

# REVISTA IUS GENTIUM

Teoria e Comércio no Direito Internacional

ISSN 1983-8638

V.2 N.1 JUL-DEZ 2009

[WWW.IUSGENTIUM.UFSC.BR](http://WWW.IUSGENTIUM.UFSC.BR)

## SUMÁRIO

Características do Positivismo de Dionísio Anzilotti _____ <i>Piero Ziccardi</i>	<b>1</b>
Os Fundamentos Pré-Modernos do Direito Internacional e a Legitimação dos Atos Estatais _____ <i>Paulo Potiara de Alcântara Veloso</i>	<b>11</b>
Il Profilo della Cittadinanza Europea: L'integrazioni Attraverso i Diritti e le Prospettive di Sviluppo Politico Dell'europa _____ <i>Aline Beltrame de Moura</i>	<b>37</b>
O Federalismo e a Esfera Internacional _____ <i>Fernanda Vieira Kotzias</i>	<b>69</b>
A Teoria de Triepel e o Recurso Extraordinário 80.004 _____ <i>Patrícia Grazziotin Noschang</i>	<b>97</b>
Dionisio Anzilotti e a Formação da Corte Permanente de Justiça Internacional _____ <i>Lucas Carlos Lima</i>	<b>115</b>
Cidadania, Estado e Direitos: Uma Referência para o Redimensionamento do Conceito e da Praxis da Cidadania _____ <i>Elton Diego Stolf</i>	<b>140</b>
Somos Todos Brasileiros: O Instituto da Nacionalidade no Direito Interno Brasileiro _____ <i>Ademar Pozzatti Júnior</i>	<b>156</b>
Global War: Superando o Conceito de Guerra Moderna _____ <i>Anderson Vichinkeski Teixeira</i>	<b>181</b>

Artigo Original

## CARACTERÍSTICAS DO POSITIVISMO DE DIONÍSIO ANZILOTTI\*

Piero Ziccardi†

Revista Ius Gentium 2(1): 01-10 [2009]

É com toda razão que este grande escritor merece a qualificação, que ele mesmo repetidamente reivindica a si e a sua doutrina, de positivista; e isto é, de fato, verdade, porque Anzilotti foi o promotor mais eficaz na Itália, e um dos mais influentes sobre toda a ciência jurídica moderna, da profunda renovação nos métodos do conhecimento jurídico que, precisamente, vem denominado positivismo. No momento em que, mais uma vez, a ciência jurídica repropõe com interesse sempre renovado o problema dos próprios pressupostos teóricos e metodológicos discutindo a validade dos rumos da corrente positivista, o pensamento de Anzilotti chama vivamente a nossa atenção porque sua obra tem sempre algo a acrescentar, alguma coisa a dizer, também no debate atual.

Não se colhe o verdadeiro significado do método seguido por Anzilotti, nem da sua concepção geral da vida jurídica, se a pesquisa vem feita sobre tratados particulares, como, justamente, são aqueles dedicados de modo expresso à justificação do método positivo e aos pressupostos mais gerais do sistema jurídico. Certa diminuição da real importância teórica do pensamento de Anzilotti aconteceria quando, como se fez frequentemente, se quisesse reassumir seu

---

\*Caratteri del Positivismo dell' Anzilotti, tradução da língua italiana por Lucas Carlos Lima

†Professor Emérito de Direito Internacional da Università degli studi di Milano, Itália. Emérite à l'Institut de Droit International

significado observando unicamente à solução por ele oferecida ao problema do fundamento e aquele das fontes do direito internacional. No direito internacional, doutrina mais recente discutiu os próprios pressupostos teóricos com referência específica aqueles dois problemas, sendo com isso levada a reassumir o positivismo de Anzilotti na posição por ele afirmada sobre aqueles pontos. Identificando, contudo, a tendência positivista nos desenvolvimentos do princípio pelo qual, à base de cada sistema jurídico, deva colocar-se a vontade de um ente capaz de tornar positivamente eficazes as normas do sistema, se determina uma noção restrita do positivismo, que pode também ser seguida, enquanto sirva para definir determinadas doutrinas, como puras enquanto sirva a classificar as diversas soluções do problema tomado em exame. Mas não se alcança totalmente uma adequada avaliação do positivismo jurídico, nem uma apropriada definição do pensamento de Anzilotti.

Isto é tanto verdade, quando se observa a obra de Anzilotti, que a solução inicial do problema relativo ao fundamento do direito internacional – resolvido com a adesão à concepção da vontade coletiva capaz de criar nos assim chamados tratados-acordos normas dotadas de força obrigatória para os Estados contraentes – é solução sucessivamente abandonada sobre a influência das tendências desenvolvidas respectivamente por Kelsen e por Perassi e numa substancial aderência a esse; mas não por isto podem dizer-se substancialmente mudados nem o método nem a inspiração de Anzilotti.

Também é verdade que permanece constante um princípio – como também se pode variar-lhe a aplicação na pesquisa das fontes, em um primeiro momento, da norma num segundo – a ser colocado como base do sistema jurídico. O princípio é aquele que se deve pesquisar os fundamentos do direito positivo naquelas que resultam – em uma apreciação empírica – como as condições efetivas de existência de uma determinada sociedade. Aquele mesmo princípio

inspira tão bem o primeiro Anzilotti quanto o segundo, mas se pode notar um progressivo aperfeiçoamento.

A referência à vida social como base da construção jurídica é inicialmente considerada uma busca essencialmente sociológica. Esta concepção é característica dos primeiros trabalhos até os importantes “*Studi critici di diritto internazionale privato*”, nos quais o positivismo de Anzilotti é, de fato, caracterizado por uma aguda aderência à filosofia e à sociologia conhecidas como positivistas. São freqüentes, naquela fase, as referências também textuais à filosofia predileta, sendo freqüentemente necessário o emprego de dogmas próprios de tal filosofia na solução dos problemas jurídicos: pensa-se particularmente na aplicação do dogma da evolução ao determinar as características do direito internacional, das quais nos “*Studi critici*” se infere a concepção de um direito internacional privado estatal que supre e antecipa a faltante disciplina internacional.

Naquele momento, o positivo de Anzilotti está particularmente diferente daquele de Kahn e de Niemeyer, sendo inevitável uma comparação que não é errado reconduzir à persuasão de Anzilotti de uma verdadeira e própria insuficiência a esse respeito aos deveres da ciência jurídica. O que ao mesmo tempo significa que Anzilotti, aceitando desses e de todos os outros mestres do positivismo jurídico as lições fundamentais da separação do direito positivo do direito natural, não aceita, entretanto, a metodologia formalista que, naquele período, está em seu início. As formas jurídicas vão colocadas por Anzilotti sobre uma base que as justificam, sendo essa a sociedade em sua própria vida.

Observamos assim delinear-se o posicionamento geral de Anzilotti sobre um duplo aspecto. Antes de tudo ele aceita o positivismo jurídico como um critério para limitar o objeto da jurisprudência excluindo o direito natural. Em segundo lugar, ele resiste à tendência já desenvolvida de positivismo contra o

formalismo e, ao contrário, tenta integrar o método reconstruindo-o com base na determinação das condições sociológicas das regras de convivência.

Muito interessante é a contribuição de Anzilotti também ao primeiro dos dois problemas, porque consiste numa reconstrução histórica – que remonta até Grotius – do significado do direito positivo entendido como direito vigente e provido de determinada eficácia; enquanto como jusnaturalismo vem entendido o idealismo, ou seja, a sobreposição do dogma ao dado. O positivismo de Anzilotti, nesta ótica, nunca terá de ser negado, sendo sobretudo sob esta ótica que ele falará de positivismo e de si mesmo como positivista. Extrairá disso, constantemente, um severo critério na determinação das normas jurídicas e na construção dos institutos, trazendo a sua contribuição decisiva na reconstrução da matéria sobre a ruína do idealismo precedente.

Sob este aspecto se pode bem dizer que Anzilotti antecipou a definição da jurisprudência como ciência empírica que posteriormente foi consagrada por seus alunos.

Ainda mais interessante é o pensamento de Anzilotti no seu segundo aspecto, já que a referência à vida social como base do conhecimento jurídico logo sofre um sensível aperfeiçoamento e o conduz sobre posicionamentos verdadeiramente mais persuasivos que os iniciais do sociologismo. Esse último possui, de fato, o defeito de, por sua vez, ser dogmático, não respondendo bem, por isso, à exigência de aderir aos dados experimentais que é tanto sentida e operante em toda a obra de Anzilotti.

Mas já nos *Studi critici* vem o encontro com Savigny, e este encontro é sugestivo para Anzilotti e seus leitores. Savigny ilumina Anzilotti nas ligações entre direito com a história, antecipando a intuição que se faz presente de modo explícito no primeiro capítulo de *Diritto internazionale nei giudizi interni*. Mas já aquele primeiro encontro é esclarecedor, seja para um contrabalanceamento do

dogma evolucionista, em oposição a Kahn e a Niemeyer, àqueles “muito severos críticos” de Savigny, cuja crítica possui o defeito de não levar em conta a perfeita historicidade do pensamento e da construção de Savigny.

Outro encontro decisivo é aquele que Anzilotti tem com Hegel, uma vez tomado da determinação de aprofundar-se, além dos esquemas sociológicos iniciais, no conhecimento dos pressupostos sociais do direito. Sempre no primeiro capítulo da obra acima recordada, e com a devida referência à doutrina de Hegel, Anzilotti alcança a formulação mais completa e madura da concepção positivista, que reúne os dois aspectos, o crítico e o construtivo, em uma visão unitária de direito e do conhecimento jurídico. Por sua importância decisiva no definir a inteira concepção e a metodologia de Anzilotti, esta parte vai resumida com particular precisão.

Anzilotti salienta antes de tudo a importância que, excetuando os exageros e erros, deveria ser reconhecida à filosofia hegeliana ao determinar a profunda transformação de perspectivas que se faziam necessárias para a revisão – em sentido mormente respeitoso – da realidade histórica e fenomênica, das concepções idealistas, relembrando os motivos de crítica já desenvolvidos na *Teoria generale della responsabilità dello Stato nel diritto internazionale* sobre os aspectos negativos da filosofia hegeliana no que tangem ao direito internacional. E, por isso, reafirmando o princípio que no Estado deva ser encontrada a fonte do direito e no acordo das vontades dos Estados a fonte do direito internacional, como já na *Teoria*, melhor esclarece o fundamento lógico da solução concreta pré-escolhida. Esta, é mais frágil que seu fundamento, depositado precisamente na realidade fenomênica e histórica, que exclui a legitimidade “de cada processo mental voltado a construir uma ordem jurídica mediante o pensamento, e a objetivar depois o ideal subjetivo em uma pretensa lei da natureza”. “Reconhecido, entretanto, que o direito é um fato social, uma realidade concreta, uma formação histórica, (...) não resta, a quem deseja demonstrar a existência de

um direito internacional, se não (...) demonstrar que entre as normas com as quais os Estados uniformizam os seus agires nas relações recíprocas, algumas vêm assumindo as características essenciais do direito, ou seja, aquelas características que diferenciam a norma jurídica da qualquer outra norma de conduta”. Com base nestes princípios teóricos se desenvolve a metodologia positivista de Anzilotti, sobre este aspecto, não apresenta significativas discordâncias até seus últimos escritos, bem diversamente daquele aspecto do seu positivismo inicial que postulava a vontade estatal como fundamento do direito e, para o direito internacional, a vontade coletiva dos Estados expressa no tratado-acordo.

A partir daquele momento torna-se a característica mais significativa da obra de Anzilotti a escrupulosa aderência à realidade concreta, cuja determinação constitui obra de reconstrução ou também de interpretação histórica, no contexto que o conhecimento concreto da vida social é precisamente obra de interpretação histórica. Mesmo assim, deve-se advertir que Anzilotti não dá uma textual definição neste sentido, contudo, essa é implícita nos desenvolvimentos que recordamos, sendo sobretudo evidente na sua aplicação.

Observe-se, por exemplo, a descrição das características particulares da sociedade e do direito internacional que vem dada nas maiores obras e na opinião individual, que convém sempre recordar, referente à controvérsia do regime alfandegário entre Alemanha e Áustria, expressa como Juiz da Corte Permanente de Justiça Internacional. Desta forma, ainda todo o problema da separação e das relações entre o ordenamento internacional e os ordenamentos estatais é examinado à luz dos dados que resultam do exame dos fatores históricos da formação da sociedade internacional e da sociedade estatal, respectivamente. A justificação decisiva do princípio de separação não é dada, para Anzilotti, pela força de abstratas argumentações, mas sim pela profunda distinção, historicamente determinada, entre as diferentes sociedades. Posição da qual se partirá e posteriormente será desenvolvida, em contraste com as concepções monistas da



Escola vienense, e com as outras da doutrina anglo-americana, até a última edição do seu *Corso*.

Igualmente significativa, como expressão do método seguido e da atenção em aderir aos dados do fenômeno social revelados pela história, é a refutação que Anzilotti opõe, já na *Teoria generale della responsabilità*, às doutrinas que queriam aplicar ao direito internacional os princípios da responsabilidade objetiva. Esta de fato, nota Anzilotti, é uma noção que se afirma em alguns ordenamentos internos, mas somente enquanto toma força nestes um princípio de solidariedade econômica entre danificado e danificador, e se trata de uma aplicação do mais amplo princípio de solidariedade. Este é, além disso, estranho ao direito internacional, referente ao princípio oposto da atuação mais ampla do princípio de liberdade; e este princípio torna o Estado livre de agir na esfera deixada livre de normas internacionais. Livre também de portar voluntariamente dano a um outro Estado, com a *retorção*, quando não cometa violação de normas jurídicas nem de direitos subjetivos alheios.

Nem sempre, naturalmente, os resultados que Anzilotti alcança são hoje aceitáveis, nem sempre ele se atém com precisa fidelidade ao método que pré-escolheu e justificou. O componente inicial do seu positivismo o mantém de fato fiel, menos do que seria justificado pela posterior integração do método, às posições iniciais especialmente na teoria das fontes e na teoria dos sujeitos. Na primeira, ele mantém a fé no dogma voluntarista, e por reflexo, na segunda, julga não positiva e idealista a doutrina da aquisição automática da personalidade dos Estados. Todavia, é de se notar que a fidelidade ao dogma também é naqueles campos nos quais aparece professada, muito mais aparente que real, enquanto Anzilotti não era escritor de forçar a realidade ou de não querer vê-la. A sua concepção historicista é, antes ainda, um sentimento nele radicado que uma posição teórica. Em particular, quanto às fontes, é evidente que a busca dos costumes não vem efetuada por Anzilotti em harmonia com o dogma que as

deseja pactos tácitos, mas sim em harmonia com o princípio que diz que o direito é uma formação histórica, que se verifica reencontrando a efetiva existência. O princípio teórico do voluntarismo age mais como uma hesitação prudente à fácil afirmação como positiva, ou seja vigentes, de normas das quais a investigação experimental não poderia entretanto confirmar a existência.

Toda impregnada de um positivismo entendido num sentido mais amplo, referido, isto é, à relevância para a construção jurídica dos pressupostos sociais, é também – muito mais de quanto não seja aparecido até agora – a sua posição no direito internacional privado, da qual é particularmente representativa a conversão a favor do princípio de reenvio no último *Curso* incompleto de 1925. Ainda que também essa seja discutível, como qualquer outra doutrina que queira conduzir a interpretação das normas de direito internacional privado baseando-se no princípio do reenvio, não por isto a concepção de Anzilotti é menos interessante, nem menos relevante, do que a sua bem determinada orientação geral. Ele é realmente conduzido a acolher o reenvio porque considera efeito do direito internacional privado individualizar e chamar, para cada relacionamento concreto individual, aquela que seria a norma própria no ordenamento designado pela regra de conexão. Mas é de se notar que mesmo diante das graves objeções que o princípio de reenvio levanta, ele prefere continuar a tê-lo em consideração, mais do que incidir na dimensão do princípio relativo aos efeitos e à natureza do apelo do direito internacional privado. O interesse que tal solução possui neste momento para nós é evidente, sendo posteriormente comprovado pela demonstração que Anzilotti imprime sobre a natureza do apelo, invocando o princípio de uma mensurabilidade dos ordenamentos jurídicos; bem como da natureza das justificações por ele oferecidas a favor do acolhimento do reenvio. Realmente, é decisivo para Anzilotti o escopo prático de conseguir: que toda questão concreta seja decidida conforme a norma que a ela dê concreta regulamentação no ordenamento invocado. Esta solução é, no conjunto, reveladora da prevalência que

Anzilotti constantemente indica, na determinação das linhas de um instituto, à função social desse. Para Anzilotti, no caso particular, a solução se reconduz à função das normas “de aplicação” da qual resulta na mesma história interna da matéria; que se revela, desde a origem, inspirada na finalidade de tornar válidos os vários direitos subjetivos além dos limites territoriais, assegurando a estes uma certa universalidade; e não, entretanto, um escopo privado de interesse prático, o qual seria aquele de procurar nos Estados individualmente uma medida distinta do próprio, mas também dos outros, para a avaliação das relações ligadas com a vida jurídica estrangeira. É evidente que só aquela precisa inspiração fundamental foi a determinante decisiva da solução do problema do reenvio que Anzilotti preferiu, e da vivacidade com a qual a defendeu.

A obra de Anzilotti é uma vasta mina, e também sobre o ensaio particular que vem aqui seguido, muitos outros terão a acrescentar. Mas não parece o caso quando se considera que não é necessário defender uma tese, nem tanto menos justificar uma descoberta. As características do positivismo que Anzilotti procurou salientar são bem claras aos leitores do grande escritor falecido, mesmo se mereciam ser expressamente recordados, sobretudo para a atualidade, que esses dizem respeito a discussões que hoje particularmente se vive. Realmente, daquele positivismo nem tudo ainda é atual, mas se trata, então, de questões particulares cuja solução segue a evolução histórica própria da sociedade internacional. Alguma parte foi desenvolvida de modo incompleto e contrasta com outros pressupostos. Mas a maior parte é bem viva e exprime o método mais profícuo de tratar os problemas jurídicos da sociedade internacional.

É notório que o método de Anzilotti exprime as características da sua genialidade e o seu positivismo se enriquece do estudo concreto que ele propõe da “realidade fenomênica e histórica” porque o seu ensino o conduzia muito frequentemente ao conhecimento e a representação do concreto, mais do que à sistematização por categorias abstratas de noções formais. A leitura de Anzilotti

deve ser, portanto, realizada sem o pré-julgamento dos esquematismos, sempre negativos, mas neste caso capazes de impedir qualquer compreensão do texto. Da força das instituições e da capacidade representativa do concreto, Anzilotti extrai o próprio método, que antes ainda é estilo; e se pode bem buscar naquela leitura o que possa ser entendido como lição do positivismo, onde seria errado ir ao texto com uma noção já feita do positivismo.

## OS FUNDAMENTOS PRÉ-MODERNOS DO DIREITO INTERNACIONAL E A LEGITIMAÇÃO DOS ATOS ESTATAIS

Paulo Potiara de Alcântara Veloso\*

Revista Ius Gentium 2(1): 11-36 [2009]

### Resumo

Partindo de uma análise da construção histórica do direito internacional durante o período aqui denominado de pré-modernidade, procura-se traçar linhas iniciais, demonstrando que as regras de direito das gentes estiveram intimamente relacionadas com a legitimação dos atos estatais. Da mesma forma, procura-se demonstrar que a evolução histórica dessas normas acompanha intimamente o surgimento de novas realidades políticas, nas quais as legitimações jurídicas passadas não mais se prestam aos seu fim, e que, portanto, necessitam serem atualizadas. Neste momento é que surgem as “novas” teorias de direito internacional. Iniciando com Raimundo de Peñaforte e finalizando com Francisco de Vitória, procurar-se-á dar, de maneira um tanto sucinta, a contextualização histórica a esses fatos jurídicos.

**Palavras Chave:** História; Direito Internacional; Fundamentos

### Riassunto

Da una analisi storica della costruzione del diritto internazionale, durante il periodo qui denominato pre-modernità, si cerca tracciare linee iniziali, dimostrando che le norme di diritto internazionale erano strettamente legati alla legittimità delle azioni statali. Allo stesso modo, si cerca dimostrare che lo sviluppo storico di queste norme segue da vicino la nascita di nuove realtà politiche in cui le legittimazione giuridiche passate non si prestano più a suoi fini, e che, pertanto, necessitano di essere aggiornate. In questo momento è che emergono le "nuove" teorie del diritto internazionale. Partendo da Raimundo de Peñaforte fino a Francisco de Vitoria, cercherà di dare di un modo molto succinto, le contestualizzazione storica a questi fatti giuridici.

**Parole Chiave:** Storia; Diritto Internazionale; Fondamenti

---

\* Doutorando em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. E-mail: paulopoti@gmail.com

## **Introdução - A Necessidade de exploração da história.**

Observando os conceitos de direito internacional hodierno, poucos percebem que, longe de estarem trabalhando com fatos compartimentalizados, estão a tratar de termos cunhados ao longo de séculos de desenvolvimento político humano. Porém, verifica-se, em muitos casos, um processo temporal pouco evolutivo, um engessamento teórico que tende a ser corriqueiro dentro do “mundo” jurídico, que se demonstra eivado de ideologias, crenças, ou mais especificamente, mitologias jurídicas, conforme exemplarmente explicitado por Paulo Grossi (2007). Esses conceitos jurídicos, muitos deles completamente “atuais”, refletem nitidamente as teorias desenvolvidas pelos teóricos iniciais, e, conseqüentemente, o relativamente pequeno avanço qualitativo que é possível verificar-se neste extenso período de tempo.

Talvez seja essa uma característica humana, pois Bertrand Russell (1999) já dizia que as evoluções tecnológicas da humanidade em muito superam as políticas - fato este ainda mais visível no direito -, que pautadas em conceitos muitas vezes arcaicos, com origens centenárias (e por que não, milenares) acabam por refletir, hodiernamente, praticamente a mesma base ideológica presente no momento de sua construção.

Esses fatos são relativamente mais intensos no âmbito destinado às relações entre Estados. Ambiente político por excelência, os interesses sempre foram o fundamento das construções relacionais e, como frutos destas, o Direito Internacional não poderia deixar-se escapar a influências que fogem ao âmbito puramente jurídico<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Nenhum âmbito de conhecimento jurídico pode escapar de influências “externas”, mesmo porque cuidam exclusivamente do convívio humano em sociedade. Muito esclarecedor nesse ponto é a posição trazida por Wilhelm Röpke (RÖPKE, Wilhelm. *Economic Order and International Law*. Recueil des Cours, Tome 86, 1954, p.205), indicando que: “Nós devemos evitar todas as visões

Assim, surgidos como teoria moral-religiosa referente ao posicionamento, ora das nascentes repúblicas e principados - que então iniciavam os seus processos de autonomização criando fins próprios e consequentemente apartados dos interesses outrora dominantes do Sacro Império Romano-Germânico, que, por sua vez, sofria o desmantelamento de sua ordem face à falência paulatina das instituições feudais -, ora do Império ou da Igreja, os germes do que então viriam a ser denominados “Direito Internacional”, foram amplamente utilizados para a construção de uma base jurídica que fundamentasse essas variadas especificidades relacionais.

E a passagem de teoria moral à teoria jurídica propriamente dita - coincidente com a evolução das próprias bases do direito, identificada também com a “eterna” e fundamentalmente pouco diferenciável batalha entre naturalistas e positivistas -, ocorre face às novas necessidades que surgem com as evoluções, do Estado por um lado, e das suas relações com outros iguais por outro. Nesse sentido, de puro mandamento moral (o que não necessariamente afasta-o do direito) referente ao posicionamento das nascentes *respublicae*, sistematizado por Raimundo de Peñaforte e Guillaume de Rennes, no século XIII, atravessa os fundamentalismos naturalistas e positivistas, chegando inveteradamente matizado ao século XXI. Apresenta, todavia, avanços, porém realizados praticamente sobre aquelas mesmas bases ancestrais, que fundamentam profusamente as teorias clássicas de direito internacional ainda em voga. Vem muito desse fato, o surgimento das antinomias relacionais surgidas da prática internacional de seus sujeitos e de suas normas.

---

exageradas e as simplificações brutais. O advogado deve se policiar para evitar as simplificações chamadas de “juridicimos” e que significam o hábito mental de pensar primeiramente em termos legais, vendo todos os problemas como oriundos do aspecto jurídico da sociedade, sem consultar, por sua vez, a complexa realidade da qual os fatos econômicos e sociais são partes extremamente importantes”.

Deste modo, o Direito Internacional moderno reflete-se como fundamento de atuações estatais que procuram, por meio de razões jurídicas, legitimar a ação relacional, seja ela a guerra, o comércio ou as questões relacionadas ao meio ambiente (dentre tantas outras), de forma a afastar os seus reais posicionamentos e objetivos - quais sejam, os interesses egoísticos fundados naquela pretensa razão de Estado -, por meio dessa roupagem mitificadora.

E, como procurar-se-á demonstrar, essas razões subsistem em todo o longo percurso evolutivo do Direito Internacional, desde suas bases feudais até os dias de hoje, com a ONU e a defesa dos direitos humanos. Tendo como base a linha histórico-evolutiva traçada por Ludwik Ehrlich em sua obra *The Development of International Law as a Science*, o presente ensaio procurará sucintamente traçar relações de dependência entre os contextos históricos e as construções teóricas de Direito das Gentes, buscando os liames político-legitimadores desse último. Iniciando-se pela quase esquecida *Summa Casuum*, de Raimundo de Peñaforte, e passando por outras figuras de grande relevo para o desenvolvimento do Direito Internacional, chegará até Francisco de Vitória, aqui entendido como epítome de todo o período a ele antecedente e marco legitimador das ações estatais e teorias publicistas que surgiriam a partir de então.

## **1 Século XIII – Debate acerca da Guerra Justa**

O conhecimento humano caracteriza-se fundamentalmente pelo acúmulo de idéias e teorias que vão sobrepondo-se umas às outras e adaptando-se às especificidades do local e às necessidades da época em que surgem e são aplicadas. Em relação ao direito, essa construção “escalonada” é verídica, mas, apresenta inúmeras especificidades e certamente muitas dificuldades metodológicas, pois o que se entende por evolução nas ciências naturais não se



aplica totalmente àquele ramo do conhecimento, entendido por Michel Villey (2003) como uma pseudociência, um conhecimento que tende mais à arte do que aos fundamentos metodológicos da ciência.

No âmbito do direito, as mudanças são bastante tênues e tendem sempre a refletir outras teorias anteriores, apenas com algumas mudanças superficiais que possam caracterizar o “ineditismo” da idéia e, ao mesmo tempo, desconsiderar os seus fundamentos, fazendo-se esquecer suas origens e os responsáveis por sua construção. E esse procedimento é particularmente visível nos períodos que compreendem o final de idade Média e a idade Moderna.

Ao se discutir as origens do que hoje se costuma chamar direito internacional público, sempre presentes estão as referências aos assim denominados “pais” do direito internacional, que se confundem, ora com Hugo Grotius e Aberico Gentili (finais do século XVI e século XVII), ora com Francisco de Vitoria, Gabriel Vasquez de Menchaca, Balthazar de Ayala e Francisco Suarez (século XVI). No entanto, já no século XIII, algumas idéias e conceitos aplicados às relações entre Estados e, mais precisamente, feudos, foram cunhados por dois importantes, porém pouco lembrados teóricos da Igreja Católica, quais sejam: Raimundo de Peñaforte e Guillaume de Rennes.

Essas idéias, absolutamente relevantes para o desenvolvimento do direito internacional, foram sendo repetidas e adaptadas às realidades e fundamentos correntes ao longo dos séculos, o que se verifica, por exemplo, no conceito de Guerra Justa traçado por Vitoria, no século XVI, que é fundamentalmente o mesmo daquele dado por Guillaume e Raimundo, pois baliza-se pelo binômio respeito/desrespeito de direitos pré-estabelecidos). A prática de se criar compêndios que abarcassem “todo” o conhecimento, caracterizada pelo “enciclopedismo”, bem como a óbvia ausência de controle sobre as bases epistemológicas, ambas características da Modernidade (bem como

da pré-modernidade), propiciam esse repetir de idéias antigas com roupagens de ineditismo, procedimento esse que omite as fontes e faz perder, muitas vezes, nas entrelinhas da história, aqueles que realmente iniciaram o processo. É, portanto, desta maneira, que as idéias de Guillaume e de Raimundo chegaram até Grotius, como se de Vitoria fossem.

Nos séculos XII e XIII, as leis católicas comuns à população européia eram fundamentadas em escritos de personalidades reconhecidas da Igreja, dentre eles Santo Agostinho, que estavam sistematizadas, dentre outras fontes, em um compêndio denominado *Concordia Discordantium Canonum* ou Decreto de Graciano<sup>2</sup>. E uma sutil, porém importante mudança na orientação jurídica no direito da Igreja, ocorreria no decorrer desse período, pois com a fragmentação do Sacro Império Romano-Germânico e o surgimento de entidades “nacionais”, os conflitos, antes reduzidos e centralizados como matéria interna do próprio Império, passaram a envolver regiões que se consideravam “independentes” e, portanto, capazes de lidar com os problemas também de forma independente. Havia assim, a necessidade de ampliar os horizontes dessas novas matérias intimamente relacionadas com conflitos entre entes nacionais; realidades essas que foram parcamente tratadas no Decreto de Graciano.

Dessa forma, as emergentes relações sociais - dentre as quais Ehrlich (1962) indica como sendo guerras entre Estados crescentes, negociações e conflitos de navegação nos mares -, clamavam por novas formas de regulamentação eclesiástica. Neste sentido, o Papa Gregório IX, tendo por base os

---

<sup>2</sup> Também denominado de *Corpus Iuris Canonici*, face à profundidade que tratava do tema, foi compilado e organizado por Frei João Graciano, em Bolonha, entre os anos de 1139 e 1140. Foi a principal base do direito canônico durante o período e serviu de fonte a inúmeros estudos jurídicos posteriores, chegando mesmo até a modernidade. Nesse sentido, Lima (1999, p. 106), informa que “a *Concordia* é realmente monumento jurídico dos mais importantes na história do Direito Canônico e seu valor é reconhecido até mesmo em nossos dias. Não se trata apenas de uma coleção de textos de cânones, mas de um verdadeiro tratado de Direito Canônico, de comentário científico, de roteiro para o aprendizado, de critério para avaliação de textos” (LIMA, Maurílio César de. *Introdução à História do Direito Canônico*. São Paulo: Loyola, 1999).

Concílios de 1139 a 1215, iniciou uma nova grande coleção de regras obrigatórias, que ficaram a cargo do dominicano espanhol, Raimundo de Peñaforte, denominadas Decretos ou *Summa Casuum*.

Destinadas exclusivamente ao foro íntimo dos fiéis<sup>3</sup> ou *foro conscientiae*, as regras traçadas na *Concordia* mencionam, pela primeira vez, de forma sistematizada, regras morais referentes à postura de príncipes e nações que se envolvessem em conflitos bélicos<sup>4</sup>. No capítulo dos “pecados contra o homem” ele trata de questões atinentes a “príncipes, cavaleiros ou outros que estando em guerra um com o outro, saqueiam os pobres camponeses do outro, prendem, encarceram e por tortura forçam-nos a se redimir ou a perecer miseravelmente” (*apud* EHRLICH, 1962, p. 10), o que pode ser entendido como sendo provavelmente a mais inicial investigação a respeito dos problemas de Direito Internacional propriamente dito, e em particular, do Direito da Guerra.

Coloca, o dominicano, cinco condições para que a guerra possa ser considerada justa, sendo: a) conflito não eclesiástico, ou seja, que não se volte contra a Igreja (*personae*); b) conflito com o intuito de recuperar coisas e de defender o país (*res*); c) ocorrido apenas face à necessidade de se obter a paz (*causa*); d) guerra promovida não por motivos de ódio, vingança ou cobiça, mas sim por amor, justiça e obediência (*animus*); e) apenas por autorização do Príncipe ou da Igreja.

Ao observar-se o princípio *personae*, e adequá-lo dentro da realidade territorialmente instável pela qual passava a Europa, pode-se concluir sem muita

---

<sup>3</sup> Ehrlich (1962, p. 9) indica que “as regras eram administradas no “tribunal da consciência”, *in foro conscientiae*, julgando os comportamentos confessados pelos penitentes e apontando a eles como fazer a reparação. (...) As regras expostas por Raimundo eram aquelas em que a infração era um pecado, ou seja, a sanção nesses casos era religiosa”.

<sup>4</sup> Talvez aqui também se inicie o processo jurídico-mitificador concluído na era Moderna, de antropomorfização do Estado, pois, via de regra, destinadas às confissões dos príncipes dessas nações nascentes, as regras da *Summa* de Raimundo aplicam-se a atos hoje entendidos como de Estado.

margem de erro, que o teórico construía, então, uma barreira de proteção moral contra ataques eventualmente ocorridos frente à Igreja, pois com aquele princípio, Raimundo deslegitima, por meio do direito então vigente, posicionamentos que coloquem em risco a autonomia territorial da mesma. O mesmo é válido para o último princípio mencionado, que amplia a proibição previamente estabelecida até o Império, pois para ser considerada justa, uma guerra deveria ser pelo imperador autorizada. Por sua vez, com a condição denominada *res*, Raimundo indica a possibilidade de autodefesa do território, dentro de certos limites que “são preceitos de consciência (*vim vi repellere licet cum moderamine inculpatae conscientiae*)” (EHRLICHT, 1962, p. 10), limites esses que podem muito bem ser estabelecidos pelo desrespeito aos dois outros acima citados. Sendo injusta a ofensa, a autodefesa é permitida.

Esses primórdios do que se entenderia posteriormente como direito da guerra, traçados por Raimundo, foram comentados por Guillaume de Rennes, outro dominicano, em meados do século XIII. Porém, o fundamento de legitimidade que era buscado pelo teórico mudava consideravelmente de perspectiva. Guillaume, que era francófono, parece objetivar, por meio de suas considerações acerca da guerra justa, o estabelecimento de justificações jurídicas que protegessem os interesses do Reino Francês em face daqueles de outros “países” e principalmente do Império Romano-Germânico<sup>5</sup>. Assim, previu, dentre outros, uma regra que viria a ser repetida durante os séculos seguintes, inclusive por Grotius, que indica que não se pode ir às armas se existir a possibilidade de se levar a discussão a uma arbitragem, bem como de uma reparação por eventuais danos sofridos. Esse mandamento amplia-se, na visão de Guillaume, não

---

<sup>5</sup> Neste período, compreendido pelo séc. XII, a França passava por um processo de grande expansão e os conflitos com o Império e, principalmente com a Inglaterra, eram constantes. Luis VIII (1223-1226) promoveu a expansão para o mediterrâneo e Luis IX (1226-1270) continuou o processo.

permanecendo aplicável apenas a reis e imperadores, mas também a príncipes que não reconheçam outro superior, como seria o caso do monarca francês.

Outros temas<sup>6</sup> relevantes dentro da evolução do Direito Internacional foram tratados por Guillaume, mas veja-se que a grande importância das teorias e afirmativas, conforme acima expostas, reside no fundamento de legitimidade que buscam imprimir. E essa legitimidade que reveste substancialmente um ato estatal, começa, a partir de então a se aprofundar e o posicionamento do Direito Internacional, cada vez mais, reflete o posicionamento das potências que surgem dentro das Relações Internacionais.

Veja-se novamente, que o fundamento de legitimidade aparece de maneira evidente, quando as construções teóricas são confrontadas pela realidade histórica. Os vínculos políticos tendem a desaparecer quando as idéias, soltas, parecem ter sido criadas por mentes livres que, via de regra, procuravam o melhor desenvolvimento para o mundo. E, apesar de absurda, essa é a idéia que se dispersa no âmbito internacionalista, principalmente quando se observa os inúmeros manuais de Direito Internacionais que apenas mencionam fatos, sem, contudo, fundamentá-los.

