</sup>

Em outras palavras, embora a execução forçada seja decorrência do monopólio estatal, a eliminação da lide (abrangendo conflitos de

209

MILLS, Alex. Rethinking jurisdiction in international law, cit., p. 202.

210

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel, *Teoria geral do processo*, cit., p. 26.

211

Notas de aula de Galeno Lacerda, citadas por: CARNEIRO, Athos Gusmão, *Jurisdição e competência*: exposição didática, área do direito processual civil, cit., p. 31.

212

No Brasil, as discussões sobre a natureza jurisdicional da arbitragem, passados mais de 20 anos da promulgação da Lei nº 9.307/96, continuam vividas. Segundo alguns, como Alexandre Câmara e Teori Zavascki, não haveria jurisdição fora do monopólio estatal (CAMARA, Alexandre Freitas. *Arbitragem*: Lei nº 9.307/96. 5ª ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009. p. 11; ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*: arts. 566 a 645. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. v. 8, p. 165-170). Para outros, como Cândido Dinamarco, Eduardo Arruda Alvim e Joel Dias Figueira, a arbitragem constituiu uma forma autêntica e autônoma de jurisdição. Integrante deste segundo grupo, Carmona considera a ideia de que não possa existir jurisdição fora Estado como “tacanha”, afirmando que “o conceito de jurisdição, em crise já há muitos anos, deve receber novo enfoque, para adequar-se a técnica à realidade” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001. v. 3, nº 844; ALVIM, Eduardo Arruda. FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Manual da arbitragem*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 96; CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*: um comentário à Lei nº 9.307/96. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 38).

interesses tanto de ordem privada como de ordem pública, eliminação inevitada de caráter definitivo por meio de um terceiro imparcial) não mais se resume à vontade do Estado, como afirma Araken de Assis.<sup>213</sup>

Disso decorrem novas formas de jurisdição que, não oriundas da soberania estatal, geram sentenças teoricamente passíveis de ser reconhecidas e executadas no foro. Tais novas formas de jurisdição, muito embora ainda devam ser, na maioria dos casos, reconhecidas pela jurisdição estatal para fins de execução coercitiva, são tratadas como ordens jurídicas autônomas.<sup>214</sup>

Trata-se, como definiu Rigaux, de formas diferentes de direito não estatal que, longe de serem a expressão de uma sociedade dependente, marginalizada e estritamente localizada, estende uma rede universal de instituições especializadas e experientes nas mais avançadas técnicas jurídicas.<sup>215</sup>

Como exemplos dessas ordens jurídicas paraestatais, há a ordem jurídica confessional (ou religiosa), a desportiva, a arbitral e a resolução *online* de controvérsias (ODR).

### 3.3.1. ORDEM JURÍDICA CONFSSIONAL

Ao longo do tempo, ocorreu a sobrevivência ou mesmo o ressurgimento de sistemas jurídicos religiosos (ou confessionais), como se deu

213

ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações*. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 52-53. No mesmo sentido: MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução civil*: princípios fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 262, nº 2.1.

214

Como demonstra Sousa Santos, o cientificismo reduziu o direito ao direito estatal, ou seja, o Estado *tomou* – pela força – a legitimidade exclusiva de exercer e regular a sociedade. Assim, enquanto predominam no mundo de hoje as sociedades reguladas pelo monopólio estatocêntrico, o estudo de um caso concreto (a Somália) mostrou que é possível haver uma sociedade sem Estado que, contrário ao senso cientificista, organiza-se e garante direitos aos seus cidadãos. Apesar de há décadas inexistir um governo centralizado ou institucionalizado, constata-se regras reconhecidas pelo povo, tribunais tribais ou religiosos que aplicam tais regras e garantem o funcionamento da economia local (SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente*: contra o desperdício da experiência. 7ª ed. São Paulo: Cortez, 2009).

215

RIGAUX, François. *A lei dos juizes*. Tradução de Edmir Misisso. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 19. O autor elenca como essas *formas diferentes* de direito o canônico, a justiça desportiva, a arbitragem comercial, a organização de um grupo transnacional de sociedades, as regras iminentes de operadores econômicos especializados, as seguradoras, os banqueiros, as transportadoras etc.