Ao que parece, hoje em dia, seria no mínimo estranho falar de guerra justa, pois, claramente, não existe uma guerra que seja justa para ambos os lados, pois, como dizia Anzilotti (1914), “uma guerra justa para ambos os beligerantes é uma contradição em termos” (p.4), visto que é um contra-senso. Mas, os mesmos fundamentos legitimadores dos antigos teóricos que se referiram ao nascente Direito Internacional, como Raimundo e Guillaume, repetem-se ao longo da história e chegam ao dia de hoje revestidos na forma de direitos, ampliando aquele contra-senso, na medida em que se verifica que:

---

<sup>6</sup> Por exemplo, Guillaume de Rennes trabalha também com o conceito de pilhagem de guerra, entendendo que esta deveria limitar-se ao *quantum* referente aos danos sofridos pelos injustamente agredidos e eventualmente vitoriosos.

(...) o Estado recorre às armas, não para fazer valer um seu direito contra outros Estados que o desconhecem, mas para realizar uma ordem de coisas mais conformes ao seu próprio interesse. Que estes interesses se cubram com o nome de direitos facilmente se compreende, seja porque a linguagem comum utiliza a palavra direito para expressar tanto as pretensões reconhecidas e garantidas pela lei positiva, quanto também, genericamente, as exigências que são ou se considerem conforme à justiça; *seja por que cada Estado procura justificar a própria conduta magnificando a importância e a santidade das razões que o levam à guerra, e a isso também serve muito bem a elevação de simples interesses ao status de direito.*

E mesmo no século XIII, aquela legitimação das atividades externas dos então “Estados” pode-se dizer fundamentada em direito. A construção, principalmente a de Raimundo, é constituinte fundamental do direito canônico, então regulamento último da sociedade católica européia e, como tal, reveste-se da qualidade de direito e inclusive do fundamento de justiça ao qual se refere Anzilotti. E, à medida que vão se alterando os pressupostos jurídicos e as necessidades legitimadoras, da mesma forma alteram-se as exigências teóricas.

Ainda nos séculos que antecedem o “iluminismo” jurídico, outros teóricos de grande relevo seguem ofertando suas contribuições ao avanço do direito internacional. Nesse sentido, Sinibaldus de Fieschi, posteriormente Papa Inocêncio IV (1243-1254), trouxe à discussão a possibilidade de que os infiéis possuíssem Estados e que, caso permanecessem em convivência pacífica com os cristãos, a guerra contra eles seria inadmissível. Aqui verifica-se, talvez pela primeira vez, o princípio da coexistência pacífica, um prelúdio do que viria a ser o princípio da comunidade mundial de Vitoria (EHRlich, 1962).

Novamente cabe evidenciar o momento histórico em que surge essa declaração de Sinibaldus. A Europa, justamente na primeira metade do século XIII, passava constantemente pelo risco de invasão dos Mongóis (o que efetivamente ocorre sob o comando de Ogedai, filho de Genghis Khan, que entre 1241 e 1242 já havia conquistado a Hungria, a região dos Bálcãs e a Polônia e se

preparavam para invadir o restante da Europa<sup>7</sup>). Sinibaldus, já como Papa, enfrentou diretamente essa realidade que ameaçava o continente cristão, e, tentando reverter a situação, enviou várias representações propondo que os infiéis Mongóis se abstivessem de matar os fiéis.

Mas a oposição papal ao avanço da horda terminava neste ponto, já que o avanço Mongol se dava por todo o maciço continental Indo-Europeu e, dessa forma, a guerra e a conquista dos infiéis do Oriente Médio pelo povo das planícies era de certo modo interessante à cristandade e, principalmente, à Igreja. Assim, quando Sinibaldus afirma que os infiéis têm direito a possuir seus próprios Estados, parece assumir a possibilidade de reconhecimento de propriedade aos mongóis, em uma tentativa de evitar a invasão da Europa (em uma espécie germinal de aplicação do princípio da reciprocidade), talvez apoiando-se na conhecida abertura religiosa apregoada por Temujin<sup>8</sup>. E, em um segundo momento, depois que o oriente estivesse efetivamente sob o domínio dos mongóis, promover a conversão do povo bárbaro ao cristianismo. Esta proposta de conversão efetivamente ocorreu no ano de 1245<sup>9</sup>, mas foi, como seria de se esperar, naturalmente rechaçada.

---

<sup>7</sup> A dominação da Europa, conforme alega Dutch (1996), levaria aproximadamente um ano, mas foi interrompida pela morte do Khan, o que obrigou à retirada do exército em direção à Karakoram, face à necessidade de eleição de um novo Khan.

<sup>8</sup> Além disso, é interessante ressaltar que, com a conquista mongol da Pérsia, ocorrida entre 1218 e 1223, surgiram, na Europa, rumores de que um antigo príncipe cristão do Oriente, “Prester John”, havia retornado e estava iniciando sua campanha para auxiliar os europeus a destruir o Islã. Apesar de rumores, esta história tem um fundamento de verdade, já que no século VI, uma seita cristã denominada Nestorianos, se albergou na Pérsia e de lá se difundiu pela Ásia, sendo que tecnicamente, muitos mongóis eram cristãos nestorianos (com influência de muitas outras crenças, não viam contradição em ser nestorianos e seguidores de outras religiões) (DUTCH, 1996). Talvez influenciado por esses rumores, e principalmente pelo posicionamento religioso pouco conflitivo dos mongóis, o Papa Inocêncio IV tenha acreditado efetivamente em uma possibilidade de conversão dos bárbaros, enquanto aproveitava os “benefícios” da destruição do Islã.

<sup>9</sup> No ano de 1245, o enviado papal, Giovanni da Pian del Carpine, levou ao grande Khan, uma carta pedindo que as agressões aos europeus cessassem e que o Kahn se convertesse ao cristianismo.

Veja-se, portanto, que essa abertura acaba por coincidir com o posicionamento político do papado, e que a abertura da possibilidade dos infiéis possuírem propriedades pouco tem relação com uma possível expansão da consciência humanística da Igreja. Pelo contrário, frise-se novamente, as implicações políticas são o plano de fundo das mudanças teóricas, sempre visualizando um ganho a ser experimentado mais adiante.

Por sua vez, São Thomas de Aquino, em sua *Summa Theologiae*, segundo aludido por Ehrlich (1962), repetiu, com algumas alterações, os princípios trazidos por Raimundo de Peñaforte. Além disso, afirmou que a guerra não cabe aos particulares, pois esses podem resolver suas diferenças nas cortes. A partir dessa declaração, verifica-se que a Guerra, para São Tomás, somente poderia ocorrer entre *respublicae*, fato extremamente relevante, pois influenciaria profundamente a visão de Francisco de Vitoria, quando enunciado seu postulado de que a guerra só poderia ser praticadas por aqueles entes politicamente independentes da *communitas orbis*, ou seja, os Estados ou também *respublicae* (EHRlich, 1962).

Baldus de Ubaldis, além de ter repetido as cinco condições de Raimundo de Peñaforte sobre a guerra justa, desenvolveu a base do que viria a ser um dos principais postulados de Alberico Gentili (a importância do princípio da boa-fé no direito internacional), ao aduzir que os textos dos tratados devem ser seguidos e interpretados de acordo com o intelecto e não por intenções camufladas. Denota aqui a importância da interpretação razoável, com base no racionalismo.

## **2 O Concílio de Constance – A questão polonesa**



Durante o século XV, dois poloneses sobressaíram-se dentro do direito internacional, principalmente nas questões referentes à guerra justa; Stanislau de Scarbimiria (Stanisław of Skarbimierz) e Paulo Vladimiri (Paweł Włodkowic). Ambos os teóricos, cada um a seu tempo reitores da Universidade de Cracóvia, Polônia, refletiram em seus estudos o momento histórico pelo qual passava seu país natal. No final do século XIV e início do XV, a então denominada Ordem de Santa Maria dos Teutônicos ou Ordem Teutônica empreendeu incursões nos Bálcãs com a finalidade de converter remanescentes de eslavos pagãos. Nisso, promoveu guerras, remoção e realocação de populações e assaltos permanentes à Lituânia e à Polônia.

Mesmo com o casamento (ocorrido em 1386) da rainha Jadwiga, da Polônia cristã e do grão-duque Wladyslaw II Jagiello, da Lituânia, e a conseqüente conversão deste Estado ao cristianismo, a Ordem Teutônica continuou seus saques e assaltos aos dois territórios, até o ano de 1410, quando foi derrotada pelo exército polonês, na batalha de Tannenberg (CASSAR, 2009).

Nesse sentido, Stanislau de Scarbimiria traçou o que se reconhece ser o primeiro sumário editado sobre o Direito da Guerra, intitulado *De Bellis iustis*, utilizando-se de Raimundo de Peñaforte, Guillaume de Rennes, Santo Agostinho, Sinibaldus de Fieschi, e São Tomás de Aquino. Referindo-se às idéias de Guillaume de Rennes, indica que uma guerra justa pode ser iniciada para a defesa do país, mesmo que exista uma proibição legal indicando a necessidade de autorização do Imperador para que o ato de defesa seja considerado justo. E, nesse sentido, o autor polonês, referenciando a São Tomás de Aquino, indica que a capacidade de um príncipe defender-se de um ataque utilizando-se a força é um direito natural, comum a todos os seres vivos (EHRlich, 1962). Stanislau indica, conforme já havia feito anteriormente Sinibaldus de Fieschi, que:

Os pagãos podem legalmente ter possessões, domínios e jurisdição (em outras palavras, Estados), e que se eles, em posse sem pecado,

forem atacados por cristãos sem uma causa justa, podem com justiça guerrear contra os cristãos para recuperar suas terras ou Estados (p. 191).

Avança ainda mais indicando que a intenção real (*animus*) é mais importante que a justificação formal. Assim, a intenção má pode transformar uma guerra anteriormente justa, em injusta.

Fundamentalmente, verifica-se em Stanislau, talvez pela primeira vez, que os conceitos de direito internacional, anteriormente traçados, foram utilizados na construção de uma teoria visando a fundamentação de uma defesa para o país que vinha sofrendo ataques de outro<sup>10</sup> (neste caso, de uma ordem religiosa). Além disso, a última formulação aludida pelo professor polonês indica posicionamento mantido pela Ordem Teutônica, que utilizando do discurso de conversão de pagãos ao cristianismo, promovia saques e apropriação de terras, indiscriminadamente. A razão para Stanislau fazer diferenciação entre o *animus* e a justificação formal (que seria bastante influente na construção do princípio da boa-fé, futuramente) reside claramente neste fato.

No avançar da história, após a derrota para o exército polonês, a Ordem Teutônica passou a promover uma propaganda negativa da Polônia, fazendo-se de vítima de agressão polonesa, afirmando que a mesma utilizava-se de tropas compostas por pagãos<sup>11</sup>, e que deste modo teria injustamente conseguido a vitória na batalha de Tannenberg.

---

<sup>10</sup> Diferentemente de Sinibaldus de Fieschi, caso em que o direito internacional, apesar de utilizado também para a defesa da cristandade e, portanto, pode ser analogamente entendido como defesa de um “país”, mas de uma forma bastante velada, aparentando a elaboração de princípios gerais de humanidade, o professor polonês estabelece claramente a relação entre o Direito da Guerra e a defesa de seu país natal, motivo pelo qual, adota-se aqui a posição de não considerar o caso mais antigo como uma clara defesa de interesses nacionais de defesa contra o inimigo externo por meio do uso do direito internacional.

<sup>11</sup> Efetivamente a Polônia utilizou-se de tropas aliadas pagãs, sendo que o exército que derrotou a Ordem Teutônica era composto por Cristãos, Tártaros e Cristãos Ortodoxos (CASSAR, 1995). Mesmo assim, ao que parece, os ensinamentos do Papa Inocêncio IV (assim como Oldrarus de

Assim, dentro do 16º Concílio Ecumênico da Igreja, o Concílio de Constance<sup>12</sup> (atualmente Konstanz, sul da Alemanha), a Polônia encaminhou um representante para defender seu posicionamento frente à Ordem. Como substituto de Stanislau na Universidade de Cracóvia, seguiu Paul Vladimiri, que desdobrou seus intentos teóricos em dois artigos.

No primeiro deles, denominado “sobre o poder do Papa em respeito aos infiéis”, Paul discorre sobre uma extensa gama de assuntos, indicando que os pagãos têm direito a possuir terras, pois o mundo foi criado para todos os homens. Além disso, estando esses pagão em paz, outros cristão deverão abster-se de atacá-los. Coloca também, a impossibilidade de converter os pagão por intermédio da força, devendo estes aceitar a fé cristã espontaneamente, visto que isso depende do livre arbítrio. Rebate a concessão de privilégios à Ordem, efetivada pelos Papas Alexandre IV e Clemente IV, indicando que a fé deve ser pregada pela palavra e os privilégios são inválidos “quer sejam falsos, obtidos por falsas representações ou pela *ultra vires* do Papa” (EHRlich, p.193).

Em seu segundo artigo, denominado “sobre o poder do imperador em respeito aos infiéis”, Paul Vladimiri<sup>13</sup> procura rebater os privilégios dados à

---

Ponte di Lodi e John Adreae) já haviam declarado que aliados pagãos poderiam ser utilizados na guerra, desde que esta fosse justa.

<sup>12</sup> O Concílio, segundo Ehrlich (1962), teria sido um dos maiores congressos internacionais da história, sendo superado apenas pelo Congresso de Paris, em 1919.

<sup>13</sup> De acordo com Cassar (1995), Paul Vladimiri introduziu no direito feudal da época, conceitos e orientações inéditas, como: Comunidades têm o direito de determinar a qual nação elas pertencem; Povos tem o direito de decidir sobre seu futuro e defender sua nação; Governantes tem o dever de respeitar as convicções religiosas individuais de seus súditos aos quais não podem ser negados seus direitos naturais por conta de suas crenças; Conversão baseada no uso da força e da coerção é inválida, pecaminosa e deplorável; A conversão nunca pode ser utilizada como um pretexto para a guerra; A manutenção da paz requer um tribunal internacional para julgar os pedidos divergentes; Nenhum governante, nem mesmo o Imperador ou o Papa devem ser capazes de declarar a guerra sem submissão ao devido processo [legal]; O princípio da guerra justa é sempre aplicável e obrigatório, independentemente se o Estado, nação ou povo contra quem a guerra está sendo declarada é Cristão ou não; Nações não-cristãs e não-católicas vivendo em paz com seus vizinhos têm o direito de ter a soberania e a integridade de seus territórios salvaguardadas; Nem o imperador, nem o Papa podem autorizar algo contrário aos princípios de direito natural; A Polônia

Ordem por parte do Imperador do Sacro Império Romano Germânico. Aduz que se o Papa não tem o poder de privar os pagãos de seus próprios Estados ou de suas propriedades, muito menos o tem o Imperador. Utiliza em sua argumentação Francesco Zabarella<sup>14</sup>, indicando que o poder provém de três fontes, quais sejam: a) pela vontade de Deus; b) pelo consentimento dos governados, por meio de eleições; c) ou pela violência. E como o poder do Imperador não se origina de nenhuma das duas primeiras fontes, aduz o polonês que só poderia se originar do último, que é por si só, injusto.

Finalmente utiliza-se da construção de Stanislau de Scarbimiria, aduzindo que os infiéis não podem ser retirados de suas terras, seja com fundamento no direito civil, no direito canônico ou na vontade do imperador, pois essas fundamentações são contrárias à lei natural que garante a todos os seres humanos a possibilidade de deter propriedades<sup>15</sup>.

É por essas construções doutrinárias que os dois professores da Universidade de Cracóvia podem ser considerados importantes teóricos do direito internacional. Muito de que seria visto posteriormente dentro das questões teóricas atinentes ao direito relacional, são construções que apareceram bastante desenvolvidas no contexto da defesa do Reino Polonês dentro do Concílio de Constance, construída por Stanislau e Paul. Além disso, por quase um século nenhum outro teórico se sobressai no panorama internacionalista, sendo que apenas com Francisco de Vitória, em 1532, há um novo impulso na construção do direito das gentes.

---

estava obrigada com o Imperador apenas quando ele agia como defensor da Fé; O direito ao poder erode as relações internacionais como um câncer; Exercendo seu direito de autodefesa, um Estado católico pode inclusive utilizar-se de não-Cristãos e não-Católicos dentro de suas forças.

<sup>14</sup> Cardeal Padovano, emissário de João XXIII no Concílio de Constance, escreveu obras canônicas e políticas que influenciaram a argumentação de Paul Vladimiri durante aquele Concílio.

<sup>15</sup> Ehrlich (1962, p. 193) indica que Paul Vladimiri aduziu que “mesmo que todo o mundo e todos os infiéis estivessem sob o domínio do imperador, ninguém poderia ser privado de suas propriedades e direitos, o que seria contrário à lei natural que requer procedimentos legais, a investigação do caso e a possibilidade de defesa”.

### **3 Francisco de Vitória – Nova realidade internacional, necessidade de nova legitimação**

Em finais do século XV e início do século XVI, com a “descoberta” do Novo Mundo e o início de sua colonização, a relação entre os Estados passam por uma significativa mudança. Nesse contexto, em 1532, Francisco de Vitoria, professor de teologia na Universidade de Salamanca, apresentou uma série de palestras<sup>16</sup>, sendo duas delas relacionadas com os novos problemas relacionados com as populações autóctones da América (EHRlich, 1962, p.195).

Conforme aduz Ferrajoli (2002), Vitoria busca legitimar a conquista do Novo Mundo por parte do reino da Espanha<sup>17</sup>, utilizando-se de uma extensa e bem fundamentada construção teórica, que, de uma lado, repete os preceitos traçados por Paul Vladimiri um século antes (ERHLICH, 1962) e de outro traça algo como sendo os primeiros direitos naturais do ser humano como membro de uma coletividade maior, a humanidade<sup>18</sup>.

Cançado Trindade (2005) parece não concordar com o aspecto legitimador das idéias de Vitoria, pois alega que, baseado em uma visão humanista profunda, o teórico espanhol do século XVI demonstrava um posicionamento respeitante das liberdades dos indivíduos e das nações. Mas não é esse o posicionamento que aqui se segue, pois esse pretensão humanismo parece claramente servir como válvula de escape às regras anteriormente traçadas por Paul Vladimiri, permitindo, de uma maneira inteiramente nova e revolucionária, a

---

<sup>16</sup> Essas palestras foram publicadas em 1557, sob o nome de *Relectiones Theologicae*.

<sup>17</sup> Ferrajoli (2002) aduz ainda que a posição de Vitoria dentro desse processo de legitimação, quando baseado na conversão dos gentios ao cristianismo, estaria entre Bartolomeu de Las Casas e Juan Junes de Sepúlveda.

<sup>18</sup> Essa construção teórica que trata das identidades e conseqüente construção de uma comunidade mundial de seres humanos iguais é traçada com mais profundidade por Francisco Suarez.

dominação dos índios da América e a apropriação de suas riquezas e propriedades, sem, contudo, afrontar diretamente os direitos de propriedade reconhecidos aos infiéis.

Assim, em um primeiro momento, Vitoria traça, de forma bastante semelhante a Paul Vladimiri (Ehrlich diz inclusive que Vitoria refere-se constantemente aos atos praticados no Concílio de Constance, e que a sua primeira palestra está sistematizada conforme a obra do polonês), uma contestação de todos os títulos de legitimação que fundamentavam inicialmente os espanhóis em suas conquistas. Rebate, portanto, com bastante ênfase, as idéias de que a conquista do Novo Mundo se legitimaria com base em uma pretensa soberania do Império e da Igreja, fundamentando a idéia de que bárbaros e infiéis não poderiam ter suas propriedades e Estados.

Dessa forma, como Vladimiri, Vitoria estabelece que o Imperador não é senhor do mundo inteiro e que ainda que o fosse, nem por isso poderia ocupar as províncias dos bárbaros. Da mesma forma, o Papa não detém nenhum poder temporal sobre os bárbaros das Índias ou sobre nenhum outro infiel. Continua discorrendo sobre o assunto e aduz que também a falta de fé não é empecilho à posse de propriedades, indicando que:

Por todo o mencionado, fica assim que os bárbaros eram sem dúvida, no sentido público e privado, proprietários tão legítimos quanto os cristãos; e que houve príncipes ou particulares que não puderam ser espoliados de seus pertences, nem mesmo sob a alegação de que não seriam proprietários legítimos. E seria grave negar àqueles que jamais fizeram qualquer injúria o que concedemos aos sarracenos ou aos judeus, perpétuos inimigos da religião cristã, aos quais não negamos ter a legítima posse de seus bens (VITORIA *apud* FERRAJOLI, 2002, p.71).

E, ao negar a autoridade tanto da Igreja, quanto do Imperador, Vitoria tende a afirmar a autoridade dos Estados que surgiam. E aqui reside sua principal contribuição para o Direito Internacional, qual seja, a representação da

ordem mundial como *communitas orbis*, uma comunidade de Repúblicas, igualmente livres e independentes “sujeitas externamente a uma mesmo direito das gentes e internamente às leis constitucionais que eles mesmos se deram” (FERRAJOLI, p.7)<sup>19</sup>.

Essa construção, uma resultante do aprofundamento das teses traçadas no Concílio de Constance, procura de certa forma irradiar pretensos direitos naturais por todo o mundo, que é, conforme diz o teórico espanhol do século XVI, uma comunidade de repúblicas independentes. Esse fato tem demasiada influência quando Vitoria traça seus “direitos naturais dos povos” e admite a possibilidade de que os mesmos sejam estendidos aos índios do Novo Mundo. Assim, coloca que:

(...) o mundo inteiro, que de alguma forma é uma República, detém o poder de fazer leis justas e convenientes a todos, como o são os direitos das gentes... E não é lícito que um único reino se recuse ser regido pelo direito das gentes: pois esse direito adveio da autoridade do mundo inteiro (VITORIA *apud* FERRAJOLI, 2002, p.9)

Pode-se, portanto, verificar que os direitos naturais da humanidade, identificados com o direito das gentes deverá ser seguido e respeitado por todos os povos do *communitas orbis*, caso contrário, verifica-se o cometimento de um ilícito, o que abre margem a represálias e mesmo a guerras justas, que, para Vitoria, resulta sempre de uma reparação às *iniuriae* (injúrias, portanto, ilegalidades).

E, conforme indica Ferrajoli:

---

<sup>19</sup> Essa construção, uma resultante “natural” das teses traçadas no Concílio de Constance, procura de certa forma irradiar pretensos direitos naturais por todo o mundo, essa comunidade de repúblicas independentes. Esse fato tem demasiada influência quando Vitoria traça seus direitos naturais dos povos e admite a possibilidade de que os mesmos sejam estendidos aos índios do Novo Mundo. Assim, coloca que “o mundo inteiro, que de alguma forma é uma República, detém o poder de fazer leis justas e convenientes a todos, como o são os direitos das gentes... E não é lícito que um único reino se recuse ser regido pelo direito das gentes: pois esse direito adveio da autoridade do mundo inteiro.

(...) é exatamente sobre essa “grandiosa” concepção da *communitas orbis* como sociedade natural de Estados livres e independentes que Vitoria funda a segunda idéia basilar da sua construção, antinômica em relação à primeira: a idéia da soberania estatal externa, identificada como um conjunto de direitos naturais dos povos, que permite, de um lado, oferecer uma nova legitimação à conquista e, de outro, fornecer o alicerce ideológico do caráter eurocêntrico do direito internacional, dos seus valores colonialistas e até mesmo das suas vocações belicistas. Revelam-se aqui, bem antes das grandes teorizações jusnaturalistas dos séculos XVII e XVIII, as origens não luminosas dos direitos naturais e o seu papel de legitimação ideológica não só dos valores, mas também dos interesses políticos e econômicos do mundo ocidental (FERRAJOLI, 2002, p. 10).

Verifica-se novamente o papel legitimador do direito internacional, agora sob as vestes de primordiais direitos naturais que se estenderiam a toda a comunidade de Repúblicas. Que se deixe claro que os princípios estabelecidos, como ocorre com os direitos humanos atualmente, são de inegável relevância. Porém, claro também é o fato de que essa relevância, muitas vezes, se reveste de fundamento formal para práticas materialmente mais mesquinhas (o defeso e já aludido *animus* de Stanislaw de Scarbimiria), reproduzindo-se como fundamento de dominação e de *imperium* dentro da sociedade relacional. E, o uso do *animus* legitimador pode ser comprovado com certa facilidade, tanto atualmente, como na época de Vitória, e é isso o que, basicamente, Ferrajoli demonstra no excerto acima.

Fazendo então, uma pequena menção desses direitos naturais<sup>20</sup>, verifica-se que derivam primordialmente de um fundamento maior, o *ius*

---

<sup>20</sup> Junto a esses direitos humanos, conforme salienta Ferrajoli (2002, p.11-12), Vitoria agrega quatro direitos divinos, igualmente assimétricos e “falsamente liberais”, que seriam: “o *ius praedicandi et annuntiandi Evangelium* (o direito de anunciar e pregar o evangelho) e o dever dos índios de não obstar-lhe o exercício; o direito-dever da *correctio fraterna* (censura fraternal) dos bárbaros; o direito-dever de proteger os convertidos de seus caciques; o de substituir estes por soberanos cristãos em caso de conversão da maior parte dos súditos. Por fim, o direito mais importante, que equivale a uma espécie de norma conclusiva: o direito dos espanhóis, onde os índios não se persuadissem destas suas boas razões, de defenderem seus direitos e sua segurança até mesmo com a medida extrema da guerra”.



*communicationis*, que se resumiria no direito que todos os povos têm de entrar em contato um com os outros. Dessa prerrogativa, derivam outras tantas, dentre elas:

a. *Ius peregrinandi e degendi* (direito de viajar e de permanecer) – neste, Vitoria estabelece que os espanhóis tem o direito de viajar pelas terras dos bárbaros e nelas permanecer, e não podem ser impedidos de assim proceder. Ademais, esse direito dá aos espanhóis a liberdade de navegação e aporto em quaisquer mares e terras do mundo, sendo que o impedimento de seu exercício seria considerado uma injustiça contra o Rei de Espanha.

b. *Ius commercii* (direito de comércio) – aduz que os espanhóis têm o direito de comerciar com os nativos, trocando produtos que estes últimos necessitem por outros que abundem por lá, como “ouro e prata” (“...*et abducentes illic vel aurum vel argentum vel alia, quibus illi aabundant*”<sup>21</sup>).

c. *Ius occupationis* (direito de ocupação) – dá aos colonizadores a possibilidade de se apropriar de todos aqueles bens que os índios não se utilizam, como o ouro, a prata, as pérolas e peixes do mar, pois assim apregoa o direito das gentes. Além disso, esse direito natural procura evitar que privilégios dados a outros não sejam estendidos aos espanhóis, pois indica que todas eventuais preferências são extensíveis a qualquer outro<sup>22</sup>.

d. *Ius migrandi* (direito de migrar) – os espanhóis teriam o direito de tornarem-se cidadãos das cidades aborígenes, por qualquer meio capaz de assim fazê-lo, adquirindo automaticamente o direito de residir naquelas cidades.

Em realidade, essas prerrogativas jurídicas se estendem a “toda a humanidade”, sendo, conforme se depreende da construção de Vitória, extensíveis também aos nativos americanos. Mas, fundamentado em uma certa carência de “legitimidade funcional”, esses direitos resumiam-se utilizáveis apenas pelas

<sup>21</sup> Citação de Vitória, no livro *De Indis*, seção III, 3, p.258) trazida por Ferrajoli (2002).

<sup>22</sup> Curiosamente uma formulação muito próxima do princípio-base da OMC, o da nação mais favorecida.

repúblicas “civilizadas” Européias, visto que seria impensável a um índio, reclamar, por exemplo, seu *ius migrandi*, frente a qualquer centro europeu<sup>23</sup>.

### 3.1 A Guerra como reparação das *iniuriae*

Tendo por base aqueles direitos naturais da humanidade, Vitoria desenvolve finalmente o conceito de guerra justa “como instrumento do direito” (FERRAJOLI, 2002, p.12). Aqui, a guerra considerada justa decorre de uma *iniuriae* (injúria), verificada principalmente quando da violação dos direitos descritos anteriormente. Aqui está claro o fundamento de legitimação da conquista do Novo Mundo, pois se verifica então, que os direitos de Vitoria, são, na verdade, simples justificações formais, como salientadas por Stanislau de Scarbimiria.

Ademais, se eventualmente uma população de “gentios” se colocasse contrária à aceitação da catequese e à conseqüente conversão ao cristianismo, engendradas pelo explorador espanhol, verificar-se-ia um desrespeito às regras “universais” estabelecidas e, por conseqüência, uma afronta jurídica que daria margem a ações contrárias de caráter assecuratório ou mesmo punitivo.

---

<sup>23</sup> Cabe aqui a lição bastante lúcida de José Saramago, durante a cerimônia de recebimento do Prêmio Nobel de Literatura, no ano de 1998, em Estocolmo. Pronunciando-se sobre o cinquentenário da Declaração de 1948, diz o autor: “Como declaração de princípio que é, a Declaração Universal dos Direitos Humanos não cria obrigações legais aos Estados, salvo se as Respectivas Constituições estabelecem que os direitos fundamentais e as liberdades nelas reconhecidos serão interpretados de acordo com a declaração. Todos sabemos, porém, que esse reconhecimento formal pode acabar por ser desvirtuado ou mesmo denegado na acção política, na gestão económica e na realidade social. A Declaração Universal é geralmente considerada pelos poderes económicos e pelos poderes políticos, mesmo quando presumem de democráticos, como um documento cuja importância não vai muito além do grau de boa consciência que lhes proporcione. Nesses cinquenta anos não parece que os governos tenham feito pelos direitos humanos tudo aquilo a que, moralmente, quando não por força de lei, estavam obrigados. As injustiças multiplicam-se no mundo, as desigualdades agravam-se, a ignorância cresce, a miséria alastra. A mesma esquizofrénica humanidade que é capaz de enviar instrumentos a um planeta para estudar a composição das suas rochas, assiste indiferente à morte de milhões de pessoas pela fome. Chega-se mais facilmente a Marte neste tempo do que ao nosso próprio semelhante” (SARAMAGO, 2008, p. J5).

Não há que se falar, como bem salienta o acima aludido autor italiano, que Vitoria fosse adepto da “guerra movida com o simples pretexto de difundir o cristianismo”, ou mesmo com simples fundamento de conquista. Ocorre, porém, que os direitos estabelecidos, se por um lado não apregoavam diretamente o direito à guerra justa, por outro davam ampla margem a sua execução. Nesse sentido, Vitoria salienta:

Se os bárbaros, sejam eles caciques ou multidão, impedirem que os espanhóis anunciem livremente o Evangelho, os espanhóis, visando a eliminar esse inconveniente, podem, até mesmo contra a vontade daqueles, pregar e ir adiante na conversão dos gentios e, sendo necessário, iniciar, em razão disso, uma guerra de agressão, até que seja alcançada uma situação mais oportuna e segura para a pregação do Evangelho (VITORIA *apud* FERRAJOLI, 2002, p. 86).

Verifica-se aqui uma inversão dos valores e prerrogativas da guerra justa, traçados por Stanislau de Scarbimiria e Paul Vladimiri. Se Vitoria seguia, de início, o mesmo posicionamento dos professores poloneses, indicando que os bárbaros tinham direito de manter suas terras, claro fica que a sua construção é totalmente antinômica face a justaposição de categorias em princípio inconciliáveis, quais sejam: os direitos naturais da humanidade e a guerra justa fundamentada nas injúrias recebidas.

Do estabelecimento do direito de propriedade dos nativo-americanos, e da negativa à expropriação por parte da Igreja e do Império, Vitoria parece avançar profundamente aos estabelecer os direitos naturais de todo o homem, e extensíveis a toda a humanidade. Porém, nesses mesmos direitos, ao aventar a possibilidade da guerra justa, Vitoria os deturpa, transformando-os justamente na base legitimadora da conquista, enquanto, ao mesmo tempo, reforça aquele caráter ideológico e eurocêntrico do direito internacional público, acima aludido por Ferrajoli (2002).

Assim, análise do *animus* (por meio de uma interpretação razoável, conforme salientado por Baldus de Ubaldis), acaba por afastar as prerrogativas universais dos pretensos direitos e conseqüentemente da *communitas orbis*, pois fundamento que é de uma conquista. As bases de Stanislau, como visto, afastariam a guerra justa de Vitoria, observando as reais proposições obscurecidas pelos pretensos profundo humanismo e bem-aventurança legal das proposições do professor de Salamanca.

Porém, não haveria de ser de outra forma. Os professores poloneses utilizaram suas construções como fundamentação contra a invasão de seu país. Vitoria utiliza inicialmente essas mesmas construções, visando, no entanto, o oposto, ou seja, a legitimação da conquista. E é nesse ponto que a inversão teórica, ocorrida por meio dos direitos universais se mostra necessária.

Enfim, será esta a base teórica utilizada pelos internacionalistas posteriores a Vitoria, como Gentili e Grotius, ao desenvolverem seus contributos teóricos ao direito internacional público. Porém, dois traços marcantes são bastante visíveis neste extenso percurso histórico e deixaram suas marcas até os dias de hoje. São eles: as prerrogativas humanas (mesmo que advindas de fundamentos discutíveis) e a guerra como critério de efetividade do direito internacional.

## **Considerações Finais**

Não há como concluir de forma muito diversa daquela trazida por Ludwik Ehrlich em sua obra, afinal, a construção histórica do Direito Internacional recua consideravelmente, a partir de Vitoria, séculos adentro. Fruto de inúmeras contribuições, a teorização da Sociedade Relacional de Estados (ou Príncipes, Reinos, Repúblicas, conforme a época) é matizada por origens diversas,

mas sempre com um centro comum: a busca de legitimação para determinada atuação política no plano internacional.

Desde Raimundo de Peñaforte, passando-se por Guillaume de Rennes, Sinibaldus de Fieschi, Stanislau de Scarbimiria e Paul Vladimiri, até se chegar a Vitoria, verifica-se a identidade de fundamentos, que se aprimoram (ou degeneram) para atingir as novas necessidades de legitimação trazidas pelo avanço da sociedade humana e principalmente, pela sociedade relacional. E, ao se chegar à atualidade, verifica-se que pouco mudou.

De fato, os direitos humanos passaram por inúmeros avanços, mas muitas vezes ainda podem ser entendidos como justificativas formais para a imposição de razões de Estado; podem ser vistos como traços de dominação jurídica eurocêntrica sobre o restante da humanidade. Assim também é a guerra, que se justifica e se legitima, muitas vezes, com base naqueles mesmos direitos humanos, ocultando dessa forma objetivos mais egoístas e pouco louváveis, buscando, conforme já aludido por Anzilotti, “justificar a própria conduta magnificando a importância e a santidade das razões que o levam à guerra, e a isso também serve muito bem a elevação de simples interesses ao status de direito”.

Verifica-se, finalmente, a importância do estudo das raízes históricas do Direito Internacional, pois, somente assim, será possível entender suas razões fundamentais. Como diria Bertolt Brecht, “apenas quando somos instruídos pela realidade é que podemos mudá-la”. O mito serve-nos apenas para ignorar a realidade e reproduzir os obscuros erros do passado.

## **Referências Bibliográficas**

ANZILOTTI, Dionísio. *O Conceito Moderno de Estado e o Direito Internacional*, p.4. Artigo não publicado no Brasil.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. International law for humankind : towards a new jus gentium (I) : general course on public international law. *Recueil des Cours*, International Court of Justice, v. 316 (2005), p. 9-439.

CASSAR, Joseph. *Reflections on the Address of Pope John Paul II to the 50th Session of the United Nations General Assembly*, 1995. Disponível em: <http://www.vincenter.org/98/cassar.htm>. Acesso em: 12 abril 2009.

DUTCH, Steven. The Mongols. *University of Wisconsin – Green Bay*. Disponível em: <<http://www.uwgb.edu/dutchs/WestTech/xmongol.htm>>. Acesso em: 12 de abril de 2009.

EHRlich, Ludwik. The development of international law as a science. *Recueil des Cours*, International Court of Justice, v. 105 (1962-I), p. 173-265.

FERRAJOLI, Luigi. *Soberania no Mundo Moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GROSSI, Paolo. *Mitologias Jurídicas da Modernidade*. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2007.

LIMA, Maurílio César de. *Introdução à História do Direito Canônico*. São Paulo: Loyola, 1999.

RÖPKE, Wilhelm. Economic Order and International Law. *Recueil des Cours*, International Court of Justice, v. 86 (1954-II), p. 203-273.

RUSSELL, Bertrand. *História do Pensamento Ocidental*. Rio de Janeiro: Ediouro, 1999.

SARAMAGO, José. O Ele que não se Pode Romper. *Estado de São Paulo*, São Paulo, Aliás, p. J5, 14 de dezembro de 2008.

VILLEY, Michel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

**Artigo Original**

**IL PROFILO DELLA CITTADINANZA EUROPEA:  
L'INTEGRAZIONI ATTRAVERSO I DIRITTI E LE  
PROSPETTIVE DI SVILUPPO POLITICO DELL'EUROPA**

Aline Beltrame de Moura\*

Revista Ius Gentium 2(1): 37-68 [2009]

**Riassunto**

Questa tesina obbiettiva analizzare il fenomeno della cittadinanza europea dentro dell'ordinamento giuridico comunitario, com'è stata la sua evoluzione, quale sono i diritti che ne derivano e la questione sulla mancanza di espressi doveri. Allo stesso modo, saranno verificati i problemi del deficit democratico di questo istituto davanti alla Unione Europea e la difficoltà di accettazione della cittadinanza europea per i suoi propri cittadini.

**Parole Chiave: Cittadinanza Europea; Unione Europea; Corte di Giustizia delle Comunità Europee; Deficit Democratico.**

**Resumo**

Este artigo objetiva analisar o fenômeno da cidadania européia no ordenamento jurídico comunitário, o modo como ocorreu sua evolução, quais são os direitos dela decorrentes e a questão acerca da ausência de deveres expressos. Do mesmo modo, serão verificados os problemas do déficit democrático deste instituto perante a União Européia e a dificuldade de aceitação da cidadania européia pelos seus próprios cidadãos.

**Palavras-Chave: Cidadania Européia; União Européia; Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias; Déficit Democrático.**

---

\* Studentessa di Master in Diritto, area di Relazione Internazionale della Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC).

## **Introduzione**

In questa tesina saranno analizzate, in un primo momento, alcune peculiarità della cittadinanza europea e della sua evoluzione nell'ordinamento giuridico comunitario. Poi saranno verificati i diritti del cittadino europeo e la problematica di sua collocazione nell'ordinamento giuridico dell'Unione.

In una terza parte studieremo l'attuazione della Corte di Giustizia delle Comunità Europee nella risoluzione dei conflitti giuridici tra la cittadinanza europea e quella nazionale, l'importanza del principio di sussidiarietà e la questione del *deficit* democratico della cittadinanza europea.

L'obiettivo è dimostrare che la cittadinanza europea, nonostante esprima un concetto che si è sviluppato attraverso i trattati a livello comunitario, ancora non ha molto più che un valore simbolico nella costruzione di una *Europa veramente dei cittadini*, considerandosi che è un'istituto che bisogna essere reso migliore, adattato e concepito non solo per gli Stati membri, ma anche per i singoli cittadini.

## **21. Le Premesse sulla Cittadinanza Europea**

L'istituzione di una cittadinanza chiamata "europea" può sembrare, da un lato, una possibile contraddizione, perché questa nozione normalmente è collegata all'istituto della nazionalità, ma dall'altro costituisce una importante novità nell'evoluzione del diritto.

Sotto questo profilo, sottolinea COSTA<sup>1</sup> che

l'espressione 'cittadinanza' nel linguaggio comune e nel lessico

---

<sup>1</sup> COSTA, Pietro. *Cittadinanza*, Editrice Gius. Laterza & Figli, Roma - Bari, 2005. p.03.



giuridico tradizionale, designa l'appartenenza di un individuo a uno Stato ed evoca principalmente i problemi relativi alla perdita e all'acquisto dello 'status' di cittadino. In tempi recenti, tuttavia, il termine 'cittadinanza' ha acquisito un significato più ampio [...]. In questa prospettiva conviene intendere per 'cittadinanza' il rapporto politico fondamentale, il rapporto e l'ordine politico-giuridico nel quale egli si inserisce.

Per lo sviluppo del nostro studio è imprescindibile comprendere la differenza tra “cittadinanza” e “nazionalità”, perché, conformemente a quanto espresso da CORDINI<sup>2</sup>, “a nacionalidade consiste no vínculo político do indivíduo a um determinado Estado, enquanto a cidadania compreende o gozo e o exercício dos direitos políticos, civis e sociais reconhecidos ao nacional. São conceitos diversos, comumente confundidos.”

In termini analoghi, TRIGGIANI<sup>3</sup> ritiene che la nazionalità identifica una posizione passiva rispetto all'ordinamento statale, la cui utilità consiste nel distinguere un membro dello Stato da uno straniero, già la cittadinanza è invece un “fattore di coesione sociale” che implica una partecipazione consapevole alla vita politica e l'adesione ad una comunità. Lo stesso autore sostiene che la progressiva affermazione di atti e di strumenti internazionali relativi ai diritti umani fondamentali stanno limitando il potere assoluto degli Stati nella determinazione delle proprie normative in materia di attribuzione e di negazione o privazione della cittadinanza anche riconoscendo comunque allo straniero un *corpus* sempre più significativo. Così, conclude l'autore, si produce “una progressiva contraddizione fra tali diritti, i quali sono universali, uniformi e definiti globalmente, e le identità sociali, che sono particolaristiche e territorialmente definite.”

---

<sup>2</sup> CORDINI, Giovanni. *Elementi per una Teoria Giuridica della Cittadinanza*. Profili di Diritto Pubblico Comparato. Padova: CEDAM, 1998. In: DAL RI, Arno e OLIVEIRA, Maria Odete de (Orgs.). *Cidadania e Nacionalidade: efeitos e perspectivas nacionais, regionais, globais*. Ed. Unijui, 2002. p. 212.

<sup>3</sup> TRIGGIANI, Ennio. *La cittadinanza europea per la “utopia” sovranazionale*. In: *Studi sull'integrazione europea* (Riv. Quadrimestrale - n.3/2006). Cacucci Editore, Bari, 2007. p. 460.

Appare in tal senso significativa l'osservazione fatta da PICCHIO FORLATTI<sup>4</sup>, la quale ritiene che attualmente c'è una tendenza dell'ordinamento internazionale di protezione dei diritti umani che può produrre una neutralizzazione o una banalizzazione della funzione della cittadinanza, affermando che “diante da globalidade com que se caracteriza este *status*, a diferença de tratamento entre cidadão e não cidadão parece destinada a desaparecer.”

La globalizzazione è un punto di considerevole rilievo nello studio dell'istituto della cittadinanza, perché influenza diversi settori di interesse dei cittadini, caratterizzandosi come un processo eterogeneo e squilibrato dell'integrazione. Con la localizzazione, il “vecchio” concetto dello Stato sta per essere superato, le frontiere stanno allargandosi e la sovranità statale sta diluendosi in favore di una integrazione a livello sovranazionale.

Allora, è opportuna la sottolineatura dalla PRICOLO<sup>5</sup>, per cui si auspica che

i processi di globalizzazione possano essere governati da soggetti democraticamente legittimanti, e non solo dai protagonisti dell'azione economica, i diritti fondamentali si presentano come lo strumento più adatto per cercar di ricostituire un equilibrio, di muovere verso un nuovo sistema di *cheks e balance*.

In questo caso, per esempio, possiamo citare il diritto di ciascuno, indipendentemente dalla nazionalità, a partecipare attivamente alla vita pubblica della comunità in cui vive e anche il diritto di immigrazione, entrambi presente nella Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo del 1948.

---

<sup>4</sup> PICCHIO FORLATTI, Laura. *A Cidadania Plúrima como reflexo da competição entre Sistemas-Estados: a Experiência Européia* In: DAL RI, Arno e OLIVEIRA, Maria Odete de. *Cidadania e Nacionalidade: efeitos e perspectivas nacionais, regionais, globais*. Ed. Unijui, 2002. p. 337-338. “davante il complesso con il quale caratterizza questo *status*, la differenza di trattamento tra i cittadini e noncitizen sembra destinata a scomparire.”

<sup>5</sup> PRICOLO, Benedetta. *Nazionalità, cittadinanza e diritti umani. La molteplicità dei Dèmoi*. Pubblicazioni Centro Studi per la Pace, 2003, [www.studiperlapace.it](http://www.studiperlapace.it), reperibile *on line*.

Nello stesso senso, FERRARI<sup>6</sup>, sostiene il fatto che ai cittadini non europei siano riconosciuti diritti civili e politici, senza che sia loro richiesto di acquisire la nazionalità del luogo di residenza, è espressione dell'emergere, in seno alla società europea, dei principi di una cittadinanza cosmopolitica. Quindi, l'affermazione del principio che tutti gli uomini, indipendente dalla loro nazionalità, in quanto esseri razionali, siano riconosciuti uguali per quanto riguarda l'esercizio dei loro diritti, rappresenta il primo passo per l'estensione di questo principio a livello mondiale.

## **2. L'evoluzione del concetto della Cittadinanza Europea nell'ordinamento comunitario**

Il passo decisivo nella trasformazione della storia dell'Europa, è avvenuto con l'elaborazione del Trattato sull'Unione europea, sottoscritto a Maastricht il 7 febbraio 1992 dai dodici paesi fino allora aderenti alle tre Comunità europee ed entrato in vigore il 1° novembre 1993. Così, si è istituita una nuova entità sovranazionale, l'Unione europea, una forma diversa e più intensa di aggregazione fra i paesi comunitari, fondata sulle Comunità già esistenti, ma da cui rimane distinta.

Non si può dimenticare che per arrivare allo scenario istituzionale europeo di fine millennio, bisognerebbe partire dalla gradualità e dall'incertezza che caratterizza il processo di integrazione europea, cioè il lungo cammino iniziato alla metà dello scorso secolo per costituire un'Europa sempre più unita sul piano economico, culturale e politico.

Sotto questo profilo, di grande rilievo l'osservazione di

---

<sup>6</sup> FERRARI, Giuseppe Franco (a cura di), *I diritti fondamentali dopo la carta di Nizza*, CEDAM, Padova 2001. p. 197.

OLIVEIRA<sup>7</sup>, ritenendo che

o processo de integração européia iniciado na década de 50 do século XX, através de suas três Comunidades, sempre orientou-se na busca de consolidar um exponencial bloco econômico da integração européia, e nesse mesmo âmbito de seu mercado comum e de suas liberdades fundamentais. Nesse sentido, essas liberdades fundamentais encontravam-se inseridas no marco econômico da integração européia, e nesse mesmo âmbito econômico também eram considerados seus cidadãos e não no viés ou no campo jurídico-político do instituto da cidadania.

Infatti, le prime discussioni circa la necessità di creazione di un statuto comune ai cittadini degli Stati membri dalle Comunità europee, è stata originata all'inizio degli anni settanta, con la proposta dei governi italiano e belga, al Vertice europeo di Parigi, nell'ottobre 1972. La proposta fu rivolta all'istituzione di una cittadinanza relativa a coloro che fossero cittadini di ciascuno dei paesi membri che consentisse loro di essere cittadini della Comunità, fermo restando che solo dopo un certo periodo di permanenza in uno stato membro, avrebbero potuto acquisire il godimento di alcuni diritti politici, come partecipare alle elezioni comunali.

Peraltro, la proposta fu respinta e, dopo, rinviata al Vertice di Parigi del 1974, ove per la prima volta fu riconosciuta la possibilità di istituire una unione di passaporti e di riconoscere dei "diritti speciali" ai cittadini degli Stati membri delle Comunità. Questo era un sforzo diretto alla soppressione delle frontiere interne alla Comunità, allo scopo di creare un unico spazio territoriale con controlli finalizzati solo alle frontiere esterne, onde permettere finalmente la libertà di circolazione all'interno della stessa Comunità.

Riguardo a questa situazione, la Commissione europea, con lo scopo di identificazione della nuova categoria dei "diritti speciali" ha presentato

---

<sup>7</sup> OLIVEIRA, Odete Maria de. *A Era da Globalização e a Emergente Cidadania Mundial*. In: DAL RI, Arno e OLIVEIRA, Odete Maria de. (Orgs.), 2002, p. 503.

una relazione nella quale si escludeva che tali diritti potessero identificarsi sia con i diritti civili o privati e le libertà pubbliche da esercitarsi all'interno degli ordinamento nazionale degli stati membri, in quanto [...] già a concessi a tutti gli stranieri, sia con quei diritti già riconosciuti ai cittadini degli stati membri dai trattati comunitari, quali i diritti economici e sociali e i diritti nei rapporti con le istituzioni comunitarie, vale a dire l'accesso alla pubblica funzione europea e il diritto di voto e di eleggibilità al Parlamento europeo.<sup>8</sup>

È infatti evidente che la Commissione ha creato alcuni ostacoli relativi al riconoscimento dei diritti speciali, come la connessione tra diritto di voto, eleggibilità e residenza e anche tra eleggibilità e il diritto di costituire associazione politica. Ciononostante, dopo la decisione del Vertice di Parigi del 1977, il Parlamento europeo approvava una risoluzione con la quale si invitava la Commissione ad elaborare proposte in materia di diritti speciali e già elencava quelli che dovrebbero essere riconosciuti prioritariamente.

Con lo scopo di dare una maggiore definizione al concetto di cittadinanza europea, il Parlamento europeo ha approvato, il 14 febbraio 1984, un Progetto di trattato che istituisce l'Unione europea, più conosciuto come "Progetto Spinelli", il cui art. 3 prevedeva, in termini generali, che la cittadinanza dell'Unione sia legata alla qualità di cittadino di uno Stato membro e che questi potessero partecipare alla vita politica.

Tuttavia, come sottolinea LIPPOLIS<sup>9</sup>

il Progetto non ebbe un immediato e concreto seguito nel processo di integrazione europea e, anche sotto l'aspetto che interessa, si può notare come nelle conclusioni del Consiglio europeo di Fontainebleau del giugno 1984, si procedette all'istituzione di un comitato *ad hoc* per «L'Europa dei cittadini» [...] senza però far riferimento all'istituzione di una cittadinanza comune.

Un importante progresso è avvenuto con l'approvazione di una risoluzione intitolata "Diritti e libertà fondamentali ed Europa di cittadini" che prevedeva, nell'art. 19 l'inserimento, nel Progetto di trattato dell'Unione Europea

<sup>8</sup> LIPPOLIS, Vincenzo. *La Cittadinanza Europea*. Ed. Mulino, Bologna, 1994. p. 12-13.

<sup>9</sup> LIPPOLIS, Vincenzo. 1994, p. 15.

di alcune disposizioni che promuovevano lo sviluppo della cittadinanza europea, attraverso l'istituzione del diritto di voto alle elezioni comunali ed europee nello Stato di residenza.

Il Capo di Stato spagnolo, Felipe Gonzales, ha proposto, durante i lavori della Conferenza intergovernativa sull'unione politica - una delle due Conferenze convocate con il fine della creazione dell'Unione - la creazione della cittadinanza europea, concepita come lo *status* personale e inscindibile delle cittadinanze nazionali, ossia, di ogni Stato membro.

In una nuova risoluzione del 22 novembre, il Parlamento europeo ha approvato una serie di proposte di modificazione del Trattato CEE, tra cui la previsione dell'art. 8 D, in cui comma 4 qualificava come cittadini coloro che avrebbero la cittadinanza di ciascuno Stato membro. Proseguendo con tale approccio, il Parlamento europeo ha approvato altre due risoluzioni circa la cittadinanza dell'Unione, 14 giugno e 21 novembre 1991, collaborando nella costruzione di tale istituto.

Per AZZENA<sup>10</sup>, “di estrema importanza è l'istituzione della cittadinanza europea, riconoscimento formale di un contenuto, come si è visto, in germe nel Trattato di Roma. Cittadinanza, quella comunitaria, per così dire “di secondo grado”, non sostituendosi, ma presupponendo della cittadinanza di uno Stato membri.”

Significativa, in tal senso, è la posizione di DAL RI<sup>11</sup> circa

---

<sup>10</sup> AZZENA, Luisa. *L'integrazione Attraverso I Diritti: Dal Cittadino Italiano Al Cittadino Europeo*. Ed. G.Giappichelli Editore - Torino, 1998. p. 59.

<sup>11</sup> DAL RI, Arno. *A Cidadania na União Européia e a livre circulação de pessoas*. In: DAL RI, Arno e OLIVEIRA, Odete Maria de. (Orgs.), 2002, p. 304. “in quel momento, le istituzioni comunitarie non erano in grado di adottare misure che sono state a regolamentare le aree completamente al di fuori dei poteri della CEE. L'azione di questi organi ha dovuto essere limitata al profilo economico del fenomeno della comunità non può interferire nei settori connessi ai diritti politici e civile in precedenza considerata di competenza esclusiva dei cittadini degli Stati Uniti. Solo attraverso la Corte di giustizia [...], potrebbe estendere la sfera

la realizzazione di ciò che viene chiamata “Europa dei cittadini”, considerando che

naquele momento, as instituições da Comunidade se encontravam impossibilitadas de adotar medidas que viessem a normatizar áreas completamente alheias às competências da CEE. A ação desses órgãos tinha que se limitar ao perfil econômico do fenômeno comunitário, não podendo interferir em áreas relativas aos direitos políticos e civis, até então consideradas matérias de competência exclusiva dos cidadãos do Estados-membros. Somente através da jurisprudência do Tribunal de Justiça [...], foi possível ampliar a esfera jurídica europeia, abraçando também temáticas até então não previstas pelos Tratados constitutivos.

In questa ottica segue l’insegnamento di LIPPOLIS<sup>12</sup>, il quale ritiene che "in definitiva, le iniziali configurazioni della cittadinanza dell'Unione erano più ambiziose di quella effettivamente realizzatasi, ma il risultato non può essere misconosciuto poiché il nucleo essenziale è stato inserito nel Trattato."

Attualmente, la disciplina dell’istituto della cittadinanza, è contenuta nel Trattato che istituisce la Comunità Economica Europea, nella seconda parte, intitolata “Cittadinanza dell’Unione” negli art. dal 17 al 22, i cui diritti saranno precisamente osservati in seguito.

### **3. I diritti della Cittadinanza Europea e sua collocazione nell’ordinamento comunitario**

Non è possibile analizzare i diritti relativi alla cittadinanza europea, prescindendo dalla collocazione di queste norme nella struttura dell’ordinamento comunitario. Come già detto, l’istituzione della cittadinanza

---

giuridico europeo, che comprende anche aspetti non precedentemente previste dai trattati istitutivi.”

<sup>12</sup> LIPPOLIS, Vincenzo. 1994, p. 18.

europea configurasi come un *ponte* tra due prospettive diverse, che rappresentano momenti diversi proprio della storia dell'Unione Europea. Un *ponte* tra l'*Europa dei mercati* e l'*Europa dei cittadini*. Così, l'istituto della cittadinanza rappresenta un tentativo della Comunità Europea di trascendere le politiche mercantili del mercato comune, che già durava da circa quarant'anni, conducendosi, adesso, dopo Maastricht, alla costruzione di un vero spazio politico e sociale europeo.<sup>13</sup>

Tuttavia, è importante menzionare che la materia referente alla cittadinanza è disciplinata nel Trattato istitutivo della Comunità Europea, malgrado sia definita come propria dell'Unione Europea. Questa collocazione suscita sorpresa, perché il Trattato sull'Unione è distinto di quello dalla Comunità, nonostante l'art. 1, comma 2 del Trattato dell'Unione esprime che l'Unione è fondata sulle Comunità Europee, ragion per cui hanno adottato tale sistematica non è coerente con le finalità dell'istituto ora in studio.

Corretta sarebbe la scelta se tale norma fosse disciplinata nelle "Disposizioni Comuni" del Trattato dell'Unione Europea, sapendo che trattasi di un istituto proprio dell'Unione e non dalle Comunità. Però, l'unica giustificazione possibile sarebbe di provare evitare la perdita della competenza della Corte di Giustizia, ossia, assicurare il controllo giurisdizionale della Corte sulla norma in questione, dato che nessuna competenza in questo ambito è riconosciuta nell'art. 46 del Trattato dell'Unione Europea alla menzionata istituzione.

Infatti, nessuna competenza della Corte di Giustizia può essere allargata, salvo quelle disposizioni espressamente previste nel menzionato art. 46. Pur nell'ambito di questo rapporto, sottolinea NASCIMBENE<sup>14</sup> che "se questa è la giustificazione, è facile obiettare, una volta ammessa la deroga, che

---

<sup>13</sup> DAL RI, Arno. *A Cidadania na União Européia e a livre circulação de pessoas*. In: DAL RI, Arno e OLIVEIRA, Odete Maria de. (Orgs.), 2002, p. 299-300.

<sup>14</sup> NASCIMBENE, Bruno. *Profili della cittadinanza dell'Unione Europea*. In: Riv. Int. Dir. Uomo, 1995, p. 248.



sarebbe stato legittimo prevedere la disciplina della cittadinanza nel TUE, e quindi estendere (in via di eccezione) la competenza della Corte.”

Ma non si può dimenticare che malgrado la collocazione dei diritti della cittadinanza si trovano nel TCE, il metodo che deve essere usato nell’interpretazione del diritto comunitario, sia originario o derivato, è l’interpretazione sistematica, che analizza il sistema normativo in sua completezza e non parzialmente, di modo frammentato.

Il già riconosciuto “Statuto dei cittadini” dell’Unione è composto da sei diritti, di cui solo quattro sono esclusivi dei cittadini (persone fisiche) degli Stati membri, e gli altri due, sono diritti comuni ai cittadini (persone fisiche e giuridiche) degli Stati membri oppure degli Stati terzi. E, in questo caso, la condizione è che il cittadino abbia la residenza o la sede sociale in uno degli Stati membri.

Secondo l’art. 17 del Trattato CEE, è cittadino dell’Unione chiunque abbia la cittadinanza di uno Stato membro, considerato che la cittadinanza dell’Unione costituisce un complemento della cittadinanza nazionale e non la sostituzione di quest’ultima. In questo modo, si può dire che è necessario avere previamente la nazionalità di uno Stato membro per poter usufruire della cittadinanza dell’Unione e ancora che questo *status* permette al soggetto di beneficiarsi di diritti supplementari e complementari alla cittadinanza nazionale.

Ora, passeremo all’analisi dei diritti concernenti ai cittadini europei nell’ambito dell’ordinamento comunitario, previsti negli articoli 18 al 22 del Trattato delle Comunità Europee.

### 3.1 Libertà di circolazione e soggiorno

Questo è previsto nell’art. 18 del TCE e trattasi di un

diritto di grande importanza ed estensione, perché riconosce anche al soggetto che non pratica l'attività economica, il beneficio della libera circolazione, salvo alcune eccezioni espressamente previste nel TCE. Il suddetto sottolinea che il punto centrale "dell'Europa dei mercati" era la libertà di circolazione di merci, servizi e capitali garantiti ai individui "produttivi", cioè, capaci di sviluppare un'attività economica rilevante, collaborando alla crescita economica comunitaria.

Il riconoscimento di questo diritto è stato allargato ai familiari dei beneficiari primari, attraverso la direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004<sup>15</sup>, considerando la precarietà che fino a quel momento aveva caratterizzato le condizioni nei rapporti lavorativi. Considerando questa situazione, CONDINANZI<sup>16</sup> allerta che "se tutti i cittadini dell'Unione godono del diritto di circolazione e soggiorno, non tutti coloro che godono del diritti di circolazione e soggiorno sono per ciò solo cittadini dell'Unione".

La Corte di Giustizia ha lavorato cercando di ampliare tale interpretazione di modo che la nozione di lavoratore coinvolgesse anche i destinatari dei servizi, includendo, così, anche i turisti. Significativo in tal senso è il caso *Cowan*<sup>17</sup>, dove la Corte, per la prima volta, ha sancito la libertà di riportarsi in un altro Stato membro per fruire di un servizio senza essere impediti da

---

<sup>15</sup> *Gazzetta Ufficiale* L 158, 30 aprile 2004, p. 77 ss.

<sup>16</sup> CONDINANZI, Massimo, LANG, Alessandra e NASCIMBENE, Bruno, *Cittadinanza dell'Unione e libera circolazione delle persona*. Giuffrè Editore, S.p.A. Milano, 2003. p. 21.

<sup>17</sup> Sentenza della Corte di Giustizia il 5 marzo 1987, causa C-186/87. Sottolineano in tal senso, il caso *Baumbast*, causa C-413/99 il 7/9/2002, ove la Corte ha espressamente sancito, per la prima volta in maniera netta, che "un cittadino dell'Unione che non gode più di residenza come lavoratore migrante nel Paese d'accoglienza può, come cittadino dell'Unione, usufruire di altro diritto di residenza grazie alla diretta applicazione dell'art. 18 (1) CE" (punto 3 del dispositivo). Anche rilevante il caso *Schmidberger*, causa C-112/00 il 12/6/2003, in cui il principio della libera circolazione delle merci si è dovuto piegare al rispetto del diritto fondamentale di sciopero. "La tutela dei diritti fondamentali rappresenta un legittimo interesse che giustifica, in linea di principio, una limitazione degli obblighi imposti dal diritto comunitario, ancorché derivanti da una libertà fondamentale garantita dal Trattato, quale la libera circolazione delle merce".

restrizioni. Nel caso, si trattava di un turista britannico, che in base all'art. 706, n.° 3, del *code de procédure pénale française*, voleva essere risarcito di una violenza fisica di cui era stato vittima all'uscita della metropolitana di Parigi, a carico del governo francese, perché i suoi aggressori non potevano essere identificati. Il giudice ha espresso, nel punto 20 della sentenza, che

the prohibition of discrimination laid down in particular in Article 7 of the EEC Treaty must be interpreted as meaning that in respect of persons whose freedom to travel to a Member State, in particular as recipients of services, is guaranteed by Community law that State may not make the award of State compensation for harm caused in that State to the victim of an assault resulting in physical injury subject to the condition that he hold a residence permit or be a national of a country which has entered into a reciprocal agreement with that Member State.<sup>18</sup>

In momento successivo, la Corte ha favorito un progresso qualitativo con il riconoscimento dello stesso diritto a tutti coloro che potessero esibire una carta d'identità o uno passaporto valido nella frontiera dello Stato, dispensando l'esigenza di dovere essere un soggetto economicamente attivo, svicolando il diritto della libertà di ingresso e soggiorno dalla ricerca del posto di lavoro.

D'altronde, è stato lo spirito con il quale il legislatore comunitario considerò questa trasformazione, che lentamente, promosse il processo di uniformazione del trattamento normativo dei soggetti considerati economicamente inattivi.

L'elaborazione delle convenzioni di Dublino e Schengen hanno avuto grande importanza nella materia della disciplina relativa alla libertà di circolazione. La prima, occupasi essenzialmente dei problemi annessi alle

---

<sup>18</sup> “il divieto di discriminazione di cui in particolare l'articolo 7 del Trattato CEE deve essere interpretato nel senso che nei confronti delle persone la cui libertà di recarsi in uno Stato membro, in particolare per quanto destinatari di servizi, è garantita dal diritto comunitario tale Stato non può subordinare la concessione del risarcimento di Stato per il danno causato in tale Stato per la vittima di un'aggressione con conseguenti lesioni fisiche soggette alla condizione che egli in possesso di un permesso di soggiorno o di essere cittadino di un paese che ha stipulato un accordo di reciprocità con lo Stato membro.”

condizioni basiche per la concessione del diritto di asilo nei territori dei Paesi che la hanno firmato e la seconda, sottoscritta il 14 giugno 1985, dice, rispetto alla cooperazione internazionale tra gli Stati aderenti, nel toccante alla effettiva eliminazione graduale del controllo delle frontiere interne, e principalmente, la collaborazione fra l'autorità giudiziarie e polizie di questi paesi.

Risaltasi che la convenzione Schengen, inizialmente fu sviluppata fuori dall'ambito delle Comunità, e come non tutti i Paesi dell'Unione avessero firmato tale convenzione, risulta che non avrebbe potuto sostituire una normativa interna comunitaria in materia di libera circolazione delle persone, però, posteriormente, il Trattato di Amsterdam ha incorporatola in suo testo e ormai ha efficacia vincolante nell'ambito comunitario.

Allora, il diritto riconosciuto nell'art. 18 TCE rappresenta una evoluzione, comparandosi con le norme comunitarie precedenti, contribuendo alla costruzione di una integrazione europea fra le persone, indipendente delle sue qualificazioni sull'aspetto economico.

### 3.2 L'elettorato attivo e passivo al Parlamento Europeo ed alle elezioni comunali

L'art. 19 TCE prevede che ogni cittadino dell'Unione residente in uno Stato membro di cui non è cittadino ha il diritto di voto e di eleggibilità alle elezioni comunali e del Parlamento europeo nello Stato membro in cui risiede, alle stesse condizioni dei cittadini di detto Stato.

La norma in questione riconosce ai titolari della cittadinanza europea, in virtù dell'art. 17 TCE, due situazione diverse: il diritto di eleggere e di essere votati alle elezioni comunali dello Stato di residenza; e il diritto di concorrere, attivamente e passivamente, alle elezioni del Parlamento europeo nello Stato membro in cui essi risiedono. In questo modo, dichiara

CONDINANZI<sup>19</sup> che "entrambe le situazione giuridiche soggettive contemplate dall'art. 19 hanno trovato accoglimento nella Carta dei diritti fondamentali dell'UE, i cui articoli 39 e 40 ripropongono [...] i diritti già attribuiti dal 1° e dal 2° paragrafi dell'art. 19."

Di fatto, afferma MUNARI<sup>20</sup> che entrambi i diritti rappresentano un completamento al diritto di libera circolazione e soggiorno, nel senso che grazie ad essi si ha un miglior inserimento del cittadino europeo nella comunità di residenza e una sua maggiore significazione e funzionalità alle elezioni comunali, in favore di sua "natura sovranazionale" e del carattere unitariamente rappresentativo dei popoli riuniti nella Comunità.

La trasformazione di maggiore rilievo per il cittadini europeo, residente in uno Stato membro diverso del suo, fu stata l'istituzione del diritto di partecipare alle elezioni comunali, essendo una concreta risposta alle numerose incertezze circa la potenzialità dello sviluppo dell'integrazione europea.

Ribadendo questo pensiero, CONDINANZI<sup>21</sup> rileva che

la possibilità di venire eletti in uno Stato membro diverso da quello di cui si è cittadini, favorisce l'idea di un mandato parlamentare svincolato dall'appartenenza ad uno Stato membro, così concorrendo ad accreditare l'immagine del Parlamento europeo quale istituzione in cui trova espressione la rappresentanza dell'intera popolazione comunitaria e non dei singoli corpi elettorali nazionali.

La norma prevede trattamento nazionale riferita ai residenti non cittadini, tanto per l'elettorato attivo, quanto per il passivo, ossia, la regola deve essere applicata a tutti i residenti, senza nessuna distinzione relativa alla cittadinanza. Tuttavia, c'è un'unica eccezione al principio dell'uguaglianza e della non discriminazione: l'incapacità elettorale. Questa deve essere dichiarata per lo Stato di origine dell'individuo, contenendo l'affermativa che lo stesso è

<sup>19</sup> CONDINANZI, Massimo. 2003, p. 40.

<sup>20</sup> MUNARI, Francesca Menegazzi. *Cittadinanza europea: una promessa da mantenere*. G. Giappichelli Editore, Torino, 1996. p. 179.

<sup>21</sup> CONDINANZI, Massimo. 2003, p. 45.

incapace di esercitare i diritti di voto e eleggibilità.

Con base nella Direttiva 93/109/CE del Consiglio, del 6 dicembre 1993<sup>22</sup>, per l'elettore comunitario c'è il diritto di voto e di eleggibilità al Parlamento europeo nello Stato membro di residenza, senza peraltro sostituirlo al diritto di voto e di eleggibilità nello Stato membro di cui il cittadino europeo ha la cittadinanza. Si sottolinea che è importante rispettare la libertà di scelta dei cittadini dell'Unione, quanto allo Stato membro nel quale intendono partecipare alle elezioni europee, facendo però in modo di evitare un abuso di tale libertà tramite un doppio voto o una doppia candidatura

### 3.3 Diritto di protezione diplomatica

Consiste nella tutela da parte delle autorità diplomatiche e consolari di qualsiasi Stato membro, alle stesse condizioni dei cittadini di detto Stato, di un cittadino dell'Unione che si trovi nel territorio di un paese terzo nel quale lo Stato membro di cui ha la cittadinanza non è rappresentato.

Inoltre, non si può dimenticare che la storia europea è marcata per molti conflitti e guerre, che hanno creato una necessità di protezione e ausilio ai cittadini dei suoi Stati membri, organizzando azioni comuni, concernenti l'ambito di cooperazione nei settori di politica estera di sicurezza.

In relazione a questa tutela, non si tratta di una protezione dell'Unione in sé, ma di una tutela ad un singolo, il cui servizio, per diventare operante a beneficio dei cittadini non europei, è subordinato alla conclusione di accordi internazionali con Stati terzi, limitando in una certa forma, l'esercizio pieno di tale diritto. Sotto questo profilo, sostiene PICCHIO<sup>23</sup> che “a ligação

---

<sup>22</sup> *Gazzetta ufficiale* n. L 329 del 30/12/1993 p. 34 - 38.

<sup>23</sup> PICCHIO, Laura Forlati. *A Cidadania Plúrima como reflexo da competição entre Sistemas-Estados: a Experiência Européia* In: DAL RI, Arno e OLIVEIRA, Odete Maria de. (Orgs.),

esistente entre os cidadãos dos Estados-membros e a estrutura comunitária poderia ser considerada frágil em relação a Estados terceiros. Portanto, cada Estado da Comunidade aceita exercer a proteção diplomática mesmo em benefício de cidadão não seus.”

### 3.4 Diritto di petizione al Parlamento Europeo ed il ricorso al Mediatore

Sono diritti riconosciuti ai cittadini europei e non europei, tenendo il merito di inserirli nella vita politica della Comunità e aumentare la difesa contro qualsiasi forma di cattiva amministrazione dell’istituzione, ossia, sono strumenti di controllo date ai cittadini con lo scopo di partecipare attivamente alla Comunità europea, non solo come semplice telespettatore, ma come protagoniste della storia.

Il diritto di petizione al Parlamento europeo già era previsto dagli articoli 156/157/158 del Regolamento del PE, e si riferisce solamente alle materie concernente al campo delle attività della Comunità che coinvolga direttamente l’interessato, individualmente o in associazione con altre persone.

Il diritto di ricorso al Mediatore, non era previsto in nessuna normativa comunitaria precedente, e ha per obiettivo casi di cattiva amministrazione nelle azioni dell’istituzione o di organi comunitari, salvo la Corte di Giustizia delle Comunità Europee e il Tribunale di Primo Grado, nell’esercizio delle sue funzioni.

Non è per pura coincidenza che ambedue i diritti siano previsti nello stesso articolo, e che entrambi i meccanismi di azione - petizione e

---

2002, p. 338-339. “il legame tra i cittadini degli Stati Uniti e la struttura comunitaria potrebbe essere considerata debole nei confronti dei paesi terzi. Pertanto, ogni membro della Comunità si impegna ad esercitare la protezione diplomatica, anche a beneficio di quelli che non sono suoi propri cittadini.”

denuncia -, coinvolgono un organo comunitario specifico, concernente un'attività oppure inattività di un altro organo comunitario.

È importante sottolineare che alla fine, è sempre il Parlamento europeo che ha l'ultima parola nella risoluzione di entrambi i casi. Tutte le denunce esaminate per il Mediatore devono essere trasmesse al Parlamento in modo di relazione e ancora, annualmente, egli deve presentare una relazione sui risultati delle sue indagini. In questo contesto, MUNARI<sup>24</sup> sostiene che la figura del Mediatore è di “un semplice strumento del Parlamento”. Però, non si può dimenticare che malgrado il Mediatore sopporti una specie di “controllo” del Parlamento europeo, quest'ultimo ha la garanzia di piena indipendenza nell'esercizio delle sue funzioni e nell'adempimento dei suoi doveri, e non accetta né sollecita nessuna istruzioni da alcun organismo.

Pur nell'ambito di questo rapporto, è interessante osservare che i diritti suddetti non sono tassativi perché si bastano, al contrario, sulla citazione di DAL RI<sup>25</sup> “uma análise das possíveis perspectivas da cidadania europeia tem que, obrigatoriamente, partir da cláusula evolutiva incluída na noção do próprio instituto pelo Tratado de Maastricht. Segundo esta cláusula, o Conselho Europeu pode adotar, à unanimidade, disposições que venham a complementar os direitos previstos na cidadania europeia.”

Così, l'elencazione non è esaustiva, non solo perché può essere integrata attraverso la clausola evolutiva prevista nell'art. 22 TCE, ma soprattutto perché essi vanno insieme con altri diritti tipici dei cittadini degli Stati membri, come il diritto di uguaglianza, di trattamento e di non-discriminazione.

---

<sup>24</sup> MUNARI, Francesca Menegazzi. 1996, p. 194.

<sup>25</sup> DAL RI, Arno. *A Cidadania na União Europeia e a livre circulação de pessoas*. In: DAL RI, Arno e OLIVEIRA, Odete Maria de. (Orgs.), 2002, p. 318-319. “un'analisi delle prospettive possibili per la cittadinanza europea deve, necessariamente, partire dalla clausola evolutiva inclusa nel proprio concetto dell'istituto dal trattato di Maastricht. Ai sensi della presente clausola, il Consiglio europeo può adottare, per unanimità, le disposizioni che vengono aggiungere diritti alla cittadinanza europea.”



Sottolineano che la clausola evolutiva conferma la natura dinamica dell'istituto della cittadinanza, della coscienza dei confini del suo contenuto e della opportunità di fornire alcuna soluzione.

#### **4. L'importanza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee nella risoluzione dei conflitti giuridici tra la Cittadinanza Europea e quella nazionale**

La Corte di Giustizia ha contribuito in larga misura nella formazione, interpretazione e risoluzione del *acquis comunitario*, con attenzione all'art. 163 TCE, dove c'è il compito di assicurare "il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione del Trattato".

Come bene osserva FERRARI<sup>26</sup>

la Corte di giustizia opera così in piena discrezionalità una incorporazione selettiva dei diritti, in funzione della compatibilizzazione progressiva della fonte materiale con i fini dell'ordinamento comunitario e della armonizzazione dell'operazione interpretativa con il proprio, se così si può dire, indirizzo politico costituzionale.

Sotto questo profilo, passeremo all'analisi del contributo di questa istituzione giuridica nella costruzione della cittadinanza europea.

Interessante il caso *Micheletti*<sup>27</sup>, nel quale un cittadino argentino residente in Argentina aveva richiesto di poter stabilirsi in Spagna, in virtù della sua seconda cittadinanza italiana, però la relativa legge spagnola consentiva il riconoscimento di una sola cittadinanza limitandola a quella del Paese di ultima residenza, con ciò impedendo al sig. Micheletti l'acquisizione dei diritti derivanti dalla cittadinanza europea. La Corte, invece, ha ribadito che non spetta ad uno Stato membro, limitare gli effetti dell'attribuzione della cittadinanza

<sup>26</sup> FERRARI, Giuseppe Franco (a cura di), 2001, p. 80.

<sup>27</sup> Sentenza della Corte di Giustizia del 1° dicembre 1990, causa C-369/90, *Micheletti ed altri c. Delegazione del Governo della Cantabria*.

di un altro Stato membro, il che si verificherebbe laddove si pretendesse a tal fine un requisito ulteriore per l'esercizio delle libertà fondamentali previste dal Trattato.

In questo modo, la Corte ha costretto l'ordinamento giuridico spagnolo a modificare e limitare il proprio potere sovrano di determinare i contenuti della propria legislazione in materia di cittadinanza e questa decisione, a livello comunitario, rappresenta un segno molto significativo. Ed è inoltre interessante notare che il sig. Micheletti non evidenziava alcun legame "materiale" con l'ordinamento italiano non essendo stato ivi mai nemmeno residente. Evidentemente, nel ragionamento della Corte è risultata prevalente l'esigenza di non "penalizzare" il concetto di cittadinanza europea, comunque attribuibile all'interessato grazie all'acquisita cittadinanza italiana.

Significativo in tal senso è il caso *Bidar*<sup>28</sup>, il cui sig. Dany Bidar, giovane cittadino francese era andato al Regno Unito per accompagnare sua madre che doveva fare lì un trattamento medico. Così, lui aveva compiuto gli ultimi tre anni di studi nel Regno Unito a carico della sua famiglia e senza mai chiedere aiuto sociale, ma quando aveva chiesto l'aiuto a copertura delle spese di mantenimento al momento di intraprendere i propri studi di economia presso l'*University College London*, il governo britannico ha negato, perché ai sensi della detta legislazione, non era stabilmente residente nel Regno Unito.

Il caso ha come oggetto la conformità con il diritto comunitario delle condizioni di concessione, in Inghilterra e nel Galles, dello *student support*, consistente in un aiuto a copertura delle spese di mantenimento concesso dallo Stato agli studenti sotto forma di prestito agevolato, rimborsabile alla fine degli studi quando i redditi professionali superino una certa cifra. Secondo la normativa britannica, un cittadino di un altro Stato membro poteva

---

<sup>28</sup> Sentenza della Corte di Giustizia il 15 marzo 2005, causa C-209/03, *Dany Bidar c. London Borough of Ealing, Secretary of State for Education and Skills*.

beneficiare di tale prestito qualora fosse “stabilmente residente” nel Regno Unito e se avesse avuto abituale dimora durante i tre anni precedenti l’inizio degli studi. Tuttavia, per un cittadino di un altro Stato membro era impossibile ottenere, in quanto studente, lo *status* di persona stabilmente residente.

La Corte ha sancito che l’art. 12 TCE deve essere letto senza dimenticarsi delle disposizioni relative alla cittadinanza dell’Unione e che un cittadino dell’Unione, legalmente residente nel territorio dello Stato membro ospitante, può avvalersi di tale norma in tutte le situazioni rientranti nel campo di applicazione *ratione materiae* del diritto comunitario, come nel diritto di libera circolazione e soggiorno dell’art. 18 TCE. Per quanto riguarda gli studenti che si spostano in altro Stato membro per seguire gli studi, nulla nel testo del Trattato consente di considerare che essi siano privati dei diritti da questo conferiti ai cittadini dell’Unione.

Nel caso *Garcia Avello*<sup>29</sup>, il problema nasceva dal fatto che il sig. Avello desiderava cambiare il nome dei suoi figli di modo che essi potessero essere registrati allo stato civile con un nome formato di conformità con la legge spagnola, ma le autorità belghe avevano rifiutato, perché questa concessione era di solito accordata ai cittadini “esclusivamente” belgi.

La Corte ribadisce, nel punto 26 della sentenza, che “Citizenship of the Union, established by Article 17 EC, is not, however, intended to extend the scope *ratione materiae* of the Treaty also to internal situations which have no link with Community law”, essa riconosce l’elemento transfrontaliero

---

<sup>29</sup> Sentenza della Corte di Giustizia del 2 ottobre 2003, causa C-148/02, *Carlos Garcia Avello c. Stato belga*. Con relazione ad allargamento della sfera di applicazione *ratione materiae* del Trattato importante il caso *Grzelezyk*, sentenza della Corte di Giustizia del 20 luglio 1999, causa C-184/99, *Rudy Grzelezyk c. Centre public d'aide sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve*, laddove la Corte afferma che “Union citizenship is destined to be the fundamental status of nationals of the Member States, enabling those who find themselves in the same situation to enjoy the same treatment in law irrespective of their nationality, subject to such exceptions as are expressly provided for.” (punto 31).

necessario per l'applicazione del Trattato nel fatto che i due figli di Garcia Avello soggiornavano legalmente sul territorio belga, avendo questa cittadinanza e anche quella dello Stato Spagnolo, di cui era originario il padre. Nonostante la motivazione della Corte, non è indicato esplicitamente il ruolo della cittadinanza europea. La portata di essa si deve dedurre dalla evocazione della norma dell'art. 18 TCE relativa al diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri.

Altra situazione curiosa è il caso *Zhu e Chen*<sup>30</sup>, che ha avuto origine dalla politica della limitazione delle nascite in Cina e aveva indotto i coniugi Chen a far nascere all'estero il secondo figlio, più precisamente a Belfast, in Irlanda del Nord, perché il diritto irlandese consente a tutti i nati sull'isola di acquisire la relativa cittadinanza. Dopo la nascita di una bambina, quindi cittadina irlandese, la sig.ra Chen si era stabilita con la stessa a Cardiff, nella Regione del Galles, ivi presentando una duplice richiesta di permesso di soggiorno di lunga durata che è stata negata.

Investita dalla legittimità del diniego, la Corte ha anzitutto precisato che l'idoneità ad essere titolare dei diritti garantiti dal Trattato e dal diritto derivato in materia di libera circolazione delle persone, non presuppone che l'interessato abbia raggiunto l'età richiesta per avere la capacità giuridica di esercitare, autonomamente, i detti diritti. Per quanto riguarda il diritto della bambina di soggiornare, la Corte ha rammentato l'effetto diretto connesso all'art. 18 TCE, con la conseguenza che, per effetto del solo *status* di cittadino di uno Stato membro e quindi di cittadino dell'Unione, può essere invocato il diritto di soggiorno sancito da tale disposizione. Infine, quanto al fatto che la sig.ra Chen si era recata in Irlanda al mero scopo di far acquisire alla sua bambina la cittadinanza di uno Stato membro, per poi ottenere successivamente un diritto di

---

<sup>30</sup> Sentenza dalla Corte di Giustizia del 19 ottobre 2004, causa C-200/02, *Kunqian Catherine Zhu, Man Lavette Chen, c. Secretary of State for the Home Department*.

soggiorno nel Regno Unito a favore della bambina e di se stessa, la Corte ha ricordato che la determinazione dei modi di acquisito e di perdita della cittadinanza rientra nella competenza di ciascuno Stato membro.

Al fine, presentano il caso *Eman*<sup>31</sup> - causa in cui la Corte ha voluto precisare che lo Stato membro può legittimamente restringere la titolarità dell'elettorato attivo e passivo al Parlamento europeo ai soli cittadini residenti nell'Unione europea. Ove tuttavia non si avvalga di tale facoltà, risulta invece illegittimo concedere il diritto di voto ai cittadini olandesi residenti all'estero solo parzialmente come, nel caso in specie, escludendo gli olandesi residenti nei territori d'oltremare di Antille e ad Aruba. In tale caso l'illegittimità deriva dalla palese violazione della parità di trattamento e quindi di un principio fondamentale dei diritti comunitari.

## **5. L'anomalie della Cittadinanza Europea: una "Cittadinanza" senza "Stato" e "Diritti" senza "Doveri"**

La mancanza di un vincolo giuridico-politico diretto tra cittadini e l'Unione e la lontananza di questi elementi che distinguono la nozione giuridico-formale di cittadinanza di accordo con la posizione giuridica del soggetto, portatore di diritti e doveri, creano una problematica concernente allo *status civitatis* nazionale e anche relativamente ai doveri.

L'art, 17, comma 2 TCE, dispone che "i cittadini dell'Unione godono dei diritti e sono soggetti ai doveri previsti dal presente trattato"; neanche nella Parte II del citato documento, neppure in altra disposizione dello stesso è possibile trovare con sicurezza una indicazione netta di doveri a carico dei rispettivi cittadini.

---

<sup>31</sup> Sentenza dalla Corte di Giustizia del 7 settembre 2006, causa C-300/04, *M.G. Eman, O.B. Sevinger c. College van burgemeester en wethouders van Den Haag*.

È a tutti noto che, per la prima volta nella storia, con l'istituzione della cittadinanza europea, l'appartenenza ad un territorio, ad una comunità e ad una cultura definiti nei confini nazionali passa al controllo di una entità di tipo sovranazionale: la così detta Unione europea.

Tuttavia, potremo opporvi, in parte, l'affermazione di TRIGGIANI<sup>32</sup> quando sostiene che con questa situazione

si supera pertanto il concetto tradizionale di cittadinanza, che si ricollegava alla nazionalità ed alla territorialità, prevedendo in sua sostituzione un sistema **composito di diritti, doveri e lealtà politiche** come presupposto decisivo per la democratizzazione dell'Europa.

In realtà, l'istituzione della cittadinanza europea, sembra più un atto simbolico di unificazione e un tentativo di costruzione della pace, dopo il periodo delle guerre più devastanti che la storia non abbia mai conosciuto, che un vero catalogo di diritti e doveri. Perciò, il menzionato autore non c'è ragione al affermare che la cittadinanza europea ha creato un sistema di doveri ad essi, al contrario, nessuno doveri è trovato negli fonti originaria oppure derivata dell'ordinamento comunitario. È evidente che negli ordinamenti interni degli Stati membri, suoi cittadini sono destinatari di doveri in quanto cittadini nazionali, ma senza nessun obbligo relativo alla cittadinanza a livello comunitario.

Appare in tale senso significativa la collocazione di NASCIBENE<sup>33</sup> sul tema in questione, perché per l'autore

la mancanza di doveri assimilabili a quelli di solidarietà politica quali il dovere di difesa dello Stato, di prestazione del servizio militare, di fedeltà dello Stato, non può che indurre a fare riferimento a generici doveri di osservanza delle norme comunitarie, di uso corretto delle libertà, in particolare dell'ampia libertà di circolazione derivante dall'abolizione dei controlli alle frontiere, con il conseguente obbligo del singolo di non sottrarsi (facendo un uso abusivo della stessa) ai doveri nei confronti del proprio Stato o degli altri Stati membri. La proposta di indicare precisi doveri, quali il rispetto dell'espressione delle culture altrui, il contribuire alla salvaguardia dell'ambiente,

---

<sup>32</sup> TRIGGIANI, Ennio. 2007, p. 462 (griffo nostro)

<sup>33</sup> NASCIBENE, Bruno. 1995, p. 259-260.

l'assicurare solidarietà fra cittadini UE e di Paesi terzi residenti nell'UE [...] il preservare la salute altrui, per quanto apprezzabile non è proposta tale da fornire elementi propri di una specifica condizione oggettiva del cittadino dell'Unione.

Ed è inoltre interessante sottolineare che la clausola evolutiva prevista nell'art. 22 TCE, di rispetto alla definizione di nuovi diritti, senza dire niente circa i doveri. Condivide questa prospettiva la Carta di Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, anche conosciuta come "Carta di Nizza", firmata a Nizza il 7 dicembre 2000, perché limitasi a enumerare diritti, senza accennare precisamente ai doveri, facendo soltanto una citazione generica nel suo Preambolo, ivi "il godimento di questi diritti fa sorgere responsabilità e doveri nei confronti degli altri come pure della Comunità umana e delle generazioni future" e niente di più.

Forse la ragione di tale situazione, sia perché l'aspetto dell'integrazione europea non accetta il fatto dell'Unione configurarsi come un ente dotato di caratteristiche proprie dello Stato e come tale, idoneo a permettere la creazione di questo vincolo giuridico-politico. Come facilmente spiega LIPPOLIS<sup>34</sup>

è il grado dell'integrazione comunitaria, imperfetto rispetto al costituirsi di un'entità statale, che comporta l'impossibilità di imporre tali doveri. Più precisamente, poiché l'Unione non possiede tutti i requisiti propri dello Stato, finché permangono come entità sovrane gli Stati membri [...].

In realtà, l'Unione non è uno Stato, non è una Federazione, non è una Confederazione, non è un Super-stato. È semplicemente un insieme di istituzioni politiche e giudiziarie - ma invero non c'è niente scritto, è solo una definizione per via empirica - sorte dalle base della Comunità Europea, che nel tempo ha visto ampliarsi le proprie competenze e gli obiettivi dell'integrazione, che dalla commerciale è divenuta anche politica e giudiziaria.

---

<sup>34</sup> LIPPOLIS, Vincenzo. 1994, p. 47.

Così, come bene sottolinea FERRARI<sup>35</sup>, con rispetto all'art. 51, secondo paragrafo della Carta di Nizza,

la mancata incorporazione nei trattati predispone il pensiero a considerare la Carta come un documento suscettibile di miglioramenti e non come qualcosa che è destinato a essere scolpito nella pietra e a rimanere inalterato nel tempo. [Inoltre] quello che a me pare il paradosso dell'attuale fase costituente: quello dei diritti senza doveri. [...] i limiti della cittadinanza europea sono dunque i limiti di una cittadinanza senza Costituzione e senza Stato

Appare in tal senso significativa la precisazione fatta dallo stesso autore rispetto al paradosso dei diritti senza doveri: è una gran contraddizione in una comunità statale che si fonda necessariamente sulla corrispondenza tra diritti e doveri, potendosi affermare che uno Stato ha una Costituzione nel senso autentico della parola soltanto che assicura nello stesso tempo l'imperio della legge e la libertà dell'individuo. È bene evidenziare, inoltre, che è in momenti come questi che si mette alla prova la capacità dei cittadini di superare i limiti angusti degli egoismi individuali.<sup>36</sup>

## **6. Principio di Sussidiarietà e il Deficit Democratico della Cittadinanza Europea**

Uno dei problemi di maggior incidenza nella realizzazione degli obiettivi comunitari è quello relativo all'incertezza dei confini della competenza giurisdizionale tra la Comunità e gli Stati membri. Il Trattato di Maastricht ebbe il merito di avere riempito questa lacuna attraverso la regolamentazione del principio della sussidiarietà, già presente nell'ordinamento comunitario, ma che non era molto usato.

---

<sup>35</sup> FERRARI, Giuseppe Franco. 2001, p. 186 e 195.

<sup>36</sup> FERRARI, Giuseppe Franco. 2001, p. 198.



Secondo sua origine etimologica<sup>37</sup>, la sussidiarietà può essere vista come un principio per il quale un'autorità di livello gerarchico superiore si sostituisce ad una di livello inferiore quando quest'ultima non sia in grado di compiere gli atti di sua competenza. Il canone in questione concretizza il principio di collaborazione tra Unione e Stati membri, avvicinandosi all'idea di democrazia, perché cerca di collegare i cittadini alle decisioni, sia nel livello nazionale sia in quello comunitario, secondo quanto consta espressamente nell'art. 1 del Trattato di Maastricht.

In tale senso, rilevante la collocazione di HERBIG<sup>38</sup>, per cui

il principio di sussidiarietà si limita, quindi, a realizzare coerentemente, con l'integrazione europea, le idee fondamentali di democrazia, di cooperazione e di decentramento nel processo europeo d'integrazione. Affermando che l'integrazione rispetterà la storia, la cultura e la tradizione dei popoli dell'Europa, nonché l'identità nazionale degli Stati membri, il principio di sussidiarietà concilia l'idea di patria e della federazione europea e respinge invece l'idea di servirsi del federalismo per distruggere le patrie. Gli Stati dovranno rinunciare alla pretesa di ritenere la Commissione responsabile dei loro mancati successi nella costruzione dell'Europa; la Comunità dal canto suo dovrebbe imparare a resistere meglio alla tentazione della centralizzazione e della burocrazia e dovrebbe avere la modestia di dialogare quotidianamente con gli Stati e i loro cittadini.

Sotto questa ottica, l'art. 5 TCE prevede che alla luce del principio della sussidiarietà, la Comunità può intervenire, nei settori che non sono di sua esclusiva competenza, soltanto se e nella misura in cui gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere sufficientemente realizzati dagli Stati membri e che possono essere realizzati meglio a livello comunitario, sottolineando che l'azione della Comunità non va al di là di quanto necessario per il raggiungimento degli obiettivi del presente trattato.

---

<sup>37</sup> DEVOTO, Giacomo, OLI, Gian Carlo. *Il Dizionario della Lingua Italiana*, Editrice Le Monnier, Firenze, ed. 2002-2003. p. 222.

<sup>38</sup> HERBIG, Barbara Fuchs Lola. *Il principio di sussidiarietà nel diritto CE dopo Maastricht*. In: Riv. Dir. Com. Scam. Int., 1994. p. 232.

In questo modo, si può affermare l'importanza del principio della sussidiarietà nella concretizzazione di una suddivisione di poteri e competenze più ugualitaria, facilitando al massimo il raggiungimento degli obiettivi fondamentali dell'Unione, tra cui, il rafforzamento della tutela dei diritti dei cittadini europei.

Secondo MUNARI<sup>39</sup>, la caratteristica di “dinamicità” del principio di sussidiarietà contemplato nell'ordinamento dell'Unione, “è l'elemento qualificativo principale per definire la sussidiarietà non solo come principio di garanzia del pluralismo istituzionale per eccellenza, ma anche *trait d'union* fra la Comunità europea ed i suoi Stati membri da una parte, ed i cittadini dall'altra.”

L'avvicinamento dei cittadini europei alle decisioni a livello comunitario, era vista come un ostacolo alla costruzione della democrazia del sistema istituzionale menzionato. È a tutti noto che la lontananza tra l'istituzione e gli individui è sempre stato un problema per i governi detti democratici. Afferma MANZELLA<sup>40</sup> che "il *deficit* democratico dell'Unione non è tanto il problema dell'assetto equilibrato tra le istituzioni comunitarie, ma un ben più grave problema di cittadinanza politica."

Importante la contribuzione di DAL RI<sup>41</sup> che, rispetto a questo tema, afferma

se de um lado se busca consolidar este novo paradigma de assim se conceber o fenômeno europeu e comunitário, de outro, são latentes as sua fragilidades no que toca diretamente a cada cidadão. Entre estas dificuldades, de grande e atual importância está a questão do déficit democrático nos processos de decisão da Comunidade. Isto, porque, um número cada vez maior de medidas econômicas adotadas em nível supranacional tem normatizado sempre mais áreas que condicionam o

<sup>39</sup> MUNARI, Francesca Menegazzi. 1996, p. 213.

<sup>40</sup> MANZELLA. *Il nuovo costituzionalismo europeo: regioni e cittadinanza*, in Mulino/Europa, novembre 1994, p. 37-38. *Apud*: MUNARI, Francesca Menegazzi. 1996, 214.

<sup>41</sup> DAL RI, Arno. *A Cidadania na União Européia e a livre circulação de pessoas*. In: DAL RI, Arno e OLIVEIRA, Odete Maria de. (Orgs.), 2002, p. 314.

quotidiano do cidadão.<sup>42</sup>

Continua l'autore specificando che

a normatização, em si, não se contextualiza como problema [...]. O grande problema deste contexto reside na impossibilidade de o cidadão europeu influenciar diretamente no processo de decisão da União Européia. [...] Pode-se notar, então, a total ausência de um “espaço público” europeu, fruto de um modo de comunicação efetivo entre os cidadãos e os seus representantes e de um contexto político onde se manifeste um verdadeiro poder de deliberação.<sup>43</sup>

Possiamo verificare che uno dei gran meriti del Trattato di Masstricht fu aver istituito il principio della sussidiarietà, facendo progredire lo *status civitatis* europeo, fondamentale per la democratizzazione del sistema comunitario, che inserisce il cittadino dentro l'Unione, adempiendo uno dei suoi principale obiettivi: costituire veramente una cittadinanza europea, "rafforzando la coscienza nell'appartenenza non solo ad una nazione, ma ad una comunità più vasta"<sup>44</sup>.

## Considerazione Finale

Potremo concludere, dopo lo sviluppo del presente lavoro, che la cittadinanza europea è una condizione giuridica che consente l'iscrizione di diritti e doveri all'interno di una comunità politica, cioè, la cittadinanza è uno *status*, costituisce una condizione per potere godere della sua protezione.

---

<sup>42</sup> “se da un lato mira a consolidare questo nuovo paradigma del modo di concepire il fenomeno e la Comunità europea, dall'altro, sono nascosti come i vostri punti deboli quando si tratta direttamente ad ogni cittadino. Tra queste difficoltà, di grande e attuale importanza è la questione del deficit democratico nel processo decisionale della Comunità. Questo perché un numero crescente di misure economiche adottate a livello sovranazionale ha normalizzato le aree sempre più che incidono sulla vita quotidiana dei cittadini.”

<sup>43</sup> “la normatizzazione, di per sé, non configurasi un problema [...]. Il grande problema di questo contesto è l'impossibilità dei cittadini europei di influenzare direttamente nel processo decisionale dell'Unione europea. [...] Si può notare, quindi la totale assenza di uno 'spazio pubblico europeo', il risultato di una modalità efficace di comunicazione tra i cittadini e loro rappresentanti e di un contesto politico in cui si esprime un reale potere di decisione.”

<sup>44</sup> LIPPOLIS, Vincenzo. 1994, p. 10.

Il paradosso della cittadinanza europea è che magari sia considerata un istituto innovativo nell'ordenamento giuridico moderno, tuttora mancanti di fondamenti forti e coesi di integrazione. Le sue strutture sono deboli, perché ancora non può caratterizzarsi come una vera e propria cittadinanza, dove i cittadini detti europei si sentono più vicini uno dell'altro.

Di fronte a tanti problemi giuridico-politico-sociali dell'istituto della cittadinanza europea, potremo dire che questa si sta costruendo gradualmente nella coscienza di ogni popolo e nel cuore di ogni individuo europeo e che oggi è considerata soltanto in suo ruolo simbolico.

### **Referenze Bibliografiche**

AZZENA, Luisa. **L'integrazione Attraverso I Diritti: Dal Cittadino Italiano Al Cittadino Europeo.** Ed. G.Giappichelli Editore - Torino, 1998.

CONDINANZI, Massimo, LANG, Alessandra e NASCIMBENE, Bruno, **Cittadinanza dell'Unione e libera circolazione delle persona.** Giuffrè Editore, S.p.A. Milano, 2003.

COSTA, Pietro. **Cittadinanza,** Editrice Gius. Laterza & Figli, Roma - Bari, 2005.

DAL RI, Arno. A Cidadania na União Européia e a livre circulação de pessoas. In: DAL RI, Arno e OLIVEIRA, Odete Maria de. **Cidadania e Nacionalidade: efeitos e perspectivas nacionais, regionais, globais.** Ed. Unijui, 2002.

DEVOTO, Giacomo, OLI, Gian Carlo. **Il Dizionario della Lingua Italiana.** Editrice Le Monnier, Firenze, ed. 2002-2003.

FERRARI, Giuseppe Franco (a cura di), **I diritti fondamentali dopo la carta di Nizza**, CEDAM, Padova, 2001.

**Gazzetta Ufficiale** n. L 158, 30/04/2004.

\_\_\_\_\_ n. L 329, 30/12/1993.

HERBIG, Barbara Fuchs Lola. **Il principio di sussidiarietà nel diritto CE dopo Maastricht**. In: Rivista di Diritto Comunitario e degli scambi internazionali, 1994.

LIPPOLIS, Vincenzo. **La Cittadinanza Europea**. Ed. Mulino, Bologna, 1994.

MUNARI, Francesca Menegazzi. **Cittadinanza europea: una promessa da mantenere**. G. Giappichelli Editore, Torino, 1996.

NASCIMBENE, Bruno. **Profili della cittadinanza dell'Unione Europea**. In: Rivista Internazionale di Diritto dell'Uomo, 1995.

OLIVEIRA, Odete Maria de. **A Era da Globalização e a Emergente Cidadania Mundial**. In: DAL RI, Arno e OLIVEIRA, Maria Odete de. Cidadania e Nacionalidade: efeitos e perspectivas nacionais, regionais, globais. Ed. Unijuí, 2002.

PICCHIO FORLATTI, Laura. **A Cidadania Plúrima como reflexo da competição entre Sistemas-Estados: a Experiência Européia**. In: DAL RI, Arno e OLIVEIRA, Maria Odete de. Cidadania e Nacionalidade: efeitos e perspectivas nacionais, regionais, globais. Ed. Unijuí, 2002.

PRICOLO, Bernardete. **Nazionalità, cittadinanza e diritti umani. La molteplicità dei dèmoi**. Pubblicazioni Centro Studi per la Pace, 2003.

TRIGGIANI, Ennio. **La cittadinanza europea per la “utopia” sovranazionale**.

IL PROFILO DELLA CITTADINANZA EUROPEA

In: Studi sull'integrazione europea (Riv. Quadrimestrale - n.3/2006). Cacucci Editore, Bari, 2007.

## O FEDERALISMO E A ESFERA INTERNACIONAL

Fernanda Vieira Kotzias\*

Revista Ius Gentium 2(1): 69-96 [2009]

### Resumo

O presente artigo visa analisar o federalismo enquanto modelo de organização político-administrativa no tocante à divisão de competências, focando na questão internacional. A partir disso, busca-se propor a atualização do federalismo clássico, visto que o modelo proposto não mais se mostra eficiente, deixando lacunas que prejudicam a democracia. Dessa forma, propõe-se um federalismo moderno, que responda às exigências de um mundo globalizado e que dê mais autonomia para que as unidades subnacionais de cada Estado possam atuar externamente em busca da satisfação de seus interesses, sem que isso signifique uma corrosão da soberania estatal.

**Palavras Chave:** Federalismo, Globalização, Estados subnacionais, Política Externa, Direito Internacional, Paradiplomacia.

### Abstract

The present study aims to analyze the federalism as a political and administrative model, focusing on the international issue. The importance of this subject lies on the fact that the traditional model of federalism, based on centralization of subject areas such as external politics with the central government, is no longer an efficient form of ensuring democracy or responding to local needs. Following this idea, the objective of this study is to present a modern federalism, ready to face globalization, in which subnational governments have an active performance in the international arena, looking for the satisfaction of their interests, without undermining the state sovereignty.

**Keywords:** Federalism, Globalization, Subnational governments, International Politics, International Law, Paradiplomacy.

---

\* Mestranda em Direito, na área de Relações Internacionais, pela Universidade Federal de Santa Catarina. Bacharel em Relações Internacionais pela Universidade do Sul de Santa Catarina. Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina.

## **Introdução**

A globalização é um fenômeno intenso, e que cada dia se torna ainda mais inevitável ser abordado. Isso porque ela se faz presente em diversas esferas, e mesmo sem querer, toma partido na realidade de todos.

Partindo de uma definição simples, que globalização signifique uma dinamização dos Estados-nação a partir de fenômenos marcantes como o fortalecimento do sistema capitalista, das relações de poder, da porosidade das fronteiras, de uma maior dependência entre Estados e indivíduos, percebe-se que todos os modelos de organização social implementados antes desse paradigma, foram forçados a sofrer atualizações, ou ao menos, adaptações.<sup>1</sup>

Com o federalismo não foi diferente. Mesmo sendo um dos modelos político-administrativos mais consagrados do mundo, que comportam diferentes Estados, com diferentes situações, e principalmente, com diversas heterogeneidades, o modelo clássico passou a enfrentar sérios problemas com o advento do mundo globalizado.

Dessa forma, o presente artigo procurou trazer o federalismo, algumas de suas principais características, e sua história, para que a partir disso, se possa trazer à baila as atualizações que o sistema carece, principalmente no tocante a garantia de igualdade entre as esferas subnacionais, e na satisfação de suas necessidades.

Para isso, deu-se destaque para a questão das competências de política externa, introduzindo-se a perspectiva de atuação internacional em uma governança de múltiplas camadas, ou seja, que a competência fosse estendida para

---

<sup>1</sup> VIGEVANI, Túlio et al (Org.). **A dimensão subnacional e as relações internacionais**. São Paulo: EDUC, 2004. p. 8.



as diversas esferas de poder, a fim de que a União fosse desonerada, e que cada representante local pudesse ir ao exterior pleitear seus interesses.

Entende-se que tal modelo constituiria um novo federalismo, o chamado federalismo moderno, que deixa de lado a competição entre as unidades da federação e institui a cooperação, dando espaço para que a democracia se fortaleça e para que as necessidades locais sejam atendidas de forma eficiente.

A partir dessa exposição, trazem-se exemplos práticos de Estados que já efetuaram mudanças desse tipo, institucionalizando esse tipo de estrutura e permitindo constitucionalmente que suas esferas subnacionais sejam atuantes no cenário internacional, sem que isso tivesse implicado na unidade nacional ou na corrosão de suas soberanias.

Por último, aborda-se o caso brasileiro, as perspectivas de uma mudança e os projetos de lei em andamento, visto que diferentemente dos Estados citados acima, o Brasil encontra-se em uma situação particular, havendo um paradoxo entre a prática – com unidades subnacionais ativas e com resultados estimulantes – e a teoria, com uma constituição centralizadora e que atravanca progressos nesse sentido.

## **1. O Sistema Federalista**

O federalismo é uma das concepções mais importantes para a organização político-administrativa do Estado moderno, e pode ser concebida como uma corrente ideológica que preconiza a federação ou união de estados ou unidades políticas autônomas, formando um sistema nacional comum, em contraposição à idéia de um poder unitário ou centralista, considerado propenso ao despotismo.

Diante dessa estrutura política, cabe à União um papel complexo: integrar os estados ou territórios federados, de forma a coexistirem de forma harmoniosa e

preservando algumas esferas de decisão autônomas. Entretanto, a tarefa se torna ainda mais delicada, visto que enquanto o poder das esferas federadas é autônomo para algumas questões, para outras esse poder de decisão e de ação são compartilhadas com a própria União, momento em que a última exerce função supra-ordenadora.

Cabe fazer uma pequena ressalva quanto os conceitos relacionados à confederação. Há que se diferenciar federação de confederação, visto que a primeira dá autonomia aos Estados-parte, ou seja, poder e ação para gerir alguns assuntos de interesse próprio, enquanto a última ultrapassa a autonomia, conferindo aos seus membros independência, ou seja, gozam de liberdade de decisão e de ação em proporções muito maiores que as previstas pelo federalismo, não sendo subordinados a um ente central que as controla, mas que, de maneira geral, as coordena.

Com relação entre as diferenças presentes entre o Estado federativo e o unitário, pode-se resumi-las na idéia de que enquanto no Estado unitário ou centralista todos os poderes emanam de um único centro de decisão, e as decisões dos centros periféricos são na verdade delegações do poder unitário, nos estados federativos existe entre o poder central e os Estados federados existe uma verdadeira distribuição de competências, descentralizando diversas questões do poder da União.

Entre as vantagens que o modelo federalista apresenta está a garantia de estabilidade e legitimidade política no campo das relações de organização e distribuição de poder, de forma democrática, principalmente nos Estados que apresentam grandes dimensões, e/ou grande heterogeneidade cultural, de forma a reconhecer as diferenças e promover objetivos de convivência comum, enfatizando necessidades específicas de cada unidade. Esse entendimento leva

muitos autores a afirmar que “o federalismo contém a fórmula que assegura a coexistência da unidade na diversidade.”<sup>2</sup>

### 1.1 Histórico

Para aprofundar o tema, faz-se indispensável tratar, mesmo que de forma breve, as origens do federalismo, de forma a resgatar alguns momentos históricos decisivos e a salientar pontos que virão a explicar um pouco mais sobre esse complexo modelo de organização político-administrativa.

Atribui-se o nascimento do federalismo à Constituição dos Estados Unidos da América de 1787. Entretanto, mesmo que de forma embrionária, pode-se falar de federalismo na Antiguidade, visto que foram encontradas em diversos povos antigos organizações políticas que se delineavam como ligas temporárias, enquanto outras formavam verdadeiras confederações de Cidades-Estado.

Dentre todas cabe destacar a Grécia, através da “*Amphyctionia*”, que era uma liga composta pelos doze povos principais da raça grega, e que pode ser invocada como uma das origens históricas – mesmo que rudimentar - das uniões federativas do Estado moderno.<sup>3</sup>

Tal associação era uma liga política de cunho essencialmente religioso e que, através de um conselho formado por representantes de todas as Cidades-Estado, o “*Conselho dos Amphyctiões*”, e que tinham como principal função proteger os tesouros do templo de Delphos, guardar suas tradições e defender seu oráculo. Para tanto, decisões políticas eram tomadas, visto que o patrimônio religioso era comum de todos os povos gregos, e nesse sentido, cabia a eles dividir

---

<sup>2</sup> ABRUCIO, Fernando; COSTA, Valeriano. **Reforma do Estado e o contexto federativo brasileiro**. São Paulo: Konrad Adenauer, 1998, p. 87.

<sup>3</sup> CAVALCANTI, Amaro. **Regimen Federativo**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1900. p.17. Disponível em <[http://bdjur.stj.gov.br/jspui/bitstream/2011/21888/2/Regimen\\_federativo\\_republica.pdf](http://bdjur.stj.gov.br/jspui/bitstream/2011/21888/2/Regimen_federativo_republica.pdf)>. Acesso 13 ago 2009. Apesar da liga grega ser a mais consagrada entre os autores, há que citar também formações posteriores, como a Liga Lombarda, associação medieval de grande importância.

competências na administração e proteção dos mesmos. Ademais, outros assuntos comuns eram tratados, mantendo-se o compromisso de observar certos princípios de direito inter-tribal.<sup>4</sup>

Passando então para a história moderna, relaciona-se o aparecimento do federalismo com uma mudança das formas confederadas de organização para modelos mais centralizadores. Nesse sentido, atribui-se a principal origem do sistema federativo aos Estados Unidos, que através da constituição americana de 1787, buscou lançar as bases para a consolidação de um Estado centralizador a partir de Estados já formados pela confederação de 1781.<sup>5</sup>

Através da Revolução norte-americana do séc. XVIII, as treze colônias vitoriosas sobre o domínio inglês, inicialmente unidas em confederação, conforme estabelecido no documento chamado Artigos de Confederação, de 1777, mostravam-se frágeis neste tipo de união, tanto por serem independentes umas das outras a ponto de não formarem laços estreitos, quanto pelo fato de que a Confederação era impedida de cobrar impostos, fazendo dela uma união descapitalizada, evitando que muitas ações fossem realizadas.

Uma das frases eternizadas de George Washington a respeito do tema foi que a "Confederação não passa de uma sombra sem substância, e o Congresso, de um órgão inútil". E visto que a situação mostrava-se insustentável, os representantes dos Estados Confederados reuniram-se para rever os Artigos de Confederação e buscar uma solução para o impasse durante a Convenção de Filadélfia, que ficou conhecida como Convenção Constitucional.<sup>6</sup>

---

<sup>4</sup> Ibid. p.18.

<sup>5</sup> PRAZERES, Tatiana. **Por uma atuação constitucionalmente viável das unidades federadas brasileiras**. In: VIGEVANI, Túlio et al (Org.). A dimensão subnacional e as relações internacionais. São Paulo: EDUC, 2004. p.163.

<sup>6</sup> HORTA, Raul Machado. **O Federalismo no Direito Constitucional Contemporâneo**. Revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais. n.4 ano XIX. 2001.

Apesar da Constituição americana representar a primeira manifestação do federalismo moderno, cabe ainda destacar a importância do modelo federalista alemão da Lei Fundamental de 1949, que lança raízes na Constituição de Weimar de 1919, renovando os fundamentos do federalismo, e afastando-se do modelo norte-americano.<sup>7</sup>

A grande diferença foi conceber uma nova repartição de competências, ultrapassando a repartição dual norte-americana, introduzindo no mecanismo federal a repartição mista da legislação concorrente, ampliando a atividade legislativa dos Estado-Membros, os *Länder*.

No que tange o histórico brasileiro, José Alexandre Pereira Lopes diz que no Brasil, devido às suas dimensões e diversidades, o conflito entre o centro e a periferia do poder constitui uma constante na história política do país desde a Independência.<sup>8</sup>

O federalismo no Brasil foi instituído com a Constituição de 1891, e ainda hoje carrega consigo alguns problemas já observados naquela época, como é o caso da disparidade de poder, tanto político quanto econômico, entre as unidades federadas, o que sempre gerou conflitos e revoltas de membros da sociedade que se dizem não ser devidamente representados, o que soa como um vício à democracia.<sup>9</sup>

A despeito da instituição do federalismo, a sociedade brasileira passou por dois momentos críticos, que deixaram de lado a autonomia dos Estados subnacionais e os poderes regionais. O primeiro foi durante o Estado Novo, quando Getúlio Vargas aboliu o federalismo, impedindo também qualquer tipo de manobra dos governos subordinados, o que perdurou até a sua queda, em 1945.

---

<sup>7</sup> Ibid.

<sup>8</sup> PEREIRA, José Alexandre. **Diplomacia federativa**: o escritório de representação do Itamaraty na cidade de São Paulo, motivações e perspectivas. São Paulo: PUC, 2004. p.146

<sup>9</sup> PEREIRA, op. cit. p.145

Sendo em seguida promulgada a constituição de 1946, reafirmando o pacto federalista e sua importância nas diretrizes políticas do país.<sup>10</sup>

O segundo momento ocorreu no decurso da ditadura militar de 1964, que apesar de oralmente manter o regime federalista, por caracterizar-se como um regime autoritário e centralizador, estabeleceu parâmetros de clara dominação da esfera federal sobre a estadual, situação que só foi alterada com a eleição de Tancredo Neves para presidência e com o término do regime, em 1984. Esse fato que precedeu a Carta Constitucional de 1988, estabeleceu as diretrizes do regime democrático federalista vigente atualmente.<sup>11</sup>

Atualmente, um dos desafios do Brasil como um Estado federalista, continua sendo o combate às grandes disparidades regionais e à predominância de alguns Estados – leia-se, sobretudo, São Paulo -, por levar ao direcionamento significativo de recursos para determinadas áreas e regiões, acarretando em disputas quase que predatórias entre regiões, predominando a competição sobre a cooperação.<sup>12</sup>

Outro problema que também contribui para esse quadro é a forma como o aparato legal brasileiro distribui as competências entre os entes federados. Muitas questões estão alocadas exclusivamente nas mãos da União, que pela velocidade e excesso de demanda dos Estados, não consegue atender de forma adequada as necessidades das diversas divisões.

## **2. A questão internacional**

A questão internacional que aqui se pretende tratar diz respeito à competência dos entes federados em atuar externamente, bem como os principais

---

<sup>10</sup> PRAZERES, op. cit. p. 134

<sup>11</sup> Ibid.

<sup>12</sup> PEREIRA, op. cit., p. 146.

argumentos utilizados tanto no sentido de consentimento, quanto no sentido de proibição.

Dentro da visão internacional clássica, trazida por Triepel, por exemplo, apenas os Estados-nação unificados e organizados poderiam ser sujeitos de Direito Internacional, e por esta razão, seriam os únicos legitimados a atuar internacionalmente.<sup>13</sup>

Com o passar do tempo, e principalmente com o advento da globalização, outros atores além dos Estados começaram a surgir no cenário internacional, como foi o caso das Organizações Internacionais que tiveram suas ações legitimadas a partir de 1949, com o parecer do Tribunal Internacional de Justiça.

Atualmente, há uma grande divergência da doutrina sobre os atores internacionais, sendo que os estudiosos das relações internacionais têm um entendimento mais extensivo sobre os mesmos do que os juristas. Entretanto, uma conclusão comum é que apesar da grande maioria dos documentos positivados restringirem a atividade de muitas instituições, a prática revela que o sistema internacional conta com centenas de interações dos mais diversos tipos.<sup>14</sup>

Com relação ao federalismo dentro dessa questão, cabe ressaltar que no federalismo clássico, ainda apresentado em muitos países, a competência para atuação externa é exclusiva do ente central, que pelo fato de ser o único detentor

---

<sup>13</sup> Ver TRIEPEL, Karl Heinrich. **As relações entre o direito interno e o direito internacional**. Revista da faculdade de direito. Belo Horizonte. Ano XVII, n. 6, pp. 07-64, out/1966.

<sup>14</sup> Nesse sentido cabe ressaltar a Teoria da Interdependência desenvolvida pelos autores Robert Keohane e Joseph Nye, e que tem como seu maior expoente brasileiro a Prof. Dr. Odete Maria de Oliveira, que expõe que a globalização criou uma nova realidade, abrangendo novos atores, tais quais instituições públicas e privadas, empresas transnacionais, Estados federados, Organizações Internacionais, blocos regionais e em alguns casos até indivíduos. Todo esse novo contexto deriva de uma interdependência entre os setores da sociedade, na qual as fronteiras deixam de ser barreiras, e há uma complexa teia de relações e cooperação. Ver OLIVEIRA, Odete Maria de; DAL RI JUNIOR, Arno. **Relações Internacionais: Interdependência e Sociedade Global**. Ijuí: Unijuí, 2003.

da soberania, e pela mesma ser indivisível<sup>15</sup>, não poderia ser delegada às unidades federadas.

Um exemplo de Estado que continua com a centralização de diversas competências, entre elas a exclusividade em matéria de política externa é o Brasil, o que representa em muitos casos um problema para os estados subnacionais representados pela União, como ressalta Tatiana Prazeres:

O caráter centralizador da federação brasileira fez-se sentir também em matéria de condução de política externa. Neste particular, todas as constituições brasileiras, desde a adoção do federalismo, seguiram o mesmo padrão, atribuindo exclusivamente ao presidente da República o poder da celebração de compromissos internacionais. [...] perfazem-se mais de cem anos de tradição centralizadora quanto à representação externa do país.<sup>16</sup>

Entretanto, autores mais conservadores como Hidelbrando Accioly, afirmam que “o Estado federal ou federação é uma união permanente de dois ou mais Estados, na qual cada um destes conserva apenas a autonomia interna e transfere a soberania externa a um organismo central”. Continua sua fundamentação argumentando que: “O que caracteriza a federação é que todos os seus membros se subordinam a um governo central, plenamente soberano, na esfera de suas atribuições, entre as quais se compreende, principalmente, a de representar o conjunto, nas relações internacionais”. E fecha sua posição quando afirma que “a personalidade externa de cada um de seus membros desaparece

---

<sup>15</sup> A soberania enquanto indivisível é conceito desenvolvido por Bodin, que apesar de ser contratualista e tratar de filosofia política, influenciou profundamente doutrinadores de Direito Internacional da época, sendo lembrado e muitas vezes utilizado até os dias atuais. Em sua obra *Les Six Livres de La Republique*, do século XVI, afirma ser a soberania o “poder perpétuo e absoluto do Estado”, de forma a não admitir outros atores que venham a exercer atividades dentro do âmbito de competência estatal.

<sup>16</sup> PRAZERES, op. cit., p.295.



inteiramente na pessoa do Estado federal. Só a este compete fazer a guerra ou a paz, celebrar tratados internacionais, acreditar e receber agentes diplomáticos”.<sup>17</sup>

O que se observa, é que há certo receio da maioria dos Estados em se libertar de um modelo federalista tradicional para adotar traços mais modernos, que realmente sejam condizentes com o federalismo exigido na prática atual. Entre as justificativas para tal posição conservadora, destaca-se o medo de que a concessão de soberania possa levar ao desaparecimento do Estado ou de uma descaracterização de seu *status*.

Nesse mister, faz-se necessário trazer as idéias do professor Brigid Gavin, que vê o federalismo como uma idéia relativamente antiga, que provou ser um modelo de grande utilidade para a organização política de países com grandes diversidades, como é o caso dos Estados Unidos, da Índia, do Canadá e da África do Sul.<sup>18</sup>

Entretanto, Gavin traz também o conceito de um federalismo moderno, que pressupõe um modelo de governança com múltiplas camadas, incluindo a divisão de poderes entre diferentes atores políticos, de forma diversa e subsidiária, dentro de limites a serem impostos por lei.<sup>19</sup>

Esse sistema descentralizado, baseado no princípio da subsidiariedade, é um modelo eficiente de alocação de tarefas entre diversos atores, que passam a operar simultaneamente na arena política global, sendo essa alternativa a resposta

---

<sup>17</sup> ACCIOLY, Hidelbrando. **Tratado de Direito Internacional Público**. v. 1. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 89.

<sup>18</sup> GAVIN, Brigid. **Federalism and Global Governance**. In: DONNELLY, B. *The Future is Federal*. London: The Federal Trust, 2003. p.17.

<sup>19</sup> *“Modern federal thinking posits a model of multi-level governance that is universal in aspiration that can be applied on the basis of fundamental principles including power sharing between different political actors, subsidiarity, diversity and respect for the rule of law. These characteristics make it particularly interesting and useful model for analysis of the emerging system of multilevel governance that is gradually emerging in the global context today.”* (Tradução da autora)

mais eficiente para um mundo globalizado em que as decisões políticas tornam-se dia a dia mais complexas.

Outro argumento a favor do federalismo moderno diz respeito ao verdadeiro papel do federalismo. Resgatando um dos primeiros conceitos trazidos neste artigo, afirmou-se que o federalismo contrapunha-se “à idéia de um poder unitário ou centralista, considerado propenso ao despotismo”, e que buscava uma coexistência harmônica entre as diversas unidades federadas. Entretanto, a prática observada mostra que o federalismo é um modelo aplicado principalmente em Estados de grandes dimensões e heterogeneidades, ou seja, territórios onde há dificuldade para uma administração harmônica e que privilegie de uma mesma forma todas as unidades.

Diante dessa realidade, o que ocorre é que muitas vezes há privilégio de certos Estados subnacionais em detrimento de outros, o que causa certa competição entre as esferas em detrimento da esperada cooperação. Ademais, muitos Estados subnacionais acabam por ter um desenvolvimento inferior devido a esse esquecimento, o que dificulta seu gerenciamento tanto no aspecto financeiro, quanto no aspecto social e cultural.

Em face de tais questões, muitas unidades subnacionais optam por lançar-se internacionalmente em busca de parcerias e outros tipos de cooperação que visem suprir essas deficiências internas e a permitir um maior desenvolvimento e investimentos no território.

O que se busca mostrar a partir disso, é que dificilmente observa-se um Estado federalista em que suas unidades autônomas não tenham atividades internacionais, não só por se viver em um sistema globalizado e interdependente, quanto pelo fato de que as esferas locais necessitam cada vez mais de espaço e investimento para desenvolverem-se.

A questão controvertida é que na maioria dos casos, essas atividades internacionais contrariam as disposições constitucionais e a divisão de competências da federação, o que em outras palavras, significa que há certa inconstitucionalidade nesse tipo de iniciativa, o que causa insegurança jurídica aos que investem e se comprometem com essas unidades, e que impede atividades mais audaciosas e recorrentes dos entes federados, gerando prejuízos a todos os envolvidos.

Há que se ter em mente que um dos princípios defendidos pelo federalismo é a defesa da democracia, fazendo com que a União dedique-se às suas tarefas de forma igualitária e sempre visando satisfazer as necessidades locais de acordo com as suas competências. Diante disso, e contrastando que na prática tal tarefa parece impossível, tanto pelas disparidades regionais observadas dentro de países tão extensos quanto o Brasil, quanto pelo excesso de demanda dos entes federados.

Sendo assim, há de se fazer uma escolha: relativizar a soberania e permitir uma participação ativa dos Estados federados externamente, de forma que os mesmo possam sanar parte de seus problemas com cooperação e investimentos internacionais, ou reforçar o comprometimento e atendimento às unidades federadas de forma a realmente exercer a competência retida pela União.

Por fim, destaca-se a idéia trazida pelos italianos Nino Rason e Lucio Pegoraro quando afirmam que “o federalismo segue a democracia, e não a democracia o federalismo”, ou seja, os fins do sistema federalista é que devem ser preservados, e não sua estrutura quando não mais se mostra eficiente, o que legitimaria que novas formas da atuação fossem utilizadas para garantir o fim maior do Estado.<sup>20</sup>

---

<sup>20</sup> RASON, Nino Ilivietti; PEGORARO, Lucio (Orgs). *Esperienze Federali Contemporanee. Quaderni Giuridici del Dipartimento di Scienze politiche dell'Università degli studi di Trieste*. n.2 Padova: CEDAM, 1996. p. XIII

### 3. Casos institucionalizados

Passa-se então para a apresentação de alguns Estados que já revisaram seus modelos federalistas, adequando-os às novas necessidades e permitindo constitucionalmente essa multiplicidade de esferas de poder.

A denominação corrente utilizada para descrever as atividades externas de entes subnacionais é “paradiplomacia” – seja essa atividade institucionalizada ou não - que seria justamente uma forma de diplomacia paralela ou complementar à diplomacia tradicional, de competência da União.

Panayotis Soldatos, um dos estudiosos de destaque na área, aponta a paradiplomacia com tendo a função de integração e de cooperação, na qual a racionalização da política externa realizada por uma soma de esforços entre o Governo federal e as unidades subnacionais poderia produzir resultados interessantes e positivos para a diplomacia nacional, no sentido em que essa autonomia iria contribuir para o alcance de objetivos mais concretos em termos de política externa, maiores avanços nas negociações e maior satisfação dos interesses regionais, por exemplo.<sup>21</sup>

Nessa linha, Soldatos busca propor uma descentralização da política externa, na qual o Governo central coordenaria a ação externa de suas unidades, de forma a garantir uma harmonia entre todos os Estados subnacionais e dos mesmos com a política nacional para o plano externo.<sup>22</sup>

Entre as vantagens que esse tipo de atuação traria, o autor destaca a maior facilidade e efetividade da promoção dos interesses das unidades subnacionais externamente; uma maior interação de esforços entre os entes federados, com uma

---

<sup>21</sup> MICHELMANN, Hans e SOLDATOS, Panayotis. **Federalism ans Internacional Relations: the role of subnational units.** Oxford: Clarendon Press, 1990. p. 220.

<sup>22</sup> Ibid. p. 301.

redução de custos; e a complementaridade das ações realizadas. Entretanto, Soldatos também cita alguns empecilhos para a efetivação dessas vantagens, uma vez que o Governo central colocaria limitações a esse sistema de cooperação, ora para assegurar sua soberania e a unidade do interesse nacional, ora para garantir o monopólio da condução da política externa, além de dificuldades advindas da harmonização dos interesses conflitantes entre as regiões, ou da descentralização e segmentação de políticas públicas.<sup>23</sup>

Entre os casos mais conhecidos de paradiplomacia institucionalizada estão o da Alemanha, da Argentina, do Canadá e da Suíça, que serão abordados um a um, no intuito de demonstrar a real possibilidade de um federalismo moderno, com unidades subnacionais atuantes na esfera internacional, sem que isso cause uma diminuição do *status* de Estado soberano ao ente central.

### 3.1 Alemanha

A matéria referente às relações internacionais dos entes subnacionais está prevista no artigo 32 da Constituição alemã que diz ser de responsabilidade da federação as relações com os governos estrangeiros, entretanto, as outras alíneas, afirmam a obrigatoriedade do Estado federal em consultar suas unidades, os *Länder*, sempre que a matéria tratada venha a afetar questões de sua competência, fora a própria possibilidade de conclusão de tratados internacionais pelas subunidades.<sup>24</sup>

Em outras palavras, a Alemanha garante a participação na esfera constitucional dos *Länder* para a formulação da política externa do país,

---

<sup>23</sup> Ibid p.303.

<sup>24</sup> “**Article 32:** (1) Relation with foreign states is the concern of the Federation. (2) Before the conclusion of a treaty affecting the special interests of a Land, this Land must be consulted in sufficient time. (3) Insofar as the Länder have power to legislate, they may, with the consent of the Federal Government, conclude treaties with foreign states.” (tradução da autora). Ver GERMANY. Constitution (1949). **Federal Republic of Germany Constitution**. 1949. Disponível em: <<http://www.bundesregierung.de/Webs/Breg/EN/Federal-Government/federal-government.html>>. Acesso em: 13 set. 2008.

estabelecendo que para assuntos de interesse nacional, cabe à Federação decidir, mas para os casos relativos às jurisdições dessas unidades subnacionais, o governo federal é aconselhado a consultá-los antes de assumir compromissos internacionais. Segundo Michelmann<sup>25</sup>, essa consulta vem sendo realizada na prática, visto que as unidades têm papel fundamental na implementação de políticas ligadas aos compromissos assumidos.<sup>26</sup>

De acordo com Prazeres, o comentar sobre a Alemanha e a Convenção de Lindau – a qual consolidou a participação dos *Länder* na política externa alemã, indica que:

A Alemanha, através da referida convenção, apresenta alto grau de sofisticação nas relações infrafederais em matéria de formulação de política externa, contribuindo para a democratização dessa esfera da vida política, sem que com isso afete sua própria unidade na atuação internacional. A institucionalização de procedimento vista na Alemanha não se encontra precedentes em outros Estados federais, e certamente pode servir como referencial às respostas das demandas de unidades federadas de outros países no que se refere à atuação externa.<sup>27</sup>

### 3.2 Argentina

A Argentina, vizinho importante e de bom exemplo ao caso brasileiro<sup>28</sup>, só passou a reconhecer a atuação internacional de suas províncias a partir da reforma constitucional de 1994, quando contemplou entre as competências provinciais, a possibilidade de celebração de tratados internacionais, de acordo com o artigo 124, estabelecendo que os mesmos só poderão ser realizados quando

---

<sup>25</sup> MICHELMANN, op. cit., p. 220.

<sup>26</sup> Vale ressaltar que dentro da Alemanha existe o caso da Baviera, que destoando da postura dos outros *Länder*, possui até representações diplomáticas que seguem orientações independentes das do Ministério do Exterior de Berlim. (KUGELMAS, K; BRANCO, S. **Os governos subnacionais e a nova realidade do federalismo**. In: WANDERLEY, L.; VIGEVANI, T. (Orgs.). *Governos subnacionais e sociedade civil*. 2005, p.171).

<sup>27</sup> PRAZERES, op. cit., p. 292.

<sup>28</sup> A afirmação de que a Argentina serviria de exemplo ao Brasil, deve-se basicamente a dois fatores: a primeiro é a proximidade geográfica e o relacionamento próximo dos dois países, e em segundo lugar, ao fato da reforma constitucional argentina ser recente, o que permitiria ao Brasil espelhar-se nisso para modernizar seu ordenamento jurídico.

não estiverem em desacordo com a política exterior da nação e não afetem as faculdades delegadas ao governo federal ou o crédito público da nação, sendo necessário o conhecimento prévio do Congresso Nacional.<sup>29</sup>

Na verdade, durante o início da década de 90, alguns acontecimentos acabaram por conduzir a reforma constitucional, como o processo de descentralização que transferiu a administração dos portos nacionais para as províncias através do Decreto 906/91, bem como a rede ferroviária (Decretos 532/92 e 1168/92). O que significou que as províncias passaram a ter sob controle e a seu favor, ferramentas caras, antes sob controle exclusivo da federação.<sup>30</sup>

Para a professora argentina Graciela Zubelzu, tanto a reforma constitucional, quanto os decretos citados anteriormente têm seu impacto ainda visível nos dias atuais, primeiro pelo fato de que algumas das transferências de ferramentas para a administração das províncias ainda estão sendo implementadas, e em segundo lugar, visto as constantes discussões sobre o artigo 124, no que trata do “conhecimento prévio do Congresso Nacional”.<sup>31</sup>

Outro fato a se ressaltar é a variação de como é executada a ação internacional nas diferentes províncias, como no caso de Mendoza, onde a tarefa é descentralizada em diferentes ministérios e agências, podendo até ser feita de maneira conjugada com a iniciativa privada. Já nas províncias de Salta e Chaco, a ação é centralizada nas secretarias, que atuam de forma a coordenar todas as atividades internacionais.<sup>32</sup>

### 3.3 *Canadá*

---

<sup>29</sup> PRAZERES, op. cit., p.290.

<sup>30</sup> ZUBELZU, Graciela. **The Argentinian provinces as sub-national actors in contemporary international relations**. Rosario: National University of Rosario, 2006. p. 2.

<sup>31</sup> Ibid. p.3.

<sup>32</sup> Ibid, **Provincias y Relaciones Internacionales**, Rosario: National University of Rosario, 2005. p. 46.

O Canadá deve ser o caso paradiplomático mais evidenciado de todos, uma vez que além de possuir exemplos incomuns, os poderes do nível provincial são muito extensos, o que faz com que a implementação de tratados internacionais exija um esforço cooperativo dos governos subnacionais. Além dos governos provinciais participarem ativamente das negociações internacionais, como no caso do Nafta, ou para a assinatura do Protocolo de Kyoto - no qual foi necessário realizar reuniões para a discussão e consentimento entre as províncias -, muitas delas possuem escritórios de representação no exterior.<sup>33</sup>

Um recente estudo desenvolvido no Canadá apontou que as províncias canadenses são consideradas as mais ativas em termos de atividade internacional de governos subnacionais do mundo. E de acordo com mais dados, as dez províncias canadenses gastam tanto em programas internacionais quanto os cinquenta estados americanos, mesmo tendo apenas um nono da população e um PIB catorze vezes menor.<sup>34</sup>

Para Petter, a importância da paradiplomacia consiste no fato das províncias terem diferentes interesses, conseqüentemente, isso pode fazer com que tal tipo de atuação internacional varie de matérias fiscais até interesses sociais e culturais, apesar de haver uma clara preponderância para atividades com fins econômicos. Mas de forma geral, é a ação paradiplomática que protege e avança a posição econômica das províncias, permitindo com que se tornem competitivas mundialmente, e as proporciona maior ímpeto político para seu engajamento internacional.<sup>35</sup>

Apesar dos diversos exemplos canadenses, vale ressaltar a posição de Quebec, visto que a província não só mantém vários escritórios fora do país, como

---

<sup>33</sup> KUGELMAS, op. cit., p. 170.

<sup>34</sup> PETTER. op. cit., p. 4.

<sup>35</sup> Ibid.



possui um Ministério de Relações Internacionais independente, com políticas próprias, que muitas vezes não observam as diretrizes da política externa nacional.

O governo canadense assume uma postura diferenciada quando se trata de Quebec como forma de tentar acomodar os sentimentos nacionalistas da província, e demonstrar que o governo central reconhece sua distinta identidade cultural. Para tanto, chegou a permitir que a província de Quebec nomeasse seu próprio representante para a delegação permanente do Canadá na UNESCO. Além de que em 1986, houve um maciço apoio para que Quebec ganhasse status de governo participante da Organização Internacional da Francofonia<sup>36</sup> (*La francophonie*).<sup>37</sup>

Dessa forma, percebe-se que a paradiplomacia no Canadá é utilizada como uma ferramenta de adaptação de todo o território à globalização e seus desafios, bem como uma forma de privilegiar questões específicas de cada província, dando a autonomia necessária para que Cada uma se desenvolva da forma mais conveniente.

### 3.4 Suíça

No exemplo suíço, verifica-se que de acordo com os artigos 54 e 55 de sua Constituição, a condução das relações externas é de competência federal, porém, o seu exercício deverá levar em consideração a vontade das unidades subnacionais, chamadas de cantões. Para isso, está expressa a participação dos mesmos na preparação das decisões de política externa que interajam de alguma forma com seus poderes e interesses essenciais, sendo informados e consultados

---

<sup>36</sup> A La Francophonie é uma organização internacional que reúne como membros os países de língua francófona. Conhecida pela sigla OIF (*Organisation Internationale de la Francophonie*), essa Organização possui cinquenta e cinco membros efetivos, além de trinta observadores, tendo todos em comum além da utilização do idioma oficial o francês, a presença marcante da cultura francesa dentro de seus territórios, seja pela imigração ou pela colonização e dominação no passado.

<sup>37</sup> PETER. op. cit., p.10.

nessas ocasiões, influenciando as decisões no que tange seus interesses e competências, e interagindo internacionalmente, sempre que possível.<sup>38</sup>

Além disso, os cantões têm suas ações externas reconhecidas constitucionalmente, podendo concluir tratados relativos às matérias de suas competências – segundo o que consta o artigo 56 da Constituição Federal suíça -, tendo como limitação apenas os interesses da federação e dos outros cantões, devendo assim comunicar previamente a federação.<sup>39</sup>

Entretanto, os acordos internacionais autônomos limitam-se às autoridades estrangeiras de hierarquia inferior, visto que nos demais casos, os contratos dos cantões com o estrangeiro devem passar pelo crivo federal.<sup>40</sup>

Baseado nos conceitos de Ivo Duchacek, Álvaro Castelo Branco acredita que a atividade paradiplomática na Suíça possui contornos fortes de uma paradiplomacia regional transfronteiriça, visto que a competência concedida aos cantões seria basicamente de celebrar contratos internacionais com outras unidades não centrais fronteiriças – ou seja, aquelas províncias ou estados que se encontram em zonas de fronteira nacional - localizadas em diferentes Estados.<sup>41</sup>

#### 4. Perspectiva brasileira

Em contraposição aos casos apresentados anteriormente, o caso brasileiro é problemático. A União centraliza todas as competências em matéria de política

---

<sup>38</sup> SWITZERLAND. Constitution (2000). **Swiss Confederation Constitution**. 2000. Disponível em: <<http://www.admin.ch/ch/e/rs/annot/linksswisslaw.html>>. Acesso em: 13 set. 2008.

<sup>39</sup> Ibid.

<sup>40</sup> “**Article 56: Relations between the Cantons and Foreign Countries.** (1) The cantons may conclude treaties with foreign countries within the domain relevant to their competencies. (2) These treaties may not be contrary to the law and interests of the Federation nor to the rights of other Cantons. Before concluding a treaty, the Cantons have to inform the Federation. (3) The Cantons may deal directly with subordinated foreign authorities; in other cases, the relations of the Cantons with foreign countries are conducted by the Federation.”(tradução da autora).

<sup>41</sup> BRANCO, Álvaro C. Castelo. **Paradiplomacia & entes não-centrais no cenário internacional**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 74.

externa, não admitindo aqueles tipos de delegação apresentados, ao passo que mesmo com esforços, não tem condições de atender satisfatoriamente aos interesses específicos de todos os Estados federados.

Por outro lado, as unidades subnacionais não obedecem às restrições legais e mesmo de forma inconstitucional, enviam representantes ao exterior para defesa e promoção de seus interesses.

De acordo com Rodrigues, a principal motivação para o engajamento dos governos subnacionais no cenário internacional ainda é econômica, uma vez que o principal desafio do federalismo brasileiro é a grande desigualdade socioeconômica das regiões. Ademais, segundo o autor, o endividamento público e a guerra fiscal enfrentada pelos entes federados, obrigam-lhes a disputar investimentos estrangeiros, como forma de superar sérios problemas internos.<sup>42</sup>

Em termos de avanços das ações internacionais dos governos subnacionais no Brasil nas últimas décadas, cabe citar que diferentemente do início, quando a paradiplomacia resumia-se a poucas cidades e principalmente às grandes metrópoles – por serem as únicas com reais condições de atuação independente e politicamente viável -, hoje ela é ativa em todas as regiões, sendo realizada das mais diferentes maneiras, e por distintas unidades federadas, como Estados e Municípios.<sup>43</sup>

Com relação à posição do Itamaraty, tem sido de tentar se adequar a realidade brasileira, todavia, não para legitimar a ação autônoma dos Estados subnacionais, mas sim, para através de seus escritórios de representação, melhor adaptar os interesses dessas unidades na formulação da política externa e

---

<sup>42</sup> BRANCO, op.cit., p. 121.

<sup>43</sup> SILVA, op. cit., p. 32.

coordenar qualquer tipo de iniciativa no campo internacional, uma vez que continua sendo contrário à atuação direta das unidades federadas.<sup>44</sup>

De acordo com o professor Clóvis Brigagão, 70% dos Estados brasileiros possuem relações internacionais diretas, sendo o Sudeste o mais articulado, com 26% das atuações, seguido pelo Sul e Centro-Oeste, ambos com 25%; Nordeste com 17% e Norte com 7%.<sup>45</sup>

Entretanto, apesar da ação paradiplomática estar presente em todas as regiões, observa-se que os enfoques são diferentes. A região Centro-Oeste dá prioridade ao escoamento da sua produção agropecuária, investindo no comércio exterior, enquanto as regiões Sul e Sudeste “buscam estruturas mais complexas e abrangentes”, que além do comércio exterior envolvem financiamentos, acordos, irmanamentos<sup>46</sup>, análises de conjuntura política, entre outras formas de interação internacional.<sup>47</sup>

Já na região Nordeste, o destaque se dá para os Estados do Ceará, e em menor escala, da Bahia, que vem demonstrando êxito em suas variadas ações, enquanto os outros Estados centralizam sua pauta quase que exclusivamente no comércio exterior.<sup>48</sup>

---

<sup>44</sup> KOTZIAS, Fernanda. Paradiplomacia: análise das ações internacionais de governos subnacionais. In: MENEZES, Wagner; LACOMINI, Vanessa (orgs.). **Direito Internacional: análises e reflexões**. Curitiba: Íthala, 2008. p. 170.

<sup>45</sup> BRIGAGÃO, Clóvis. Relações Internacionais Federativas no Brasil: Estados e Municípios. Rio de Janeiro: Gramma, 2005. p. 43.

<sup>46</sup> Esse tipo de cooperação, chamado de irmanamento ou gemulação, pode ser entendido como um desejo comum de ampliar e desenvolver uma cooperação fraterna, baseada nos princípios da igualdade e benefício mútuo, promovendo uma troca amigável e contatos comerciais entre seus respectivos povos. O ato de tornar duas cidades em cidades-irmãs é chamado de irmanamento, e é feito através de um protocolo de cooperação, que além das matérias citadas pode envolver ainda a cooperação nos campos da ciência e tecnologia, esportes, cultura, saúde pública e educação.

<sup>47</sup> BRIGAGÃO, op.cit., p.45.

<sup>48</sup> Ibid.

A região Norte, por sua vez, possui poucos Estados articulados internacionalmente, tendo em comum o interesse pelas questões fronteiriças e a integração sub-regional, como é o caso do Amazonas, Acre e Amapá.<sup>49</sup>

#### *4.1 Tentativas de Institucionalização*

Com a exposição da situação brasileira feita anteriormente, fica evidente que apesar do federalismo ter avançado no país desde a Constituição de 1988, não houve atenção suficiente aos aspectos normativos referentes às relações internacionais.

Nesse sentido são as palavras de José Flávio Sombra Saraiva quando afirma que “o Brasil é um exemplo extraordinário de descompasso entre os aspectos formais e reais, no que tange à dimensão da ação externa dos entes federativos. Há quase um abismo entre palavras e gestos”.<sup>50</sup>

Percebe-se que apesar do importante papel da paradiplomacia, e de sua larga utilização na prática, os governos brasileiros ainda não foram legitimados legalmente a agir, havendo a necessidade latente de regulamentação. Ademais, é através de leis que se poderá impor aos governos federados limites em sua atuação e definir até onde seria certo que a União respondesse por eles, o que seria benéfico para ambos os lados.

Gilberto Rodrigues explica que:

Existe pouca dúvida quanto à legitimidade dos governos nacionais em ter sua política externa, desde que ela não prejudique e não contrarie no essencial a política externa do Estado-nação, o que pode ser assegurado mediante instâncias intergovernamentais de diálogo e

---

<sup>49</sup> Ibid.

<sup>50</sup> SARAIVA, José Flávia Sombra. **A busca de um novo paradigma: política exterior, comércio externo e federalismo no Brasil**. Revista Brasileira de Política Internacional, 2004. n. 47. p. 133.

cooperação ou, em último grau, pelo controle de constitucionalidade do Judiciário.<sup>51</sup>

Partindo para a discussão do que já vem sendo percebido na prática com o intuito de solucionar o paradoxo existente, sabe-se que já foram apresentados dois projetos de institucionalização das ações internacionais dos entes subnacionais. A primeira tentativa, feita em 2005 pelo Deputado Federal André Costa, e a segunda, apresentada pelo Senado em 2006.

A Proposta de Emenda Constitucional (PEC) nº 475, feita pelo Deputado André Costa e outros colegas, também chamada de “PEC da Paradiplomacia” tinha por intuito acrescentar um segundo parágrafo ao art. 23 da Constituição Federal, que seria: “Estados, Distrito Federal e Municípios, no âmbito de suas respectivas competências, poderão promover atos e celebrar acordos ou convênios com entes de subnacionais estrangeiros, mediante prévia autorização da União, observando o art. 49, e na forma da lei”.

Como resposta a essa proposta, o relator da decisão, Deputado Ney Lopes, optou pela sua inadmissibilidade, alegando que a mesma promoveria a subversão da ordem federativa ao restringir a autonomia estatal prevista pelo art. 18 da Constituição brasileira.

Já a segunda tentativa, que se encontra em tramitação no Senado Federal, é o Projeto de Lei do Senado nº 98 de 2006 (PLS 98), de autoria do Senador Antero Paes de Barros, que visa tratar sobre a aplicação de normas internacionais no Brasil e dá outras providências.<sup>52</sup>

---

<sup>51</sup> RODRIGUES, Gilberto. **Política Externa Federativa**: análise de ações internacionais de Estados e Municípios. São Paulo: PUC, 2004. p.22.

<sup>52</sup> O PLS 98, como é chamado o projeto, em 19/07/2006 teve o parecer favorável do Senador Artur Virgílio, na forma de substitutivo. Em dezembro de 2006, o projeto chegou às mãos da Comissão das Relações Exteriores e Defesa Nacional, e no dia 08/02/2007, o PSL 98 foi distribuído para relatoria do Senador Cristovam Buarque. A proposta legislativa é fruto do trabalho desenvolvido pelos professores Paulo Caliendo e Valério de Oliveira Mazzuoli, e tem como objetivo dispor sobre os tratados internacionais no Brasil, abrangendo questões relativas à integração, eficácia e aplicabilidade, bem como outras questões conexas.

Contudo, mesmo que essa proposta venha a significar uma modernização do aparato legislativo brasileiro no que tange à questão dos atos internacionais, Álvaro Chagas Castelo Branco é firme ao defender que:

Apesar de suprir uma lacuna centenária na legislação brasileira, por disciplinar os aspectos principais da internalização dos tratados internacionais em nosso país, o que desde a época do Império não tem ocorrido, pelo menos em matéria de paradiplomacia, deixa muito a desejar.<sup>53</sup>

Entre os pontos principais relativos à discussão do PLS 98, cabe destacar os art. 12 e 13, que tratam da celebração de convênios internacionais entre unidades subnacionais brasileiras e estrangeiras, desde que sob autorização do Ministério das Relações Exteriores.

Verifica-se que apesar das limitações que a proposta legislativa traz, e de não ser tão abrangente quanto os estudiosos da paradiplomacia esperavam, constitui de forma clara um avanço legislativo, e que em muito contribuirá caso for realmente aprovada, trazendo inúmeros benefícios aos entes federados, além de maior segurança jurídica para os contratantes e para a União.

Como última consideração sobre o tópico da institucionalização da atividade paradiplomática, é importante lembrar que a necessidade de regulamentação é urgente, uma vez que o fato das autoridades brasileiras postergarem a discussão não fará com que as atividades internacionais de entes federados diminuam ou se padronizem de forma autônoma.

### **Considerações Finais**

O presente trabalho procurou trabalhar o modelo federalista dentro de uma ótica moderna, propondo mostrar como esse sistema é rico e complexo, sendo ainda hoje um dos mais avançados em termos de administração político-administrativa visando a democracia.

---

<sup>53</sup> Ibid.

Entretanto, como todo sistema, há problemas, muitos deles ligados a não atualização e adequação à realidade globalizada. Sendo assim, buscou-se demonstrar que pequenas mudanças no modelo podem contribuir para um melhor desempenho dos governos, além de uma maior satisfação das necessidades dos entes federados.

Dessa forma, buscou-se em um primeiro momento fazer uma breve revisão histórica, e a partir dela trazer o tema do federalismo moderno, expondo suas propostas e vantagens, como a descentralização, a governança de múltiplas camadas, a subsidiariedade, e a multiplicidade de atores, que passam a operar simultaneamente na arena política global, sem que isso acarrete em uma perda do *status* de soberano pelo governo central.

Em um segundo momento, procurou-se legitimar tais mudanças com casos institucionalizados, ou seja, entendeu-se que a partir do momento em que se observa casos reais dessa aplicação, fica mais fácil e tangível de introduzir os novos conceitos ao leitor, reafirmando a possibilidade da transformação.

Por último, buscou-se trazer o problema brasileiro, evidenciando a questão paradoxal entre a legislação repressiva e a prática inconstitucional, a fim de que a partir da exposição do que realmente acontece e das iniciativas já em andamento para uma institucionalização, houvesse uma conscientização da necessidade latente de uma regulamentação.

Isto exposto, cabe somente reforçar o propósito do trabalho, que é a adequação do Estado em relação a uma realidade global, impossível de ser ignorada. Além de mais uma vez salientar que é através da regulamentação que os governos centrais garantem não somente a segurança jurídica às partes envolvidas nessas atividades, como conseguem controlar e limitar ações nocivas ao sistema federalista como um todo.

## **Referências Bibliográficas**



ABRUCIO, Fernando; COSTA, Valeriano. **Reforma do Estado e o contexto federativo brasileiro**. São Paulo: Konrad Adenauer, 1998.

ACCIOLY, Hidelbrando. **Tratado de Direito Internacional Público**. v. 1. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BRANCO, Álvaro C. Castelo. **Paradiplomacia & entes não-centrais no cenário internacional**. Curitiba: Juruá, 2008.

BRIGAGÃO, Clóvis. **Relações Internacionais Federativas no Brasil: Estados e Municípios**. Rio de Janeiro: Gramma, 2005.

CAVALCANTI, Amaro. **Regimen Federativo**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1900. p.17. Disponível em <[http://bdjur.stj.gov.br/jspui/bitstream/2011/21888/2/Regimen\\_federativo\\_republica.pdf](http://bdjur.stj.gov.br/jspui/bitstream/2011/21888/2/Regimen_federativo_republica.pdf)>. Acesso 13 ago 2009.

GAVIN, Brigid. **Federalism and Global Governance**. In: DONNELLY, B. *The Future is Federal*. London: The Federal Trust, 2003.

GERMANY. Constitution (1949). **Federal Republic of Germany Constitution**. 1949. Disponível em: <<http://www.bundesregierung.de/Webs/Breg/EN/Federal-Government/federal-government.html>>. Acesso em: 13 set. 2008.

HORTA, Raul Machado. **O Federalismo no Direito Constitucional Contemporâneo**. Revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais. n.4 ano XIX. 2001.

KOTZIAS, Fernanda. Paradiplomacia: análise das ações internacionais de governos subnacionais. In: MENEZES, Wagner; LACOMINI, Vanessa (orgs.). **Direito Internacional: análises e reflexões**. Curitiba: Íthala, 2008.

KUGELMAS, K; BRANCO, S. **Os governos subnacionais e a nova realidade do federalismo**. In: WANDERLEY, L.; VIGEVANI, T. (Orgs.). *Governos subnacionais e sociedade civil*. 2005.

MICHELMANN, Hans e SOLDATOS, Panayotis. **Federalism and International Relations: the role of subnational units**. Oxford: Clarendon Press, 1990.

OLIVEIRA, Odete Maria de; DAL RI JUNIOR, Arno. **Relações Internacionais: Interdependência e Sociedade Global**. Ijuí: Unijuí, 2003.

PEREIRA, José Alexandre. **Diplomacia federativa**: o escritório de representação do Itamaraty na cidade de São Paulo, motivações e perspectivas. São Paulo: PUC, 2004.

PRAZERES, Tatiana. **Por uma atuação constitucionalmente viável das unidades federadas brasileiras**. In: VIGEVANI, Túlio et al (Org.). A dimensão subnacional e as relações internacionais. São Paulo: EDUC, 2004.

RASON, Nino Ilivietti; PEGORARO, Lucio (Orgs). **Esperienze Federali Contemporanee**. Quaderni Giuridici del Dipartimento di Scienze politiche dell'Università degli studi di Trieste. n.2 Padova: CEDAM, 1996.

RODRIGUES, Gilberto. **Política Externa Federativa**: análise de ações internacionais de Estados e Municípios. São Paulo: PUC, 2004.

SARAIVA, José Flávia Sombra. **A busca de um novo paradigma: política exterior, comércio externo e federalismo no Brasil**. Revista Brasileira de Política Internacional, 2004. n. 47.

SILVA, Ana Célia Lobo. **A democratização do processo de negociação de tratados internacionais. A participação dos Estados federados no processo de celebração dos tratados no Brasil**. Dissertação (Mestrado). Universidade Católica de Santos: Santos, 2007.

SWITZERLAND. Constitution (2000). **Swiss Confederation Constitution**. 2000. Disponível em: <<http://www.admin.ch/ch/e/rs/annot/linksswisslaw.html>>. Acesso em: 13 set. 2008.

TRIEPEL, Karl Heinrich. **As relações entre o direito interno e o direito internacional**. Revista da faculdade de direito. Belo Horizonte. Ano XVII, n. 6, pp. 07-64, out/1966.

VIGEVANI, Túlio et al (Org.). **A dimensão subnacional e as relações internacionais**. São Paulo: EDUC, 2004.

ZUBELZU, Graciela. **The Argentinian provinces as sub-national actors in contemporary international relations**. Rosario: National University of Rosario, 2006.

\_\_\_\_\_. **Provincias y Relaciones Internacionales**, Rosario: National University of Rosário, 2005.

## A TEORIA DE TRIEPEL E O RECURSO EXTRAORDINÁRIO 80.004

Patrícia Grazziotin Noschang\*

Revista Ius Gentium 2(1): 97-114 [2009]

### Resumo

A discussão sobre o conflito de leis interna e internacional teve início no século passado quando se formaram as teorias clássicas para tentar resolvê-lo: a teoria dualista defendida por Triepel e, posteriormente Anzilotti; e a monista representada por Kelsen seguida por Vedross. Apesar de tais teorias terem surgido há mais de cem anos, elas são invocadas até hoje para solucionar o conflito entre tratado e lei interna, determinando qual das duas deverá prevalecer. São fundamentos tanto para a doutrina quanto para a jurisprudência brasileira. O artigo propõe uma análise do Recurso Extraordinário n. 80.004, julgado pelo Supremo Tribunal Federal em 1977, observando as contradições com a teoria dualista de Triepel. A decisão do Supremo Tribunal Federal que deu primazia a um Decreto-lei sobre uma convenção, mudou para sempre o entendimento da jurisprudência brasileira

**Palavras Chave: Conflito de fontes. Dualismo. Recurso Extraordinário n.80.004. Triepel.**

### Abstract

The discussion around the conflict of laws had been started in the last century where the classic theories born to solve the argument. They are the Dualism created by Triepel and afterwards defended by Anzilotti and the Monism broached by Kelsen and immediately by Vedross. Although those theories were born a hundred year ago they are invoked since today to solve the conflict between the treaty and the domestic law declaring which one is going to prevail. They are important to fundament the Brazilian doctrine and jurisprudence. This essay proposes an analysis of the Recurso Extraordinário n. 80.004 judge by the Brazilian High Court in 1997, will take into account the contradictions with the Triepel' dualism theory. The High Court' decided to give the priority to an act instead of a convention, changed forever the Brazilian' jurisprudence.

**Keyword: Conflict of Laws. Dualism. Recurso Extraordinário n.80.004. Triepel.**

---

\* Mestranda em Direito- Linha de Relações Internacionais –CPGD/UFSC, Especialista em Comércio Exterior e Negócios Internacionais - FGV e Direito Internacional Público, Privado e da Integração - UFRGS. Professora e pesquisadora da Universidade de Passo Fundo- UPF.

## **Introdução**

O ordenamento jurídico brasileiro não possui norma geral que determine a forma a hierarquia dos tratados e leis internas após sua recepção dos tratados<sup>1</sup>. Sendo assim, o conflito de fontes internacionais com as internas passa a ser inevitável e sem solução normativa para determinar qual delas deverá prevalecer, transferindo para o Supremo Tribunal Federal (STF), de acordo com a Constituição Federal de 1988, a responsabilidade de definir qual das normas terá primazia sobre a outra.

As doutrinas internacionalistas e constitucionalistas divergem sobre qual norma deveria prevalecer no caso do conflito. Na opinião da maioria dos constitucionalistas, tanto a norma constitucional, por ter hierarquia superior à lei ordinária, como a lei ordinária posterior ao tratado devem prevalecer em caso de conflito. Os internacionalistas, ao resolver o conflito entre as fontes, dividem-se, uns apoiando a teoria monista defendida por Hans Kelsen e Alfred Vedross, e outros o dualismo de Heinrich Triepel e Dioniso Anzilotti. No monismo, defendido pelos doutrinadores acima citados, o conflito de normas seria resolvido pelo princípio da *pacta sunt servanda*, o qual Kelsen coloca no topo da sua pirâmide normativa, reconhecendo a hierarquia da norma internacional e observando a sua primazia sobre as demais normas, no ordenamento jurídico interno. Já o dualismo não reconhece o conflito de fontes, considera que existem dois ordenamentos jurídicos diversos - um interno e outro internacional -, sendo assim a norma internacional nunca poderá ser revogada por conta de sua origem, ou seja, emana de um ordenamento jurídico externo superior ao ordenamento jurídico interno. Nesse ensaio dar-se-á maior atenção ao dualismo de Triepel

---

<sup>1</sup> Exceção para os tratados de Direitos Humanos que adquiriram status de emenda constitucional, após a EC 45/2004, e aos tratados em matéria tributária, segundo o art. 98 do CTN que lhes dá primazia sobre a lei interna.

verificando sua aplicação na jurisprudência brasileira, mais especificamente no Recurso Extraordinário (RE) 80.004, julgado pelo STF em 01 de junho de 1977, marco na jurisprudência brasileira quando se analisa o conflito de fontes entre o Direito Interno e o Direito Internacional.

## 1 A Teoria de Triepel

Antes de entrar propriamente na teoria pura de Triepel, faz-se necessário contextualizar a época em que o autor viveu<sup>2</sup> e, quem eram os outros juristas que compartilharam das mesmas idéias. Segundo Koskennieme, que observa a formação das escolas internacionalistas, “a história do Direito Internacional na Alemanha, entre 1871 e 1933, é um relato sobre os intentos recorrentes de enquadrar o Estado em um círculo jurídico internacional por parte dos juristas especialistas em direito público [...]”<sup>3</sup>. Havia um grupo de doutrinadores/juristas alemães, que estavam descobrindo e começando a aceitar a existência do Direito Internacional. Consideravam o mesmo independente do Estado, e autônomo, não mais o Direito Externo estatal como até então era designado. Os nomes que surgem na época, além de Triepel, são o de Paul Laband (1838-1918) que definia o Direito Internacional como algo maior que o direito nacional externo, equiparando os tratados às leis nacionais<sup>4</sup>; George Jellinek (1851-1911) propôs juntamente com o Direito Internacional a ética social, associada com a psicologia,

---

<sup>2</sup> *Heinrich Triepel nasceu em 1868, na cidade de Leipzig na Alemanha. Em 1889, com 21 anos, já era juiz e publicou seu primeiro livro sobre as contradições entre o direito interno e o direito internacional, traduzido para o italiano, Diritto Interno e Diritto Internazionale (Völkrecht und Landesrecht). Viveu todo o tempo na Alemanha. Em 1919, Triepel rompe com o Instituto de Haia protestando contra a assinatura e condições impostas pelo Tratado de Versalhes, e se afasta do direito internacional, devido também ao nacionalismo que se instala na Alemanha nesse período.*

<sup>3</sup> KOSKENNIEME, Marttti. **O Discreto Civilizador de Nações – O Auge e a Caída do Direito Internacional 1870-1960**. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2005. p.181.

<sup>4</sup> KOSKENNIEME, Marttti. p. 184.

e considerava o Direito Internacional como outros ramos do direito. Para ele o tratado tem caráter de norma legal, apresenta “[...] um voluntarismo puro e uma compreensão mais sociológica do direito tendo em vista a vontade do Estado.”<sup>5</sup> Philip Zorn (1850-1928) representou o Estado alemão nas negociações e assinatura de diversos tratados - para ele os tratados ratificados possuíam uma obrigação de cumprimento moral dos Estados, posteriormente torna-se um grande defensor da arbitragem como forma de resolução de conflitos<sup>6</sup>. Kohler (1849-1919) publica a primeira obra do direito alemão, em 1906, que se destina especificamente ao Direito Internacional. O autor afirmava que o Direito Internacional emanava das tendências multidisciplinares, internacionalistas e do idealismo de Hegel, sendo para ele uma ciência da paz.<sup>7</sup>

O voluntarismo inicia com o pensamento dos juristas de 1873, que transformaram a bondade e a moralidade em vontade. Essas idéias foram adotadas principalmente na Alemanha pelos especialistas em direito público, partindo do pensamento de Kant.<sup>8</sup> O voluntarismo de Triepel é considerado multilateral, pois para ele é da vontade dos Estados que surgem, por exemplo, os tratados – verdadeiros atos de declaração de vontade pura. Desta forma, Laband, Triepel e Zorn concordavam que “[...] o Direito Internacional está principalmente composto de tratados concebidos como expressões de vontade soberana e não como surgimento de uma modernidade interdependente.”<sup>9</sup>

A teoria de Triepel é apresentada pela obra, “Direito Interno e Direito Internacional” (Völkrecht und Landesrecht). É o primeiro autor que se dispõe a analisar os problemas das relações entre o Direito Interno e o Direito Internacional, apontando a diversidade das relações jurídicas, das fontes, dos

---

<sup>5</sup> KOSKENNIEME, Marttti. p. 199.

<sup>6</sup> KOSKENNIEME, Marttti. p. 201.

<sup>7</sup> KOSKENNIEME, Marttti. p. 201.

<sup>8</sup> KOSKENNIEME, Marttti. p. 188-189.

<sup>9</sup> KOSKENNIEME, Marttti. p. 208.

sujeitos, bem como a responsabilidade do Estado. Para Triepel essas diversidades estão divididas em dois ordenamentos jurídicos, o ordenamento jurídico interno e o ordenamento jurídico internacional. que são ordenamentos distintos e que não se relacionam entre si, porém se tangenciam.

O Estado é o sujeito de Direito Internacional que atua na sociedade internacional em forma de coordenação em relações recíprocas com os outros Estados, partindo do princípio de que todos são iguais. Nessas relações surgem os tratados, que emanam exclusivamente da vontade dos Estados em firmar um compromisso internacional, formando assim a norma internacional. Desta forma, as relações do Estado com os indivíduos não podem ser consideradas no mesmo patamar, pois tal relação se dá por subordinação. A norma estatal que advém do Estado se aplica verticalmente aos indivíduos que desta forma não estão aptos a firmar tratados e vivem sujeitos ao ordenamento jurídico interno do Estado.<sup>10</sup>

A fonte do Direito Internacional surge da vontade dos Estados que se consolida nos tratados e convenções realizadas entre eles. Essa vontade tem força obrigatória de norma para os Estados que manifestam voluntariamente, pois nenhum Estado tem a obrigação de se vincular a um determinado tratado se assim não for sua vontade.<sup>11</sup>

Triepel define o Direito Internacional como “[...] o direito que regula as relações recíprocas de uma pluralidade de Estados coordenados.”<sup>12</sup> A partir dessa definição o autor exclui as relações dos Estados com outros Estados subordinados (tutelados) e dos Estados com os indivíduos. A regulação desse direito é realizada pelos tratados, como acima afirmado, que criam normas jurídicas de Direito Internacional.

---

<sup>10</sup> TRIEPEL, Henrich. **Diritto Interno e Diritto Internazionale**. Torino, 1913. p.13-28.

<sup>11</sup> TRIEPEL. **Diritto Interno e Diritto Internazionale**. p.35-36 e 81-82.

<sup>12</sup> TRIEPEL. p. 22 (nota de rodapé).

Sua teoria aborda também as relações entre as normas jurídicas do Direito Interno e do Direito Internacional. Para o autor o que interessa é saber como o Estado aplica internamente as normas de Direito Internacional. O Estado deverá recepcionar as normas de direito internacional no seu ordenamento jurídico quando essas se transformarem, incorporadas, em normas de Direito Interno.<sup>13</sup> Sendo assim, tais normas nunca entrarão em conflito, por emanarem de fontes completamente diferentes.<sup>14</sup> Assim, é impossível considerar a fonte do Direito Internacional como superior a uma fonte de Direito Interno, ou vice-versa, pois a eficácia jurídica das normas determina que uma dependa da vontade da outra.<sup>15</sup>

Conclui o autor que se a fonte de Direito Interno não prevalece sobre a fonte de Direito Internacional, torna-se impossível uma lei posterior revogar uma norma internacional anterior. Segundo Triepel a norma posterior somente poderá revogar a anterior quando derivarem do mesmo legislador<sup>16</sup>, o que não é o caso.

A teoria voluntarista de Triepel, acima exposta, teve diversos seguidores, principalmente na chamada Escola Italiana de direito internacional, podemos citar Dionisio Anzilotti, Santi Romano, Piero Zicardi.

O primeiro foi Anzilotti, que na sua obra *Il Diritto Internazionale nei Giudizi Interni*, reforça os argumentos de Triepel quanto à existência de dois ordenamentos jurídicos diversos e também no que se refere à natureza da fonte das normas de direito internacional, concordando que essas nascem da vontade

---

<sup>13</sup> TRIEPEL. p. 170-71.

<sup>14</sup> TRIEPEL. p. 179-80.

<sup>15</sup> TRIEPEL. p. 255. Tradução livre da cópia em italiano: *Ma è impossibile considerare la fonte del diritto internazionale come superiore alla fonte del diritto interno o viceversa, nel senso specifico che l'efficacia giuridica delle norme stabilite dall'una dipenda dalla volontà dell'altra.*

<sup>16</sup> TRIEPEL. p.256.



dos Estados e das suas relações que demonstraram a necessidade de elaboração de um tratado.<sup>17</sup>

Anzilotti afirma que o Direito Internacional, não é o direito público externo de um Estado, e sim “[...] fonte imediata da vontade objetiva dos Estados, que se exterioriza nos acordos explícitos e nos costumes, com o objetivo de estabelecer regras obrigatórias às suas relações, ou seja, as relações de entes coordenados e autônomos.”<sup>18</sup>

A influência do dualismo de Triepel em Santi Romano é vista na obra “O Ordenamento Jurídico”, na qual o autor italiano também admite a existência de dois ordenamentos jurídicos distintos, o interno e o internacional. O Direito Internacional é considerado por Romano como instituição (ordenamento jurídico internacional) que adquire um caráter de direito “supra-partes”, pois se destina a regular, em coordenação, as relações entre os Estados. Considera que a única fonte do direito internacional emana da vontade do Estado, podendo constituir-se pelos tratados, costumes ou outros atos normativos.<sup>19</sup> Segundo Romano,

Se os Estados são independentes uns dos outros, esta condição deles, do ponto de vista jurídico, não é preexistente em relação ao direito internacional, mas posta por este último; e o princípio segundo o qual o Estado pode estar obrigado somente por normas que contribuiu a formar com a própria vontade é um princípio de direito internacional positivo que pressupõe, deste modo, que este último esteja já constituído e em vigor.<sup>20</sup>

Piero Ziccardi adota o dualismo de Triepel, da mesma forma que os outros autores, que se apresenta na separação dos ordenamentos jurídicos, declarando a

---

<sup>17</sup> AZILOTTI, Dionisio. **Il Diritto Internazionale nei Giudizi Interni**. Bolonha: Ditta Nicola Zanichelli, 1905. p.314-15.

<sup>18</sup> AZILOTTI, Dionisio. p.319. Tradução livre do original: [...] *ha la sua fonte imediata nella volontà collettiva degli stati, che si estrinseca negli accordi espliciti e nelle consuetudini, con lo scopo di stabilire regole obbligatorie ai rapporti loro, ossia ai rapporti di enti coordinati ed autonomi.*

<sup>19</sup> ROMANO, Santi. **O Ordenamento Jurídico**. Trad. de Arno Dal Ri Jr. Florianópolis: Boiteux, 2007. p.99.

<sup>20</sup> ROMANO, Santi. p.100.

existência de um ordenamento internacional diferente dos outros.<sup>21</sup> Discute a existência de um Direito Internacional Público e um Direito Internacional Privado, porém o último ainda sem um consenso na doutrina de sua caracterização, apenas reconhecido pelos ingleses como *choice of laws*.<sup>22</sup>

Ziccardi reconhece que o tratado é fonte de direito internacional proveniente da vontade dos Estados, porém considera o costume também como fonte extraída da mesma vontade dos Estados, mas repetida ao longo do tempo.<sup>23</sup>

A teoria dualista é citada até os dias de hoje para explicar o conflito de fontes interna e internacional, e ainda possui seus seguidores tanto no Brasil quanto internacionalmente.

## 2 O recurso extraordinário 80.004

Segundo a Constituição Federal Brasileira de 1988, os órgãos responsáveis para decidir sobre o conflito entre o tratado e uma norma constitucional ou lei interna seja ela federal em única ou última instância são: o STF, na forma de Recurso Extraordinário, de acordo com art. 102, III<sup>24</sup>; e o Superior Tribunal de Justiça (STJ), em Recurso Especial, segundo o art. 105, III<sup>25</sup>, porém nenhum deles determina qual norma deverá prevalecer.

---

<sup>21</sup> ZICCARDI, Piero. **Diritto Internazionale in Generale**. Milano: Giuffrè, 1964. p.1011-13.

<sup>22</sup> ZICCARDI, Piero. **Diritto Internazionale in Generale**. p.1032.

<sup>23</sup> ZICCARDI, Piero. **La consuetudine internazionale nella teoria delle fonti giuridiche**. Milano: Giuffrè, 1960.

<sup>24</sup> BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 22 ago 2009.

<sup>25</sup> BRASIL. Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos

Antes de abordar especificamente o RE 80.004, é necessário observar que o STF na construção da jurisprudência, até o julgamento do referido recurso, quando havia conflito entre um tratado e uma norma interna seja ela anterior ou posterior ao tratado, decidiu pela primazia do tratado. O julgamento do recurso acima mencionado é considerado polêmico pela doutrina, pela reviravolta que deu na jurisprudência da Suprema Corte Brasileira, que até então era pacífica no sentido de primar pela vigência do tratado. Muitos doutrinadores se manifestaram contra a decisão do STF e outros a favor. Sendo assim, o julgamento foi um divisor de águas na doutrina e jurisprudência brasileira.

O RE 80.004 foi interposto, por Belmiro da Silveira Goés contra Sebastião Leão Trindade. Na época, a Constituição Federal vigente era a de 1967, e o fundamento do recurso estava no art. 114, III, d<sup>26</sup>. A discussão versa sobre a validade ou não de uma nota promissória assinada pelo recorrente, que não foi devidamente registrada pelo recorrido para ser eficaz, segundo exigia o Decreto-Lei 427/69. Em primeiro grau de jurisdição o recorrido moveu ação de cobrança de título, mesmo sem ter feito o registro da nota promissória. A ação foi julgada improcedente por vício de forma, devido à falta de cumprimento do requisito imposto pelo decreto referido. Houve recurso de apelação que reformou a decisão de primeiro grau. O Tribunal de São Paulo ao julgar o recurso entendeu que a falta de registro era apenas uma formalidade e não requisito essencial para a validade do ato, dando procedência ao pedido. O acórdão do Tribunal paulista seguiu a doutrina da primazia do direito internacional, diversamente do julgado de primeiro

---

tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 22 ago 2009.

<sup>26</sup>BRASIL. **Constituição Federal de 1967**. Art. 114 - Compete ao Supremo Tribunal Federal, III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas, em única ou última instância, por outros Tribunais, quando a decisão recorrida: d) dar à lei federal interpretação divergente da que lhe haja dado outro Tribunal ou o próprio Supremo Tribunal Federal. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm)>. Acesso em: 22 ago 2009.

grau que seguiu a corrente contrária – primazia do direito interno. Sendo assim o apelado impetrou o recurso extraordinário ao STF devido à divergência jurisprudencial. Conforme o parecer do Procurador Geral da República, o mérito do recurso está em dois pontos: na validade do Decreto-Lei 427/69 frente à Convenção de Genebra sobre títulos cambiais (considerada Lei Uniforme) e a possibilidade de cobrança do título sem registro conforme o Decreto, bem como a responsabilidade do avalista em efetuar o pagamento.<sup>27</sup> A conclusão do parecer, após longa fundamentação sobre apenas a validade ou não da obrigação do avalista, declara que se o título de crédito for nulo, não há que se falar em obrigação cambiária para o avalista. O parecer não aborda o conflito de leis declarando que o mesmo não foi objeto de pré-questionamento, desta forma, afirma o Procurador, não há o que recorrer sobre esse assunto.<sup>28</sup>

Seguindo a ordem de voto dos ministros no acórdão, o voto do Ministro Xavier de Albuquerque, relator do processo, relembra a jurisprudência do STF em dar primazia sempre ao direito internacional negando provimento ao recurso.<sup>29</sup> Após o voto do relator, o Ministro Cunha Peixoto pediu vistas, e para fundamentar o seu voto mencionou detalhadamente a teoria dualista chegando, ao final, à conclusão que por essa teoria o Decreto-Lei não é inconstitucional dando provimento ao recurso.<sup>30</sup> O Ministro Cordeiro Guerra, nas suas considerações, aborda tanto a teoria monista de Vedross quanto a dualista de Triepel e Anzilotti. Conclui que o decreto prevalece e a nota promissória é nula, pois em sua opinião, se os tratados pudessem apenas ser revogados pela denúncia, o STF nunca poderia

---

<sup>27</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 80.004-SE**. Relator: Ministro Xavier de Albuquerque. Brasília, DF, 1 de jun. de 1977. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>> Acesso em: 22 ago 2009. p. 919-20.

<sup>28</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. p.920-27.

<sup>29</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. .p.928-936.

<sup>30</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. p.938-957.

declarar inconstitucional um tratado que entrasse em conflito com uma lei interna<sup>31</sup>.

O Ministro Leitão de Abreu opinou pela procedência do recurso, no entanto diverge dos outros ministros afirmando que a lei posterior não revoga a anterior. Considera o Ministro que, a lei e o tratado possuem o mesmo status, no entanto a lei posterior não revoga o tratado, apenas afasta a sua aplicação onde houver contradição com a nova lei, e ainda quando tal lei for revogada o tratado volta a ter vigência total.<sup>32</sup> O quarto voto é o Ministro Rodrigues Alckmin, que acompanhando os demais colegas, segue o princípio de que a lei posterior revoga a anterior, devido à falta de norma constitucional que determine qual deve prevalecer no conflito de normas.<sup>33</sup> O Ministro Antonio Neder considerando que seus colegas anteriores, ao proferirem seus votos, aproximam-se muito do monismo moderado de Vedross, votou no mesmo sentido<sup>34</sup>, no entanto a fundamentação foi por outro caminho. O Ministro afirmou que os mesmos estavam diante de um caso que requeria uma interpretação extensiva, afirmando que “[...] é de se aplicar o princípio segundo o qual a regra que permite o mais permite o menos.”<sup>35</sup> E continua concluindo o seu voto:

[...] a Convenção de Genebra ressalva no direito interno de cada Parte Contratante a vigência de regra tributária incidente nas letras e nas notas promissórias, e, por isto o Dl. n. 427-69 não se acha incompatibilizado com ela, senão que em harmonia com uma de suas cláusulas, especialmente redigida para exprimir a reserva. Conheço o recurso pelo fundamento da divergência, mas, no mérito, discordando da fundamentação deduzida pelos nobres Ministros que me antecederam, voto pelos fundamentos aqui articulados [...].<sup>36</sup>

---

<sup>31</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. p.958-970.

<sup>32</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. p.972-985.

<sup>33</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. p.991-998.

<sup>34</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. p. 1000-1012.

<sup>35</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. p.1013.

<sup>36</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. p.1013.

O Ministro Thompson Flores ressalta que a controvérsia está em definir quem tem primazia entre o tratado e a norma interna, e na opinião do Ministro não há no ordenamento jurídico interno norma que determine a solução para o conflito. Desta forma, menciona que lei e tratado são equivalentes e uma pode revogar a outra.<sup>37</sup>

O último Ministro a pedir vista do processo foi Eloy da Rocha, que ao votar pela procedência do recurso, justificou afirmando que não concordava que a lei ordinária possa revogar as Convenções e, que o Decreto e a Lei Uniforme são plenamente compatíveis.<sup>38</sup>

O recurso foi julgado procedente por unanimidade, com voto vencido do relator que acompanhou a jurisprudência anterior da casa. A partir desse julgado abriu-se o precedente para não considerar mais a primazia dos tratados sobre as normas internas. No entanto, o objetivo aqui presente é verificar nos votos dos Excelentíssimos Ministros o abandono da teoria dualista de Triepel, que passaram a adotar o monismo moderado, levando em consideração, muitos deles, o critério cronológico das leis.

### **3 A decisão do Supremo Tribunal Federal e as contradições com a teoria de Triepel**

Ainda que a decisão do STF tenha mudado o rumo da jurisprudência brasileira, os Ministros motivaram seus votos concordando ou não com a teoria dualista de Triepel. Analisa-se nesse momento a fundamentação dos votos proferidos com a teoria de Triepel.

---

<sup>37</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. p.1015-1019.

<sup>38</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. p.1021-1022.

A primeira incongruência aparece no voto do Ministro Carlos Cunha que justifica a primazia do Dec. Lei sobre o tratado, mencionando uma passagem da teoria de Triepel, na qual ele afirma que o não se deve declarar nula uma lei interna que contrarie o direito internacional, pois o direito interno deve ser aplicado aos nacionais e estrangeiros, mesmo que essa norma contrarie o direito internacional.<sup>39</sup> A utilização da passagem da obra de Triepel está fora do contexto. Ao afirmar que a norma interna deve ser aplicada mesmo que essa contrarie o direito internacional, Triepel não menciona a primazia, mas as fontes diversas, pois como visto anteriormente as normas internacionais e as normas internas têm suas origens em fontes diversas, e assim uma não é superior a outra. O autor aborda a aplicação da lei e não a primazia de uma sobre a outra. A afirmação do voto torna-se ainda mais contraditória quando o Ministro faz referência a Amilcar de Castro, logo após mencionar Triepel. Ora, Amilcar de Castro é um dos maiores defensores da doutrina brasileira à teoria dualista, considerando que o Estado não pode relacionar-se com os seus pares em subordinação, existindo para isso um ordenamento jurídico diverso do interno e o direito das gentes para o convívio internacional. Para Amilcar de Castro “[...] cada direito estatal é um todo independente do direito internacional.”, e ainda afirma que esses conceitos sempre estiveram presentes na doutrina clássica. Irineu Strenger, da mesma forma, concorda com Castro afirmando que existem duas ordens jurídicas independentes. Ambos doutrinadores brasileiros estão de acordo com o dualismo de Triepel.<sup>40</sup>

O Ministro Carlos Cunha insiste em citar Triepel para fundamentar o seu voto na primazia do direito interno, afirmando que o tratado contratual, difere do tratado normativo que traz regras de interesse comum, enquanto o primeiro é de interesse particular do Estado. Segundo ele, os tratados contratuais após serem incorporados no ordenamento jurídico brasileiro, transformam-se em direito

---

<sup>39</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. p.953.

<sup>40</sup> CASTRO, Amilcar. **Direito Internacional Privado**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 249-50. e, STRENGER, Irineu. **Teoria geral do direito internacional privado**. São Paulo: Bushatsky, 1973. p.8.

positivo. A conclusão do Ministro é equiparar uma Lei Uniforme a um tratado contratual e assim demonstrar com um caso ocorrido na Itália<sup>41</sup>, a possibilidade de revogar o tratado que ele denomina como contratual, quando uma lei interna posterior o contrarie. O equívoco aqui está em considerar a Lei Uniforme como tratado contratual. Como o próprio nome já denomina, a Convenção de Genebra é um tratado que estabelece uma Lei Uniforme a fim de e facilitar o comércio internacional em matéria cambial. O tratado demonstra o interesse comum dos Estados signatários, preocupados em unificar os ordenamentos jurídicos, adotando universalmente uma só prática.

O Ministro Leitão de Abreu no seu voto, após fazer sua fundamentação toda baseada em Kelsen, traz elementos da teoria dualista de Triepel, manifestando que a lei não revoga o tratado, mas afasta a sua aplicabilidade das contradições enquanto a lei estiver em vigor. O voto do Ministro é uma mistura do monismo de Kelsen e dualismo de Triepel por onde ele transita o tempo todo. Contudo, sua conclusão final é de dar provimento ao recurso, concordando com os votos antecedentes de que o Decreto prevalece sob o tratado.<sup>42</sup>

O voto do Ministro Antonio Neder traz arguições que nenhum Ministro até então havia mencionado. O Ministro recorre ao direito tributário para justificar a sua manifestação, afasta as teorias tanto dualista quanto monista demonstrando que a regra é fazer uma interpretação extensiva em matéria tributária. Refere-se a Anzilotti quando, o autor também dualista, indica como fonte de direito

---

<sup>41</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. p.955-56. "Triepel traz à colação o seguinte caso: 'Por um decreto de 1893, o governo italiano exigiu que todos os direitos aduaneiros fossem pagos em metal, ou em meios de liberação análogos. A Suíça reclamou e, apoiando-se na cláusula compromissória do art. 14 do tratado de comércio, provocou a instauração do Tribunal arbitral, previsto para as dificuldades que surgissem quanto à interpretação e aplicação do tratado. A Itália não aceitou, e, em nossa opinião, com razão, porque a modificação do direito italiano, de que a Suíça se queixava, era apenas modificação do direito interno suposto, não ordenado, pelo tratado de comércio.' (ob. cit., pág. 50)." O caso citado pelo Ministro em nada se assemelha com o julgado, pois o exemplo refere-se a uma discussão que foi invocada no plano internacional – Tribunal arbitral, e basta esse fator para descaracterizar o mérito da afirmação.

<sup>42</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. p.972-85.



internacional os costumes e os tratados. No entanto tal citação não segue o pensamento dualista nem de Anzilotti muito menos de Triepel. O Ministro ao concluir seu voto, concede primazia à norma posterior. No entanto, afirma que Convenção de Genebra, garante no direito interno de cada Estado contratante “[...] a vigência da regra tributária incidente nas letras e nas promissórias, e, por isto, o DI. 427-69 não se acha incompatibilizado com ela, senão que em harmonia com uma de suas cláusulas especialmente redigida para exprimir a reserva.”<sup>43</sup>.

O Ministro Thompson Flores em um breve voto filia-se à regra de que a lei e o tratado são equivalentes por falta de norma constitucional que diga o contrário. Sendo assim, um pode revogar o outro.<sup>44</sup> Também se afasta da teoria de Triepel, pois tratado e norma interna emanam de fontes diversas e assim não se equiparam e nem revogam uma à outra.

Ao analisar a fundamentação teórica dos Excelentíssimos Ministros do STF, percebe-se a falta de clareza que os mesmos possuem a respeito da teoria dualista, especialmente no que provem de Triepel. As referências ao dualismo são utilizadas de maneira distorcida para afirmar suas posições sem perceber o conjunto da teoria do autor. Infelizmente ainda hoje são o STF ou o STJ, dependendo da matéria, os responsáveis em determinar a vigência de um tratado quando o mesmo entra em conflito com a norma interna, com exceção dos tratados de Direitos Humanos que receberam *status* de norma constitucional pela Emenda Constitucional nº 45/04.

Na opinião de Antonio Paulo Cachapuz de Medeiros,

O silêncio da Constituição brasileira sobre a matéria favoreceu interpretação jurisprudencial de que os tratados recepcionados na ordem jurídica interna têm hierarquia idêntica à da legislação infraconstitucional, submetidos, por conseguinte, ao princípio da *Lex posterior derogat priori*.

---

<sup>43</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. p.1013.

<sup>44</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. p.1019.

Essa interpretação, consubstanciada no julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do recurso extraordinário nº 80.004, de 1977, tem causado dificuldades para a inserção do Brasil no cenário internacional contemporâneo.

A Constituição precisa ser emendada para dispor que os tratados internacionais de que o Brasil seja parte integram o ordenamento jurídico pátrio e suas normas prevalecem sobre as leis.<sup>45</sup>

O autor observa o dualismo quando menciona a omissão do ordenamento jurídico interno brasileiro ao não primar pela aplicação dos tratados, comprometendo o Brasil nas relações internacionais.

O sistema brasileiro de recepção dos tratados condiz perfeitamente com o dualismo de Triepel, no entanto a falta de normas internas que disponham sobre a hierarquia das fontes delega à jurisprudência o papel de determinar qual a lei deverá prevalecer no caso de haver o conflito de fontes. Quando uma lei interna revoga um compromisso internacional pode-se dizer que o Estado é internacionalmente responsável pelos atos praticados por seus órgãos internos. O meio correto de se desvincular de um tratado é pela denúncia e não pela revogação interna da norma internacional.

## **Considerações Finais**

A teoria dualista de Triepel, embora tenha surgido no século passado, permanece atual até os dias de hoje e é referência na maioria da doutrina de Direito Internacional, tanto público quanto privado. No entanto, o ordenamento jurídico brasileiro precisa definir a que teoria se filia, monismo ou dualismo, e a qual norma dará primazia. De nada resolve deixar ao encargo da jurisprudência

---

<sup>45</sup> MEDEIROS, Antonio Paulo Cachapuz de. Atualização do Direito dos Tratados. In: MEDEIROS, Antonio Paulo Cachapuz de. (Org.). **Desafio do direito internacional contemporâneo**. Brasília: Fundação Alexandre Gusmão, 2007. p.205.

decisão tão importante que abrange os atos praticados pelo Estado brasileiro na sociedade internacional. Conceder, ao judiciário, o poder de decidir se um compromisso internacional assinado pelo Estado tem ou não validade é demonstrar aos demais Estados a falta de segurança jurídica interna do nosso ordenamento .

### Referências Bibliográficas

ANZILOTTI, Dionisio. **Il diritto Internazionale nei giudizi interni**. Bolonha: Ditta Nicola Zanichelli, 1905.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm) >. Acesso em: 22 ago 2009.

BRASIL. **Constituição Federal de 1967**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm) >. Acesso em: 22 ago 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 80.004-SE**.

Relator:

Ministro Xavier de Albuquerque. Brasília, DF, 1 de jun. de 1977. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 22 ago 2009.

CASTRO, Amilcar. **Direito Internacional Privado**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MEDEIROS, Antonio Paulo Cachapuz de. Atualização do Direito dos Tratados. In: MEDEIROS, Antonio Paulo Cachapuz de, (Org.). **Desafio do direito internacional contemporâneo**. Brasília: Fundação Alexandre Gusmão, 2007. p.133-206.

KOSKENNIEME, Marttti. **O Discreto Civilizador de Nações – O Auge e a Caída do Direito Internacional 1870-1960**. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2005.

ROMANO, Santi. **O Ordenamento Jurídico**. Trad. de Arno Dal Ri Jr. Florianópolis: Boiteux, 2007.

TRIEPEL, Henrich. **Diritto Interno e Diritto Internazionale**. Torino, 1913.

STRENGER, Irineu. **Teoria geral do direito internacional privado**. São Paulo: Bushatsky, 1973.

ZICCARDI, Piero. **La consuetudine internazionale nella teoria delle fonti giuridiche**. Milano: Giuffrè, 1960.

\_\_\_\_\_. **Diritto Internazionale in Generale**. Milano: Giuffrè, 1964.

Artigo Original

## DIONISIO ANZILOTTI E A FORMAÇÃO DA CORTE PERMANENTE DE JUSTIÇA INTERNACIONAL

Lucas Carlos Lima\*

Revista Ius Gentium 2(1): 115-139 [2009]

### Resumo

O atual sistema judicial de resolução pacífica de controvérsias teve suas bases formadas no início do século XX com a criação da Corte Permanente de Justiça Internacional. O jurista italiano Dionisio Anzilotti, Subsecretário geral da Sociedade das Nações, participou diretamente no seu processo de formação e através de sua atuação como juiz pode influir na configuração das sentenças, sempre tendo em conta sua teoria voluntarista e a diferenciação de controvérsias jurídicas e políticas. O presente artigo aborda as linhas gerais do pensamento de Anzilotti, principalmente no que tange à solução de controvérsias, e seu papel na formação da Corte Permanente de Justiça Internacional.

### Riassunto

Il sistema giudiziario di risoluzione pacifiche di controversie firma ha le sue origine all'inizio del secolo XX con l'istituzione della Corte Permanente di Giustizia Internazionale. Il giurista italiano Dionisio Anzilotti, segretario generale aggiunto della Società delle Nazioni, ha partecipato in modo diretto nel suo processo di formazione e tramite la sua carica di giudice ha potuto influenzare la configurazione delle sentenze emesse della Corte, prendendo conto la sua teoria voluntarista e la differenza tra le controversie giuridiche e politiche. Il presente saggio prende le linee generali sul pensiero di Anzilotti, principalmente in quei punti che riguardano la risoluzione di controversie, e il suo ruolo nella formazione della corte permanente di giustizia Internazionale.

---

\* Acadêmico do Curso de Graduação em Direito da UFSC. Bolsista do Programa PIBIC/UFSC. É membro do Grupo de Pesquisa em Direito Internacional UFSC-CNPq.

## **Introdução**

O atual sistema de resolução pacífica de controvérsias da Comunidade Internacional, cristalizado na Carta das Nações Unidas<sup>1</sup>, prevê a solução jurisdicional como uma das possibilidades às quais podem recorrer os Estados para dirimir suas divergências, sobretudo quando estas são dotadas de um caráter jurídico. Na figura da Corte Internacional de Justiça encontramos o “principal órgão jurisdicional das Nações Unidas” e cujo Estatuto é considerado parte integrante da Carta.

Porém, a consolidação de um órgão jurisdicional permanente no sistema internacional é fruto de um processo histórico repleto de continuidades e descontinuidades que remonta, de forma mais concreta, ao início do século XX quando das Convenções de Haia<sup>2</sup>. Nestas, os Estados presentes reafirmaram a importância de buscar-se a construção de um órgão permanente de Justiça Internacional, ainda que privilegiassem a arbitragem.

O passo fundamental para a implementação de uma instância permanente para dirimir as controvérsias jurídicas internacionais se deu em 1919, quando em Versalhes, ao fim da Primeira Guerra Mundial, fora assinado o Pacto da Sociedade das Nações.

Neste documento previa-se a criação de um tribunal permanente de justiça internacional através de um projeto a ser elaborado pelo Conselho da

---

1 Carta das Nações Unidas, Capítulo VI.

2 Convenções da Paz de Haia de 1899 e de 1907, iniciadas pelo Czar Nicolau II, que representam um momento fundamental para o direito internacional, diante das numerosas convenções assinadas, principalmente aquelas que diziam respeito à solução pacífica de controvérsias e o uso da arbitragem.

Sociedade das Nações<sup>3</sup>, órgão semelhante ao atual Conselho de Segurança das Nações Unidas.

É neste íterim que se pode analisar a atividade do jurista italiano Dionisio Anzilotti<sup>4</sup>.

Como membro do *Ministero degli Affari Esteri*<sup>5</sup> no ano de 1918, Dionisio Anzilotti fora encarregado pelo ministro Sidney Sonnino de analisar os projetos de Pacto de Sociedade das Nações, da qual foi Sub-Secretário Geral. Posteriormente, tornou-se secretário da comissão responsável pela elaboração do Estatuto da Corte Permanente de Justiça Internacional, órgão do qual foi juiz e presidente.

O presente artigo pretende compreender as linhas gerais do pensamento de Dionisio Anzilotti no que diz respeito à solução pacífica de controvérsias e posteriormente esboçar de que forma atuou na formação da Sociedade das Nações e da Corte Permanente de Justiça Internacional. A afirmação de Roberto Ago<sup>6</sup> (1992, p. 8) de que “o Tribunal Permanente de Justiça Internacional, foi, em boa parte, sua própria criação”, instiga a curiosidade e

---

3 “O Conselho será encarregado de preparar um projeto de Tribunal permanente de justiça internacional e de submetê-lo aos Membros da Sociedade. Esse Tribunal tomará conhecimento de todos os litígios de caráter internacional que as Partes lhe submetam. Dará também pareceres consultivos sobre toda pendência ou todo ponto que lhe submeta o Conselho ou a Assembléia”. Pacto da Sociedade das Nações. Art. 14.

4 Nascido em 1867, na cidade de Pescia (região da Toscana, província de Pistoia), Anzilotti faleceu em 1950 na mesma cidade, para onde se retirou após sua aposentadoria. Dionisio Anzilotti, que desde o início de seus estudos e carreira tratou de diversos aspectos do Direito Internacional, tanto público como privado, é considerado um dos pais da escola italiana de Direito Internacional, tendo influência direta nos internacionalistas italianos do século XX. Em 1919 foi conselheiro jurídico e delegado técnico do governo italiano na Conferência de Paris. Em 1916, nomeado subsecretário geral da Sociedade das Nações, e em 1920, participou nos trabalhos preparatórios do Estatuto da Corte Permanente de Justiça Internacional. Em 1921 foi juiz da corte e presidente da mesma de 1928 a 1930. Em 1930 foi eleito para um segundo mandato de nove anos. Além disto, fundou a *Rivista di Diritto Internazionale*, uma das principais publicações especializadas, membro do Instituto de Direito Internacional, do Curatorium da Academia de Direito Internacional de Haia.

5 Equivalente ao atual Ministério das Relações Exteriores Brasileiro.

6 Juiz no Tribunal Internacional de Justiça. Presidente da Comissão de Direito Internacional da Organização das Nações Unidas (ONU). Presidente do *Institut de Droit International*. Professor Titular de Direito Internacional nas Universidades de Milão e de Roma.

provoca a investigação acerca deste jurista que conciliava teoria e prática no seu agir internacional.

## **1. O Caráter Voluntarista da Teoria de Anzilotti**

Diversas correntes de pensamento ao longo da história lançaram mão da filosofia e da sociologia para fundamentar o Direito Internacional. Desde sua formação, em virtude das idéias que então se encontravam em voga, a ciência do Direito Internacional estava diretamente ligada à chamada concepção jusnaturalista, que entendia a natureza humana como seu fundamento (TOUSCOZ, 1993, p.42). Os primeiros estudiosos<sup>7</sup> a se debruçarem sobre o tema analisaram o fenômeno a partir de uma perspectiva teológica, alegando que essa natureza humana possuía um cunho espiritual – o chamado jusnaturalismo espiritualista – que posteriormente, principalmente após os trabalhos de Hugo Grócio, transmutaram-se numa laicização do Direito Internacional, transferindo o caráter divino para a racionalidade humana<sup>8</sup>.

Em oposição a essa maneira de pensar que predominou do século XVI ao XIX, uma outra corrente de pensamento ganhou força, principalmente quando colocou o fundamento do Direito Internacional na vontade dos Estados: o voluntarismo, corrente da qual Dionisio Anzilotti foi um dos principais expoentes.

---

7 É comum aos historiadores do Direito Internacional considerar os padres Francisco de Vitória (1480-1586) e Francisco Suarez (1548-1617), como os primeiros a se debruçar sobre o tema da comunidade dos Estados soberanos e sua juridicidade. Ver em DINH, Nguyen Quoc; DAILLER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito Internacional Público* 2ª ed. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, p.56.

8 “Segundo esta doutrina, o homem é, por natureza, um ser dotado de razão, e essa capacidade que permite analisar, compreender o cosmo e deste modo, o dominar e transformar, e que regula igualmente as relações dos homens entre si com a sociedade. As sociedades humanas organizam-se de acordo com a razão e são regidas por regras e instituições jurídicas racionais, que tendem a permitir a vida em comum, a manter a ordem, a segurança e a paz, assim como a justiça e o desenvolvimento”. In: Touscoz. 1993. p.43.



Em seu *Corso di Diritto Internazionale*, Anzilotti (1964, p.45) sustenta que direito internacional, ou seja, o ordenamento jurídico da comunidade dos Estados, é composto das normas que encontram no *pacta sunt servanda*<sup>9</sup> o fundamento de sua existência. Faz referência que, ao contrário do direito interno, o princípio do *pacta sunt servanda* não repousa sobre uma norma superior; é ele a norma suprema<sup>10</sup> (ANZILOTI, 1964, p. 44-45). Significa dizer que é no próprio compromisso, na declaração da vontade, que se encontra no âmbito internacional a força “coatora” que no direito interno a figura do Estado representa. Em que pese não existir no direito internacional tal figura hierarquicamente superior, não se pode declarar uma “anarquia” exatamente pelo fato de no *pacta sunt servanda* se fundamentar tal ordenamento, ou seja, na vontade dos Estados e no seu próprio compromisso de respeitar as normas das quais é criador.

Diante deste contexto, os tratados ganham papel de protagonistas dentro da teoria de Anzilotti porque representam “a declaração explícita da harmônica vontade de dois ou mais Estados de possuir um determinado comportamento recíproco” (ANZILOTTI, 1946, p.45). É nos tratados que encontramos cristalizado o próprio direito internacional.

O caráter voluntarista da obra de Anzilotti é inegável e sobre seu prisma podemos analisar sua concepção de resolução pacífica de controvérsias, ou melhor, do direito que regula a solução destas controvérsias. Por isso é

---

9 Numa tradução livre, “os pactos devem ser cumpridos”. Em termos de direito internacional, o princípio significa dizer que os Estados devem respeitar os pactos firmados entre eles.

10 Do original: “Ogni ordenamento giuridico consta di un complesso di norme, che desumono il loro valore obbligatorio da una norma fondamentale, allà quale tutte, direttamente o indirettamente, si riconducono. La norma fondamentale determina pertanto quali sono le norme che compongono un dato ordinamento giuridico e lê raccoglie ad unità. Ciò che distingue l’ordinamento internazionale è che in esso il principio pacta sunt servanda non riposa come nel diritto interno, sopra una norma superiore; è esso stesso la norma suprema. La regola secondo cui ‘gli Stati devono rispettare i patti conclusi fra loro’ costituisce pertanto il criterio formale, che distingue le norme di cui parliamo dalle altre e lê raccoglie ad unità. (...) Queste norme costituiscono il diritto internazionale, cioè ‘l’ordinamento giuridico della comunità degli Stati’”

fundamental compreender a dualidade entre Estado como criador e como sujeito da ordem jurídica internacional. Sobre ela, dispõe Anzilotti (1915, p. 2):

Tanto na ordem internacional, quanto na ordem interna, o Estado aparece em uma dupla veste: de um lado ele é o criador do Direito, o constituidor da ordem jurídica; do outro lado é um dos sujeitos da mesma ordem jurídica. A atividade que o Estado aparece como criador do direito é atividade pré-jurídica, portanto, em sua substância, não limitada pelo direito, nem suscetível de ser juridicamente valorada: nesta esfera o Estado está sobre e fora do direito, opera segundo ideologia ou interesse que ele mesmo livremente valora; os atos que realizam podem ser eticamente bons ou maus, conforme a justiça ou não, mas não podem ser jurídicos ou antijurídicos, porque falta a norma que possa dizer-se respeitada ou violada<sup>11</sup>.

Desta forma, considera-se em Anzilotti atividades jurídicas do Estado aquelas que este realiza como sujeito do mesmo direito que cria, que executa com base em normas jurídicas previamente constituídas, às quais se coloca submetido. Para Anzilotti, neste campo o Estado possui direitos e deveres no verdadeiro e próprio sentido da palavra, faculdades pactuadas e limitações impostas por normas obrigatórias<sup>12</sup> (ANZIOTTI, 1915, p. 3).

Este duplo caráter criador/sujeito possui reflexos na concepção de controvérsias para Anzilotti. Para o autor italiano, as controvérsias internacionais podem ser divididas em *políticas* ou *jurídicas*, conceitos que vêm sendo utilizados até hoje. De uma maneira geral, controvérsias jurídicas seriam aquelas que encontram no direito a sua forma de solução. Anzilotti afirma que esta conceituação é insuficiente, pois de acordo com tal concepção todas as

---

<sup>11</sup> Do original: “Tanto nell’ordine internazionale, quanto nell’ordine interno, lo Stato ci apparisce in una duplice veste: da um lato esso è il creatore Del diritto, il costitutore dell’ordine giuridico; dall’altro è uno dei subietti dell’ordine giuridico stesso. L’attività che lo Stato esplica come creatore Del diritto è l’attività pregiuridica, quindi, nella sostanza sua, non limitata dal diritto, nè suscetibile di esser giuridicamente valutata: in questa sfera lo Stato è al di sopra e al di fuori Del diritto, opera secondo idealità o interessi che esso medesimo liberamente valuta; gli atti che compie possono essere eticamente buoni o malvagi, conformi a giustizia o no, ma non possono essere giuridici o antigjuridici, perchè manca la norma che possa dirsi rispettata o violata.”

<sup>12</sup> Do original: “In questo campo lo Stato ha diritti e doveri nel vero e proprio senso della parola, facoltà accordate e limitazioni imposte da norme obbligatorie”

controvérsias seriam jurídicas. Para Anzilotti são jurídicas as controvérsias que se referem à atividade dos Estados em qualidade de sujeitos do direito internacional, atividades submetidas à vontade contida nas normas jurídicas internacionais (ANZILOTTI, 1915, p. 65).

Entretanto, se não é na atividade de sujeito, mas sim de criador do direito internacional, ou seja, se é na capacidade de criar e modificar normas vigentes que os Estados encontram a solução de um conflito, chama-se esta controvérsia de política. Desenvolvem-se fora e sobre o direito. Anzilotti (1915, p. 66) diz que se um Estado não quer mais determinada norma, se sua ação objetiva determinar um novo acordo que modifique o direito vigente, a controvérsia não é jurídica, uma vez que atividade a qual se refere não é direta à realização, mas à criação do direito<sup>13</sup>.

O cunho voluntarista de Dionisio Anzilotti pode também ser claramente percebido quando trata das normas que regulam a resolução de controvérsias<sup>14</sup>. Para o autor, estas emanam da vontade coletiva dos Estados, pois são eles que definem através de acordos específicos ou fazendo referência em outros acordos quais as maneiras de resolução de um determinado conflito (ANZILOTTI, 1915, p. 8).

É faculdade dos Estados escolher o meio pelo qual resolverá suas controvérsias e não existe, *a priori*, limitação para esta predileção. Ressalta Anzilotti (1915, p. 9), porém, que determinadas soluções se adaptam melhor a certas espécies de controvérsias e outras se mostram ineficazes ou desnecessárias.

---

<sup>13</sup> Do original: “Se invece uno Stato non vuol più la norma, se l’azione sua mira a determinare un nuovo accordo, che modifichi il diritto vigente, la controvérsia non è giuridica, poichè l’attività a cui si riferisce non è diretta allá realizzazione, ma allá creazione del diritto”.

<sup>14</sup> Note-se que aqui não se usa o termo *pacífica* para determinar a resolução de controvérsias uma vez que no momento em que o autor escreve seu Corso – 1915 – a Sociedade das Nações não foi criada nem as principais obrigações universais de não-recurso à força, tanto que o próprio autor trata em sua obra da solução de controvérsias através de atos de violência realizado por Estados. Neste sentido há apenas uma referência na Conferência de Haia de 1899, sugerindo o uso da arbitragem antes do recurso à força, o que não o proíbe expressamente, apenas o propõe.

É o caso, por exemplo, de uma interpretação de tratado que cujas discussões acabam por levar ao uso da força, sendo que sua melhor solução seria o apelo a um meio de interpretação do direito, como a arbitragem. Contudo, através de uma arbitragem muito dificilmente se poderia pôr fim a um grave conflito de interesses políticos, que objetiva uma transformação profunda das relações existentes entre dois ou mais Estados.

O meio pelo qual um Estado resolve um conflito só deixa de ser facultativo quando existe uma expressa vontade Estatal constringendo-o. É o caso de tratados que prevêm o recurso a determinado meio para dirimir controvérsias advindas daquele documento ou então pactos entre Estados que submetem todas as controvérsias bilaterais futuras a uma espécie de controvérsia (ANZILOTTI, 1915, p.53). Com isso, pode-se dizer que somente a vontade do Estado pode ser utilizada para abalizar a mesma vontade. Não se pode falar de limitação da vontade uma vez que é da própria escolha do Estado que determinada opção foi tomada.

Também sobre a vontade dos Estados, Anzilotti coloca o fundamento da arbitragem internacional. São as vontades de dois ou mais Estados de dirimir determinada controvérsia que colocam a lide sobre o juízo de um terceiro que fundamentado no direito dará fim à controvérsia. Num momento histórico em que inexistiam tribunais internacionais, o autor italiano (ANZILOTTI, 1915, p.42) afirma ser a arbitragem o exercício da jurisdição, ou pelo menos uma substituição à função jurisdicional no âmbito internacional<sup>15</sup>.

Pode-se afirmar que a função jurisdicional internacional como hoje é conhecida tem suas raízes históricas na arbitragem. Se não se pode afirmar sua similaridade à utilização da arbitragem para solução de litígio das cidades gregas

---

<sup>15</sup> “(...) si tratta di definizione di controversie mediante un giudizio altrui, figura logica che costituisce l’affinità più spiccata e costante fra l’arbitrato e il processo, così è stato facile il passo a considerare l’arbitrato internazionale come esercizio di giurisdizione o, per lo meno, come un sostitutivo della funzione giurisdizionale.”

da antiguidade, as raízes da arbitragem internacional podem ser remetidas à Idade Média, embora sua prática tenha ganhado força e disciplina no século XIX. É no final deste século que encontramos uma codificação do direito internacional<sup>16</sup> e com isso, uma positivação das normas de solução de controvérsias, nas Convenções de Haia de 1899 e 1907, as quais reafirmam a importância da arbitragem no cenário internacional<sup>17</sup>.

Ao tratar da continuidade entre os dois institutos, nota-se em Anzilotti o ponto em comum em tratar de controvérsias com base no direito vigente, ou seja, jurídicas. Anzilotti (1915, p.98) é bastante claro nesse sentido:

Se é verdade que a arbitragem pode servir a resolver qualquer tipo de controvérsia, é verdade também que na grande maioria dos casos ela vem empregada na resolução de controvérsias jurídicas, isto é, de controvérsias nas quais os Estados estão de acordo ao desejar que a decisão seja a realização de uma vontade expressa nas normas, embora diverjam no determinar qual é esta vontade. As partes demandam ao árbitro qual é a vontade das normas, porque querem que o seu acordo traduza em ato esta vontade<sup>18</sup>.

Como se pode notar, em nenhum momento Anzilotti prescinde de sua teoria voluntarista para explicar os fenômenos internacionais. Ter em conta esses pontos doutrinários norteadores em sua obra – principalmente no que toca à sua abordagem de solução pacífica de controvérsias e, posteriormente, à arbitragem – é fundamental para compreender e analisar sua prática internacional. Seja como conselheiro do ministério italiano de negócios internacionais, como secretário da

---

<sup>16</sup> O termo codificação vem aqui utilizado em referência às convenções de Haia e não se pretende utilizá-lo de forma a englobar todo o direito internacional. O próprio Anzilotti fala em codificação in ANZILOTTI, 1915, p.10.

<sup>17</sup> Para saber mais sobre o histórico da arbitragem internacional e da constituição de uma corte de justiça internacional, ver LIMA, L.C. *A consolidação de um tribunal permanente de justiça internacional*. Florianópolis: 2008.

<sup>18</sup> Do original: “Se è vero che l’arbitrato può servire a risolvere qualsiasi controversia, è vero altresì che nella grande maggioranza dei casi esso viene impiegato per la risoluzione di controversie giuridiche, cioè di controversie nelle quali gli Stati sono concordi nel volere che la decisione sia la realizzazione della volontà espressa nelle norme, sebbene divergano nel determinare qual’è questa volontà. Lê parti chiedono all’arbitro qual’è la volontà delle norme, perchè vogliono che il loro accordo traduca in atto questa volontà.

comissão de preparação de um tribunal permanente, e posteriormente como juiz e presidente do mesmo tribunal.

## 2. Atuação na Sociedade das Nações

O ano é 1918. Em janeiro, o presidente americano Woodrow Wilson discursa no Congresso Estadunidense defendendo seus famosos *quatorze pontos* para se atingir a paz após três anos de guerra. O décimo quarto ponto previa a criação de uma “sociedade de Estados”<sup>19</sup> aqui então denominada Sociedade das Nações. Com o fim da guerra próximo, na metade daquele ano começaram as negociações de um documento que após seis meses de debate culminaria no Tratado de Versalhes de 1919<sup>20</sup>.

Em março de 1918, porém, já havia uma proposta de estatuto para a Sociedade das Nações por parte da Inglaterra. Em junho foi a vez da França, sucedida no mês seguinte pelos Estados Unidos a elaborar uma proposta. Embora não tenha criado projeto próprio, a Itália tomou os projetos em análise para emitir um parecer nas negociações preliminares. O ministro *degli Esteri* deixou a cargo de Dionisio Anzilotti a análise da proposta inglesa e francesa.

No parecer escrito de 28 de novembro de 1918<sup>21</sup>, Anzilotti analisa a proposta com um olhar crítico e, sob alguns aspectos, clarividente. Inicia o texto colocando por terra os ares de novidade que a proposta ganhava, afirmando que:

---

<sup>19</sup>“XIV. A general association of nations must be formed under specific covenants for the purpose of affording mutual guarantees of political independence and territorial integrity to great and small states alike.” IN: President Wilson’s 14 Points.

<sup>20</sup> O Tratado de Versalhes foi o documento que oficialmente encerrou a I Guerra Mundial. Além de tratar das questões fronteiriças da Alemanha e impor sanções às nações derrotadas, fazia parte de seu corpo o Pacto da Sociedade das Nações.

<sup>21</sup> Embora não se tenha acesso ao documento original e as transcrições foram retiradas da obra de BOSCO, 2006, usar-se-á a referência ANZILOTTI, 1918, para fazer referência ao seu texto no parecer. Desta forma, deve-se entender ANZILOTTI, 1918, apud BOSCO, 2006.

“uma Sociedade das Nações, ou melhor, de Estados, entendida no sentido de coexistência de várias organizações políticas que possuem entre si relações e agem segundo certas normas, sempre existiu e não pode de maneira nenhuma ser considerada como um *quid novi* que deva emergir da presente guerra.”<sup>22</sup> (ANZILOTTI, 1918, p. 1)

Além disso, trata com alguma reserva a idéia da Sociedade. Nota o caráter federativo que tal proposta deseja assumir, parecendo impossível para o italiano a constituição de uma autoridade suprema. Termina, por fim, comentando a aparência utópica que tal proposta assume, além das dificuldades práticas que determinada ação pode tomar.

Essa aparente incredulidade de Anzilotti vem ao encontro de sua concepção das relações internacionais e do próprio direito internacional. Em seu *Corso* (ANZILOTTI, 1915, p. 6), o autor coloca que a ordem jurídica internacional, ou seja, o direito dessa sociedade de Estados, é produto da vontade dos mais fortes<sup>23</sup>, e portanto, causa-lhe estranheza a idéia de submissão.

Analisando as propostas concernentes à Sociedade das Nações, Anzilotti ressalta o papel normativo que tal entidade pode vir a assumir. Entretanto, mais uma vez quebrando um suposto cunho inovador da Sociedade, reporta às Conferências de Haia e propõe que estas se realizem regularmente porque significaram – estas sim – uma inovadora forma de produção do direito internacional (ANZILOTTI, 1918, p.2). O italiano chega a sugerir que se retomassem os trabalhos realizados por aquelas uma vez que determinado modelo já estava constituído em vez de iniciar-se do zero numa construção desprovida de historicidade. Ziccardi (2005. p. 210) reitera esta preocupação histórica de Anzilotti em sua metodologia, seja na análise dos institutos de direito

---

<sup>22</sup> Do original: “Una Società delle Nazioni, o meglio degli Stati, intesa nel senso di coesistenza di varie organizzazioni politiche che hanno fra loro dei rapporti ed agiscono secondo certe norme, è sempre esistita, e non si può in alcun modo considerare come un *quid novi* que debba uscire dalla presente guerra”

<sup>23</sup> Do original: “(...) è verissimo che l’ordine giuridico internazionale è il prodotto della volontà dei più forti”

internacional público ou privado, seja no exame dos fatos internacionais através de sua obra.

Um dos pontos que ganha especial atenção de Anzilotti é aquele que diz respeito ao modo de assegurar a pacífica solução de controvérsias, “que não podem não surgir entre os Estados associados”<sup>24</sup> (Anzilotti, 1918. p. 2). Neste sentido, ele reforça a necessidade de deixar à disposição dos associados “outros meios idôneos à resolução das suas vertentes”<sup>25</sup> (BOSCO, 2006. p. 45). Para Anzilotti, não pode existir a possibilidade jurídica de recorrer às armas<sup>26</sup> (ANZILOTTI, 1918. p. 5). Declara por fim que tais meios não podem reduzir-se à arbitragem, já acenando a necessidade de novos meios para solução de controvérsias que até então não tinham sido experimentados no âmbito do direito internacional, embora a esta nomeasse o meio natural de resolução de controvérsias jurídicas.

Para as controvérsias políticas, ao tratá-las de forma mais delicada por exigirem atenção especial por parte dos Estados uma vez que de sua resolução o direito seria criado ou modificado, Anzilotti antecipa a formação de um corpo formado por representantes dos Estados, ao qual ele chama “Conselho dos Estados” (ANZILOTTI, 1918. p. 4). Os artigos segundo e quarto do Pacto da Sociedade das Nações<sup>27</sup> vêm concretizar essa sugestão de Anzilotti, instituindo tal Conselho.

---

24 Do original: “Ma il punctum pruriens della questione, su cui converge di preferenza l’attenzione degli studiosi e lo sforzo dei progetti elaborati, riguarda il modo di assicurare la pacifica soluzione delle controversie che non possono non sorgere fra gli Stati associati”

25 Do original: “(...) occorre mettere a disposizione dei consociati altri mezzi idonei allá risoluzione delle loro vertenze”

26 Do original: “A noi sembra giunto il momento di farei l passo decisivo, escludendo in ogni caso la possibilitá giuridica del ricorso alle armi”. O grifo é do próprio Anzilotti.

27 “Art.2 A ação da Sociedade, tal qual está definida no presente Pacto, será exercida por uma Assembléa e um Conselho, auxiliados por uma Secretaria permanente.” “Art. 4. O Conselho compor-se-á de Representantes das Principais Potências aliadas e associadas, assim como de Representantes de quatro outros Membros da Sociedade. Esses quatro Membros da Sociedade serão designados livremente pela Assembléa e nas épocas que lhe agradar escolher. Até a primeira



Se é possível afirmar que Anzilotti em seu texto preconiza o Conselho de Estados, mais claro é o italiano ao tratar da instituição de uma corte permanente de justiça (ANZILOTTI, 1918. p. 5-6):

Quanto às controvérsias que se convém chamar jurídicas, (...) o ato constitutivo da Sociedade deveria prover a criação de uma *Corte de justiça arbitral*, seja para colocar à disposição dos consociados um órgão de imediato e fácil acesso, seja para tornar possível a solução daquelas controvérsias que o Conselho dos Estados acreditasse passível de solução judiciária. A instituição de tal Corte apresenta certas dificuldades notáveis, reveladas claramente na segunda Conferência de Haia, que não conseguiu superá-las todas: necessitaria retomarmos aquela obra e completá-la, aproveitando o novo espírito que presidirá de ora em diante as relações internacionais<sup>28</sup>.

Note-se que mesmo utilizando o termo “*corte de justiça arbitral*”, Anzilotti faz a previsão de um órgão nos moldes da Corte Permanente de Justiça Internacional, surgida em 1921. Neste momento já existe uma corte de justiça arbitral, instituída nas conferências de Haia, mas que representa apenas uma lista de árbitros. Faltaria a esta instituição este caráter permanente mencionado por Anzilotti.

O problema da sanção é também um dos pontos de análise de Anzilotti, tanto no que diz respeito à não observância das disposições do pacto no que diz respeito à resolução pacífica de conflitos, como no não reconhecimento das sentenças (BOSCO, 2006, p.49). Mais uma vez o autor italiano recorre ao direito interno para melhor conceber suas idéias e afirma que não se pode comparar o sistema internacional ao ordenamento jurídico nacional porque não há

---

designação pela Assembléia, os Representantes da Bélgica, do Brasil, da Espanha e da Grécia serão Membros do Conselho”. In: Pacto da Sociedade das Nações, 1919.

28Do original: “Quanto alle controversie che si sogliono chiamare giuridiche, ferma la liberta degli Stati di provvedere da sé ricorso al giudizio arbitrale come meglio credono, l’atto costitutivo della Società dovrebbe provvedere allá creazione di una *Corte di giustizia arbitrale*, sai per mettere a disposizione dei consociati un organo di più pronto e facile accesso, sai per rendere possibile la soluzione giudiziaria. L’istituzione di tal Corte presenta certe difficoltà notevoli, rivelate chiaramente dalla seconda Conferenza dell’Aja, che non riuscì a superarle tutte: bisognerebbe riprenderne l’opera e completarla, profittando del nuovo spirito che presiederà ormai ai rapporti internazionalli”.

uma autoridade superior coatora. Entretanto, num sistema em que consociados se obrigam através da vontade, é com base nessa mesma vontade que não lhes foi imposta, mas espontaneamente oferecida, que se vai exigir o adimplemento de suas obrigações.

No projeto inglês se previa a existência de um Estado de guerra contra todos os demais membros da Sociedade quando da violação das normas de uso da força, de modo que seria permitido aos Estados qualquer medida militar, moral, financeira que se reputasse oportuna (BOSCO, 2006, p.50). Esta concepção, adotada pelo art. 16 do Pacto da Sociedade das Nações<sup>29</sup>, ia completamente de encontro à proposta francesa, que sugeria a criação de uma força armada internacional para execução de eventuais medidas militares, rechaçada por Anzilotti.

Outros pontos foram analisados por Anzilotti no que diz respeito à criação da Sociedade das Nações, mas ressalta-se estes três – conferências periódicas, corte de justiça permanente, sistema de sanções – por serem as principais contribuições italianas e que foram devidamente acolhidas no seio da sociedade (BOSCO, 2006, p. 52).

O surgimento da Sociedade das Nações teve um impacto direto na teoria de Dionisio Anzilotti. Embora não considere as organizações internacionais como sujeitos do Direito Internacional (ANZILOTTI, 1964, p 146-150), Anzilotti (1964, p. 182) fala de uma “nova qualificação jurídica subjetiva e de especial importância”<sup>30</sup>: a de membros da Sociedade das Nações. Isto porque, a Sociedade

---

<sup>29</sup> “Art.16 Se um Membro da Sociedade recorrer à guerra, contrariamente aos compromissos tomados nos artigos 12,13 ou 15, será ‘ipso facto’ considerado como tendo cometido um ato de beligerância contra todos os outros Membros da Sociedade”. Pacto da Sociedade das Nações (1919)

<sup>30</sup> Do original: “Uma qualificazione giuridica soggetiva nuova e di speciale importanza, che rientra nella categoria di quelle collegate coi tipi storici di cui si è fattoceno, è la qualifica di *membri della Società delle nazioni*”.

das Nações cria um ordenamento jurídico apenas para seus membros, um direito internacional particular dentro do geral.

Também a Sociedade das Nações é em substância uma Confederação de Estados, (...), isto é, uma sociedade de Estados regulada por um ordenamento jurídico próprio, que constitui um direito particular no seio do direito internacional geral. Esta constatação não é atualmente bem verdadeira pelo fato que ao ordenamento jurídico da Sociedade das Nações é diretamente ligado a tendência à universalidade e portanto à adequação do próprio ordenamento àquele da comunidade internacional inteira<sup>31</sup>. (ANZILOTTI, 1964, p.182)

Desta forma, Anzilotti reconhece que mesmo as organizações internacionais podem, diante de uma perspectiva de universalização, se tornar sujeitos de Direito Internacional, uma quase-exceção à própria regra em virtude de sua crença e ligação com a Sociedade. Este texto, escrito posteriormente ao do parecer ao Ministério, já demonstra o dissipar da descrença inicial para com a Sociedade das Nações que tomava Anzilotti.

Os membros da Sociedade das Nações seriam destarte destinatários das normas que constituem este ordenamento social, este conjunto de direitos e deveres exclusivos aos “membros de clube”, que não exclui uma atividade fora de suas alçadas, mas submete nas relações entre seus associados. Um direito particular dentro de um manancial de direito comum, mesmo com sua pretensão universal.

Anzilotti (1964, p. 183) salienta que a Sociedade através de seus pactos e obrigações os membros se comprometiam pelo primado pela paz, pela solução pacífica de controvérsias, pelo não recorrer ao uso da força antes da tentativa de solução pacífica, tanto com os Estados membros, como os não-

---

<sup>31</sup> “Anche la Società delle nazioni è in sostanza una Confederazione di Stati, nel senso ora spiegato, cioè una società di Stati regolata da un proprio ordinamento giuridico, che costituisce un diritto particolare nel seno del diritto internazionale generale. Questa constatazione non è attualmente men vera pel fatto che all’ordinamento giuridico della Società delle nazioni è connaturata la tendenza all’università e quindi all’adequazione del proprio ordinamento a quello della comunità internazionale tutta intera”

membros. Nesse caso, em relação aos terceiros à Sociedade, as obrigações são menores, mas sempre primam pela observação antes da ação.

Primando pela solução pacífica de controvérsias e diante de conflitos jurídicos, os Estados membros da Sociedade das Nações poderiam então recorrer à grande novidade nesta matéria criada pela organização internacional: sua Corte Permanente.

### **3. A Corte Permanente de Justiça Internacional**

Com o advento da Sociedade das Nações, vem prevista em seu Pacto fundador, no artigo 14, a criação do Tribunal Permanente cujo estatuto seria preparado por uma comissão de juristas<sup>32</sup>. Mais uma vez ressalta-se o caráter permanente de tal corte, evidenciando um acordo por parte de todos os Estados contratantes da importância de uma instituição de organização duradoura a fim de resolver as controvérsias e elucidar as questões de direito internacional através de pareceres consultivos.

Há uma clara associação entre jurisdição permanente e organização internacional. A história do Direito Internacional mostra que o aparecimento de uma, dotada de eficácia e perpetuação temporal, está diretamente relacionado à existência da outra. As empreitadas que tentaram a composição de tribunais sem respaldo e apoio de uma Organização Internacional mostraram-se infrutíferas, como no caso do Tribunal de Justiça Arbitral, o Tribunal Internacional de Presas, a Corte de Justiça Centro-Americana e, de certa forma, a Corte Permanente de Arbitragem. Neste sentido posiciona-se Allain Pellet (2003, p. 905):

---

<sup>32</sup> Pacto da Sociedade das Nações. Art.14. “O Conselho será encarregado de preparar um projeto de Tribunal permanente de justiça internacional e de submetê-lo aos Membros da Sociedade. Esse Tribunal tomará conhecimento de todos os litígios de caráter internacional que as Partes lhe submetam. Dará também pareceres consultivos sobre toda pendência ou todo ponto que lhe submeta o Conselho ou a Assembléia”

Todas as tentativas de estabelecer jurisdições internacionais num quadro puramente interestatal resultaram em insucesso. As únicas jurisdições que puderam adquirir uma verdadeira permanência foram criadas sob os auspícios de organizações internacionais, beneficiando do seu apoio institucional mas também sofrendo de sua imperfeição política.

A inovação deste tribunal se encontra não no fato de ser o primeiro órgão judiciário internacional, mas de ser o primeiro dotado de vocação universal, e pronto, assim, a decidir sobre demandas entre quaisquer Estados (REZEK, 2007, 358-359).

Um grupo de dez reconhecidos juristas fora chamado para a elaboração do estatuto do Tribunal, e como secretário do comitê figurava Dionisio Anzilotti, que à época era Subsecretário Geral da Sociedade das Nações. Reunido em Haia de 16 de junho a 24 de julho de 1920, o comitê elaborou um “*avant-project*” de 62 artigos e três resoluções. Na oitava sessão do Conselho da Sociedade, o projeto foi apresentado e com algumas alterações, aprovado em 1920. Em novembro foi submetido à Assembléia e ao Conselho, que em 13 de dezembro aprovavam-no por unanimidade, com algumas retificações.

Havia um desejo de ver a corte em funcionamento rapidamente, principalmente pelo fato de que os Estados Unidos acenavam no sentido de criar uma jurisdição internacional neste sentido. Em memorando, no cargo de secretário geral adjunto da Sociedade, Anzilotti preparou um parecer chamando a atenção dos Estados Unidos, fazendo referência as suas obrigações pactuadas no aceitar da corte (BOSCO, 2006, p.51).

O receio desapareceu alguns meses depois, em setembro de 1921, quando o Estatuto da Corte conseguiu um número suficiente de ratificações, de modo que em 30 de janeiro de 1922 a Corte realizou sua primeira sessão em Haia. Esta reunião inicial deu-se para emanar o regulamento de procedimento, função prevista no art. 30 no Estatuto da Corte.

No ano de 1921 ocorreram as primeiras eleições para juiz na Assembléia da Sociedade e no Conselho da Sociedade das Nações e Dionisio Anzilotti fora escolhido para participar da primeira judicatura da Corte Permanente. Nesta eleição também foi nomeado juiz o brasileiro Rui Barbosa<sup>33</sup>, que faleceu dois anos depois. O mandato de Anzilotti durou até 1930, quando realizada nova eleição e foi eleito por 40 votos, sendo o segundo juiz mais votado, ficando atrás apenas do candidato japonês, Mineichiro Adatci<sup>34</sup>, que recebeu 49 votos. Em 1928 Anzilotti é escolhido como Presidente da Corte pelo mandato de três anos, deixando o cargo em 1930.

Estabelecida e em funcionamento, a Corte Permanente de Justiça Internacional revelou um êxito imprevisto e devido à freqüência de suas seções e a multiplicidade dos assuntos por ela tratados, urgiu a necessidade de uma revisão do estatuto de 1920 (ROUSSEAU, 1966, p. 363). Liderados por Henri Fromageot e Nicolas Politis, um conjunto de juristas reunidos em Genebra, em março de 1929 começou a trabalhar na reforma de referido estatuto com a intenção de colocar a Corte em condições de cumprir com a continuidade da missão cada vez mais importante a ela incumbida (ROUSSEAU, 1966, p. 363). O secretário da Sociedade das Nações convida também para participar da revisão do estatuto o presidente e o vice-presidente da Corte, forma pela qual Anzilotti pode participar ativamente nos debates acerca da adaptação do estatuto às novas necessidades.

A energia de Anzilotti não era utilizada apenas na construção estatutária e documental da Corte, mas também ante cada singular julgamento. Ele

---

<sup>33</sup> Rui Barbosa (1849-1923), jurista brasileiro, foi delegado brasileiro na Conferência de Haia de 1907, por cuja atuação ganhou a alcunha “a águia de Haia”. Em 1923 Rui Barbosa vem a falecer, e sua cadeira é substituída na corte por Epiácio Pessoa (1865-1942), foi presidente do Brasil e Ministro da Justiça. Foi delegado na Conferência de Paris de 1919. In: HUDSON, 2006, p. 260.

<sup>34</sup> Mineichiro Adatci, Japão, (1870-1934), foi professor de História Diplomática e Direito Internacional no Japão, e foi juiz em várias corte de presas durante a guerra Russo-japonesa. Foi ministro no México e embaixador em Bruxelas, e em Paris. Foi membro do Comitê de Juristas de 1920 e delegado na Assembléia da Sociedade das Nações por muitos anos. In: HUDSON, 2006, p. 260.

foi o juiz mais presente nas reuniões da corte, assistiu a todas as sessões de todos os anos, sendo o único juiz a realizar tal feito (HUDSON, 1943, p. 338).

Anzilotti era de fato um dos juízes mais ativos, não apenas participando de todos os julgamentos, mas escrevendo suas opiniões e considerações acerca dos casos analisados, sempre tendo em conta o direito internacional. Mesmo quando suas opiniões iam de encontro à posição majoritária da corte, embasava-as e muito respeitosa e fazia suas considerações. A maioria das decisões dissidentes do Tribunal Permanente foram considerações escritas por Anzilotti. Sobre elas, escreve:

Sinto um profundo pesar de não estar de acordo com a Corte, e é meu dever dizê-lo. Como, segundo meu entendimento, as opiniões dissidentes não devem ser uma crítica do posicionamento da Corte, mas uma exposição dos pontos de vista do autor, desta forma vou limitar-me a indicar, o mais brevemente possível, meu ponto de vista e os fundamentos nos quais está baseado.<sup>35</sup>

Não foram poucas vezes que Anzilotti foi compelido por este dever. Se no início suas opiniões eram curtas e breves, com a própria prática do tribunal e como outros juízes lançavam mão de argumentações e opiniões mais longas, também Anzilotti alongou suas opiniões individuais (RUDA, 1992, p.101). Não se tratava apenas das questões específicas dos casos, mas estendia-se traçando os principais pontos jurídicos que envolviam a questão, tratando-os com precisão e, sobretudo, com coerência perante os próprios escritos e pensamento.

Esta é um dos pontos que os que escrevem sobre Anzilotti sempre ressaltam<sup>36</sup>: a harmonia no coadunar teoria e prática, cristalizando seu

---

<sup>35</sup> Do original: “J’ai le vif regret de ne pas approuver l’avis de la Cour et j’ai le devoir de le constater. Comme, selon moi, les opinions dissidentes ne doivent pas être une critique de ce que la Cour a cru devoir dire, mais plutôt un exposé de la manière de voir de l’auteur, je me bornerai à indiquer, aussi brièvement que possible, mon point de vue, et les motifs sur lesquels il s’appuie.” In: *Free City of Danzig and ILO* Series B, No. 18, 18. CPJI.

<sup>36</sup> Nas referências bibliográficas é possível identificar quantos escreveram sobre Anzilotti. Faz-se aqui especial alusão aos textos pronunciados pelos também juízes da Corte Permanente de Justiça

pensamento no seio da sociedade internacional através de uma atuação incisiva e presente, sempre clarificando seus pontos de vista, nunca deixando passar um caso, uma sentença, sem que suas posições ficassem devidamente elucidadas.

Ressalta-se que não foram poucas as oportunidades de fazê-lo uma vez que em seus dezessete anos de existência, a Corte analisou trinta e um casos e emitiu vinte e sete pareceres consultivos. Entre eles importantes decisões foram tomadas em matéria de direito internacional, vindo a ser referências posteriores na ciência jusinternacionalista. É por exemplo o parecer consultivo relativo aos *Tribunais de Dantzig*<sup>37</sup>, de 1928, que reconhecia a possibilidade de tratados atribuírem direitos precisamente aos indivíduos. Litígios de interesse brasileiro também foram alvo de análise da Corte Permanente, como o caso dos Empréstimos Brasileiros<sup>38</sup>, na qual a França exigia o pagamento de empréstimo realizado, mas havia dissenso quanto ao valor diante da desvalorização do franco após a I Guerra.

A oportunidade dos julgamentos criou a oportunidade de Anzilotti tratar dos mais diversos temas de Direito Internacional Público, através das suas já citadas opiniões individuais e dissidentes. Tratou da relação entre direito internacional e direito interno, sempre ressaltando sua posição dualista<sup>39</sup>, abordada na opinião consultiva relativa ao caso da *Companhia Elétrica de Sofia*<sup>40</sup>; da interpretação dos tratados, quando se debruçou no caso do *Status Jurídico da Groelândia Oriental*<sup>41</sup>, disputada entre Noruega e Dinamarca; e também a

---

Internacional, Max Huber e Charles de Visscher, disponíveis nos anexos da obra de BOSCO, 2006.

<sup>37</sup> Jurisdiction of the Courts of Danzig. Série B, N.18, CPJI.

<sup>38</sup> Brazilian Loans. Série A, N.21, CPJI, 1929.

<sup>39</sup> O dualismo é também uma das grandes características do pensamento de Dionisio Anzilotti acerca do Direito Internacional. Optou-se por não privilegiar tal temática nesta obra para que se pudesse enfocar na questão voluntarista e solução pacífica de controvérsias. Sobre o tema, pode-se encontrar mais informações em MARQUES, Guilherme Bez. Dionisio Anzilotti e o Direito Internacional: Fundamentos da Escola Italiana de Direito Internacional, 2008.

<sup>40</sup> Electricity Company of Sofia and Bulgária. Série A/B, N.77, CPJI, 1939.

<sup>41</sup> Legal Status of Eastern Greenland. Série A/B, N.53, CPJI, 1933.



respeito das circunstâncias que excluem um Estado do cumprimento de suas obrigações, no caso *Oscar Chinn*<sup>42</sup>, promovido entre Reino Unido e Bélgica<sup>43</sup> (RUDA, 1992, p. 105-108).

Essa ampla gama de assuntos tocados pela Corte Permanente em sua atividade criou um ponto comum no meio da ciência do direito internacional; não que as decisões tornassem-se unanimidades, mas contribuiu para a concepção posterior de tê-las também como fonte do mesmo direito e especialmente em sua transformação.

Esta produção da Corte Internacional tem uma significativa influência no comportamento dos Estados e na evolução do Direito. Como consequência, a Corte possui uma extraordinária importância. Estes julgamentos e opiniões consultivas ajudaram a concretizar, desenvolver e unificar as regras de direito internacional.<sup>44</sup> (CHARNEY, 1998, p.118)

Entretanto, a euforia criada pela novidade da Sociedade das Nações e seus reflexos no ordenamento jurídico internacional cessou no primeiro dia de setembro de 1939, quando Hitler invadiu a Polônia e a II Guerra estourou na Europa. A Sociedade das Nações falhou no seu intento de preservar a paz. De fato, a própria Sociedade dava sinais de desgaste há tempo (BRAVO, 1992, p. 53).

Embora o Presidente Wilson tenha sido um dos idealizadores da Organização Internacional, os Estados Unidos, através do Senado, não ratifica o Tratado de Versalhes. A própria Alemanha só veio a fazer parte da Sociedade em 1926, deixando-a poucos anos depois. Mesmo a Itália de Anzilotti deixa a Sociedade das Nações em 1935 depois de condenada pela agressão à Etiópia.

---

<sup>42</sup> Oscar Chinn. Série A/B, N.63, CPJI,1934.

<sup>43</sup> O artigo *The Opinions of Judge Dionisio Anzilotti at the Permanent Court of International Justice*, de José Maria Ruda trata especificamente de outros temas.

<sup>44</sup> Do original: “These products of the International Court have a significant influence on the behaviour of States and on the evolution of the law. As a consequence, the Court has extraordinary importance. Its judgments and awards help to concretize, develop, and unify the rules of international law. “

Em 1939 a Assembléia da Sociedade das Nações considera inviável a realização de eleições para a terceira judicatura da Corte, e permanecem no cargo os juízes até 1946 de acordo com as regras do tribunal, no mesmo ano que a última Assembléia da Sociedade é convocada. Entretanto, a última audiência pública da corte foi em 5 de dezembro de 1939, no caso da Companhia de Eletricidade de Sofía. De qualquer maneira, Anzilotti ficou de posse de seu cargo até o fim da guerra e o impacto gerado pelo término da Sociedade, em Anzilotti, é narrado por Roberto Ago (1992, p. 8):

Quando, pouco antes, a Segunda Guerra Mundial estourou, todas as pessoas sérias das nossas disciplinas se deram conta da catástrofe que era este acontecimento e das circunstâncias que representava. Contudo, para Dionisio Anzilotti, foi o desabar aterrorizante de todo um edifício construído sobre a idéia que alimentou seu espírito durante sua vida. Ele tinha colaborado de modo direto, ativo e entusiasmado aplicando-se pela Sociedade das Nações. No capítulo introdutório da terceira edição de seu *Corso di diritto internazionale*, de 1928, ele homenageia calorosamente a iniciativa do presidente Wilson. O Tribunal Permanente de Justiça Internacional, foi, em boa parte, sua própria criação.

Com o término da Sociedade das Nações e, conjuntamente, da Corte Permanente cessa também a atividade de Dionisio Anzilotti, que retorna à terra natal, na Toscana, para gozar de sua aposentadoria e dos últimos anos que lhe restam.

### **Considerações Finais**

A Corte Permanente de Justiça Internacional foi o alicerce sobre a qual a atual Corte Internacional de Justiça se edificou. Grande parte do conjunto normativo que veio a ser base do estatuto foi aproveitado da organização anterior e toda experiência jurisprudencial foi muitas vezes utilizada pelos juízes da nova Corte.

O sistema de solução pacífica de controvérsias transformou-se de forma cabal e não se pode mais dissociar um sistema internacional que prime pela paz, desprovido de um órgão permanente de caráter judiciário para a resolução de litígios. A Corte Permanente de Justiça Internacional consolidou esta característica, tornou-se paradigma do que viriam a ser os atuais tribunais internacionais.

Os trabalhos de Anzilotti sempre demonstraram uma atenta preocupação com as novidades jurídicas no cenário internacional, frutos de uma evolução histórica e de um processo de condensação normativa iniciados nas Convenções de Haia. Turbilhão de inovações nas quais pode muito perto atuar e analisar com a refinada análise teórica que lhe é própria.

A atuação de Anzilotti nesses processos jamais poderá ser medida com precisão. Quantas discussões precederam a criação da Sociedade das Nações? Qual foi o teor dos debates na confecção do Estatuto? Que argumentos Dionisio Anzilotti lançou mão para sustentar seus pontos de vista?

Se inicialmente a idéia de uma Sociedade das Nações parecia-lhe estranha, posteriormente, com seu trabalho próximo e intenso, tornou-se um motivo de crença e dedicação, inclusive adaptando aspectos de sua teoria àquela prática que se desenhava.

Seus escritos são testemunhos de seu pensamento e em cada uma de suas decisões e opiniões individuais podemos extrair um fator da soma cujo resultado será toda a sua obra. Conciliando teoria e prática, inegável foi seu papel de protagonista no curso do direito internacional do século XX.

A compreensão da teoria de Dionisio Anzilotti aliada a sua atividade diplomática e jurisprudencial serve também para o entendimento daquele período histórico, da concepção jusinternacionalista que vigorava à época. Conhecê-la é também atingir a própria história da ciência do Direito Internacional.

## Referências Bibliográficas

AGO, Roberto. *Rencontres avec Anzilotti*. In: European Journal of International Law. Florença, vol. 3, n. 1, 1992. p. 92-99. Traduzido para o português por Arno Dal Ri jr.

ANZILOTTI, Dionisio. *Scritti di Diritto Internazionale Pubblico*. Tomo Primo. Padova: Cedam, 1956.

\_\_\_\_\_. *O Conceito Moderno de Estado e o Direito Internacional*. Trad. Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis. 2007.

\_\_\_\_\_. *Corso di Diritto Internazionale*. Volume Primo. 3ª.ed. Padova: Cedam 1964.

\_\_\_\_\_. *Corso di Diritto Internazionale*. Volume Terzo. Roma: Athenaeum 1915.

\_\_\_\_\_. *Parecer ao Ministero degli Affari Steri acerca das propostas de Estatuto da Sociedade das Nações*. Arquivo Histórico do Ministero degli Affari esteri, Fondo Conferenza della pace,1918. *apud* BOSCO, Giorgio. *Dionisio Anzilotti. L'attività diplomática e giurisdizionale*. Milão: Edizione Nagard, 2006.

BOSCO, Giorgio. *Dionisio Anzilotti: L'attività diplomática e giurisdizionale*. Milano: Edizione Nagard, 2006.

BRANT, Leonardo. Nemer. Caldeira. *A Corte Internacional de Justiça e a Construção do Direito Internacional*. 1. ed. Belo Horizonte: Editora Cedin, 2005. v. 1.

BRAVO, Luigi Ferrari. *Lezioni di Diritto Internazionale*. Editoriale Scientifica. 3a. Ed. 1992. Napoli.

CHARNEY, J. I. "International law threatened by multiple international tribunals?" in *Recueil des cours*. Académie de Droit International, 1999, v. 271.

DINH, Nguyen Quoc; DAILLER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito Internacional Público* 2ª ed. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 2003

FERRAJOLO, Ornella. *Il Contributo di Dionisio Anzilotti al Progetto Italiano del Patto della Società delle Nazioni*. Conferência apresentada no Simpósio "Dionisio Anzilotti, il diritto internazionale nei giudizi interni", Borgo a Buggiano, 2005.

HUDSON, Manley O. *The Permanent Court of International Justice 1920-1942*. The Macmillian Company: New York. 1943.

KAZAZI, Mojtaba. *Burden of Proof and Related Issues: a study on evidence before international tribunals*. Kluwer Law International. The Hague: 1995.

LIMA, Lucas Carlos. *A consolidação de um tribunal permanente de justiça internacional*. Florianópolis: 2008.

MARQUES, Guilherme Bez. *Dionisio Anzilotti e o Direito Internacional: Fundamentos da Escola Italiana de Direito Internacional*. In: 6º Congresso Brasileiro de Direito Internacional, 2008, Curitiba. Estudos de Direito Internacional. Curitiba : Juruá, 2008. v. XIII. p. 115-125.

REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007

ROUSSEAU, Charles. *Derecho Internacional Publico Profudizado*. Buenos Aires: La Rey, 1966. Trad. Delia Garcia Daireaux

RUDA, José Maria. *The Opinions of Judge Dionisio Anzilotti at the Permanent Court of International Justice*. In: *European Journal of International Law*. Florença, vol. 3, n. 1, 1992. p. 100-122.

SCOTT, James Brown. *The Project of a Permanent Court of International Justice and Resolutions of the Advisory Committee of Jurists*. Endowment: Washington 1920.

SERENI, Angelo Píero. *The Italian Conception of International Law*. New York: Columbia University Press, 1943.

TANCA, Antonio. *Dionisio Anzilotti (1867-1950)*. In: *European Journal of International Law*. Florença, vol. 3, n. 1, 1992. p. 156-162.

TOUSCOZ, Jean. *Direito Internacional*. Trad. Nuno Canas Mendes. Lisboa: Publicações Europa-América, 1993.

ZICCARDI, Piero. *Evolução e Perspectivas da Escola Italiana de Direito Internacional no Século XX*. Trad. Arno Dal Ri Júnior. In: *Revista Sequência*. Ano XXV, n.º 51. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005. p. 203-227.

## **CIDADANIA, ESTADO E DIREITOS: UMA REFERÊNCIA PARA O REDIMENSIONAMENTO DO CONCEITO E DA PRAXIS DA CIDADANIA**

Elton Diego Stolf\*

Revista Ius Gentium 2(1): 140-155 [2009]

### **Resumo**

A partir da Baixa Idade Média o indivíduo passa a uma nova função dentro do novo tipo de sociedade: com a formação do Estado Moderno, deixa o status de vassalo para adquirir o status de cidadão. Ao observar essa evolução histórica, o presente ensaio visa redimensionar o conceito de cidadania através do estudo dos seus elementos, utilizando a análise sociológica do autor inglês Thomas Humphrey Marshall, referência indispensável para conceituar a cidadania moderna. Em que pese a construção cartesiana do conceito de cidadania encontrada em Marshall – como consequência de uma evolução natural da sociedade – na verdade, o status de cidadão foi ampliado na medida que o espaço público da sociedade foi se alargando, resultado da incisiva atuação na luta por direitos da classe social que então surgia, a Burguesia, que em constante tensão social fazia com que o Estado entendesse os seus anseios ao reconhecer o indivíduo como Sujeito de Direito e ser o seu máximo regulador social. As lutas emancipatórias e as transformações sociais que se seguiram por todo o século XX demonstram que a cidadania moderna foi moldada para além da simples outorga de direitos civis, representação política ou direitos sociais, como descreveu o autor inglês. A práxis da cidadania, ou seja, da participação e inclusão do indivíduo na vida social e política do Estado, comprova que o conceito da cidadania deve ir além daqueles três elementos e da estreita relação com a democracia e com a dimensão política. A cidadania, em reconstrução do seu conceito aqui proposto, deveria abranger também as necessidades humanas e o processo de globalização econômica; deveria ter alcance além do conceito histórico, do conceito liberal e da simples outorga de direitos e deveres pelo Estado, ampliando-se com a atividade dos movimentos sociais em dimensão global, com a emancipação em face dos direitos humanos ditos universais e com a maior riqueza da humanidade, o multiculturalismo.

**Palavras Chave: Estado Moderno, Cidadania, Sujeito de Direito, Emancipação, Movimentos sociais, Multiculturalismo.**

### **Riepilogo**

Dal Basso Medioevo l'individuo viene ad un nuovo ruolo all'interno del nuovo tipo di società: con la formazione dello Stato Moderno, lascia lo status di vassallo per acquisire lo status di cittadino. Dalla osservazione di questa evoluzione storica, il presente testo ha per scopo ridimensionare il concetto di cittadinanza dallo studio dei suoi elementi, utilizzando l'analisi sociologica del autore inglese Thomas Humphrey Marshall, riferimento indispensabile per concettualizzare la cittadinanza moderna. Nonostante la costruzione della nozione cartesiana di cittadinanza che si trova in Marshall – sulla scia di una naturale evoluzione della società – in verità, lo status di

---

\* Advogado. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Curitiba. Bolsista do CAPES, mestrando em Direito, área de Relações Internacionais do Curso de Pós Graduação em Direito, da Universidade Federal de Santa Catarina – CPGD/UFSC. E-mail: stolf@studiodiadv.br

cittadinanza è stato ampliato nella misura in cui lo spazio pubblico della società è stato allargato, a causa del ruolo incisivo nella lotta per diritti della classe sociale che allora sorgeva, la borghesia, che in costante tensione sociale faceva con che lo Stato capisse la loro volontà al riconoscere l'individuo come un Soggetto di Diritto e di essere il suo massimo mediatore sociale. Le lotte per l'emancipazione e le trasformazioni sociali che ha seguito per tutto il ventesimo secolo, dimostrano che la cittadinanza moderna è stata modellata al di là della mera concessione dei diritti civili, rappresentazione politica o diritti sociali, come descritto dall'autore inglese. La prassi della cittadinanza, cioè, la partecipazione e l'inclusione dell'individuo nella vita sociale e politica dello Stato, dimostra che il concetto di cittadinanza deve andare al di là di quei tre elementi e lo stretto rapporto con la democrazia e con la dimensione politica. La cittadinanza, nella ricostruzione del suo concetto qui proposto, dovrebbe anche comprendere i bisogni umani e il processo di globalizzazione economica, dovrebbe andare oltre il concetto storico, il concetto liberale e della semplice concessione di diritti e doveri dallo Stato, ampliandosi con l'attività dei movimenti sociali nella dimensione globale, con l'emancipazione di fronte ai diritti umani cosiddetti universali e con la più grande ricchezza dell'umanità, il multiculturalismo.

**Parole Chiave: Stato Moderno, Cittadinanza, Soggetto di Diritto, Emancipazione, Movimenti Sociali, Multiculturalismo.**

Para iniciar um discurso sobre o conceito de cidadania moderna, a cidadania em sentido liberal, nada mais coerente do que entender o período anterior à criação do Estado moderno, ou seja, a Idade Média, mas sobretudo, a sociedade feudal e a caracterização do indivíduo neste período.

Apesar da Idade Média ser considerada historicamente um período bastante longo, que envolve mais ou menos mil anos, o que nos interessa aqui é comentar brevemente sobre a organização social da chamada Idade Média Central, considerado o período do apogeu do sistema feudal, e a chamada Baixa Idade Média, período que produziu os pressupostos do Estado Moderno.

Toda a Idade Média, considerada iniciada após a queda do Império Romano do Ocidente (476 d.C.) é marcada por formas de sociabilidade predominantemente rurais, sob o domínio do poder da Igreja, em uma estreita relação de mútua dependência entre o Vassalo e o Senhor feudal: enquanto o primeiro provê a obediência e cultura da terra ao sustento do segundo, este por sua vez provê fidelidade e proteção ao primeiro.

Na sociedade feudal, o *status* era a marca distintiva de classe e a medida de desigualdade. Não havia nenhum código uniforme de

direitos e deveres com os quais todos os homens [...] eram investidos em virtude da sua participação na sociedade. Não havia, nesse sentido, nenhum princípio sobre a igualdade dos cidadãos para contrastar com o princípio da desigualdade de classes. Nas cidades medievais [...] exemplos de uma cidadania genuína e igual podem ser encontrados. Mas seus direitos e deveres específicos eram estritamente locais [...]<sup>1</sup>.

Esses laços de dependência de homem para homem em rígida hierarquia cristaliza-se na Idade Média Central, período de grande estabilidade e de crescimento econômico desse sistema, até chegarem ao limite do seu desenvolvimento no século XIII, quando começa a entrar em crise e a dar os primeiros passos em direção à criação do Estado moderno.

A estabilidade econômica se dá porque os feudos foram se tornando auto-suficientes e os representantes do poder imperial foram perdendo capacidade de ação sobre vastos territórios, em consequente fragmentação do poder central com a criação de pequenos ducados, principados e condados, independentes administrativamente, juridicamente e militarmente.

Com a auto-suficiência os fundamentos da sociedade feudal entram em crise, pois pelo excedente de produção feudal nasce o escambo de produtos agrícolas e o florescimento do comércio entre os feudos, um aspecto novo que marca definitivamente a Idade Média num período chamado de “Baixa Idade Média”.

A Baixa Idade Média está compreendida no período entre as últimas décadas do século XIII até o final do século XV, inicialmente caracterizada por uma crescente produção agrícola, o renascimento do comércio e um aumento considerável da população, valorando-se assim a vida urbana em ruptura com as formas de sociabilidade agrárias, levando ao colapso total do sistema feudal.

---

<sup>1</sup> MARSHALL. T. H. **Cidadania, Classe Social e Status**. Zahar Editores. Rio de Janeiro: 1967. p. 64.



Seguiram-se a essas profundas transformações uma progressiva substituição das oficinas dos servos feudais em oficinas artesãs para a fabricação de objetos de uso corrente no Burgo, ou seja, na cidade. Também nesse período foi inventada a imprensa, o sistema bancário, as sociedades comerciais, enfim, a sociedade européia se transformou totalmente em decorrência do próprio processo de urbanização.

Essa crise orgânica do sistema feudal foi agravada por três grandes acontecimentos: a *crise agrícola* de 1315 e 1317, que contribuiu significativamente para a crise demográfica que se seguiu; a *Peste Negra*, que dizimou um terço da população européia e a *Guerra dos Cem Anos* (1337-1453), envolvendo a França e a Inglaterra, que fragilizou mais ainda o sistema feudal pela disputa de domínio territorial.

A crise da *Baixa Idade Média* representa a morte da sociedade feudal e o nascimento da sociedade moderna, que começará a materializar-se, imediatamente, no renascimento do comércio e na ascensão das cidades e, posteriormente, no declínio do papado, na reafirmação do poder político centralizado, no Renascimento e no difícil “parto” do Estado Moderno<sup>2</sup>.

É o período um verdadeiro divisor de águas, contendo desde já muitos dos elementos que caracterizarão, posteriormente, o período Moderno.

Assim, ao passo que o sistema feudal foi decaindo e a concentração de pessoas no Burgo foi aumentando, o modo de produção capitalista foi nascendo, e com ele, também a Burguesia: pessoas que vivem nas cidades, “nos Burgos anexos às antigas cidades episcopais, que aliava um espírito laico com um misticismo e que era propenso a aceitar qualquer novidade”<sup>3</sup>, de perfil comercial, o que ajudou muito a enfraquecer o sistema feudal e também a Igreja.

<sup>2</sup> BEDIN, Gilmar Antonio. **A sociedade Internacional e o século XXI**. Editora Unijuí. Ijuí: 2001. p. 79.

<sup>3</sup> GRACIOTTO SILVA, Victor Augustus. **A novidade cidadina e sua relação com o dircurso franciscano no início do século XIII**. In: LUPI, João; DAL RI, Arno. **Humanismo Medieval**. Editora Unijuí. Ijuí: 2005. p. 386.

A partir desse momento as cidades prosperam rapidamente e rotas comerciais são redefinidas. A Igreja perde o seu prestígio com questionamentos internos, declinando em importância face à posição laica da Burguesia, possibilitando assim a Reforma Protestante no século XVI, a qual acabou com a unidade católica sob o domínio exclusivo do papa.

Logo em seguida, a Contra-Reforma tentou combater o avanço protestante, mas contentou-se em manter o seu domínio onde os reformistas não tinham influência e avançaram em direção ao novo mundo recém descoberto. Mas já era tarde. Nesse contexto de mudança de comportamento no pensamento humano e no fortalecimento dos novos elementos na superação das ideologias tradicionais medievais pela nova classe em ascensão, a Reforma Protestante e a Contra-Reforma estimularam decisivamente a formação do Estado em sua forma moderna.

Ao que nos interessa, o período foi propício para abandonar os dogmas agostinianos da incapacidade humana sujeitos à vontade divina, tendo sua inspiração voltada à exaltação do indivíduo em si mesmo e à racionalidade. Trata-se o período de uma criação do *movimento renascentista*, o qual visava a volta aos estudos da erudição da Antiguidade Clássica e também restagar a razão para explicar a liberdade de atuação do homem nas cidades; e do *movimento iluminista*, que se desenvolveu a partir do Absolutismo iniciado no século XVI e XVII, seguindo assim a mesma ideologia iniciada no Renascimento, o que marca a defesa da emancipação humana pelo uso da razão, na melhor forma de expressar a ascensão do pensamento burguês, conduzindo a humanidade para um novo tempo.

Essa posição racionalista do Renascimento transformou o vassalo em homem livre dos vínculos com a terra e da relação de dependência e obediência com o senhor feudal, transformando-o em homem secular, individualista e progressista, enfim, o homem detém uma nova função dentro do novo tipo de sociedade de economia de mercado que então se desenvolvia, voltado aos seus

problemas pessoais, livre para traçar o seu próprio destino, auto-suficiente: deixa de ser servo para ser urbano, chamado de cidadão.

O surgimento do cidadão e o desenvolvimento da cidadania tem início, portanto, a partir do nascimento do Estado Moderno, sendo a Inglaterra a referência europeia de rápido desenvolvimento do novo modelo estatal, pois era “o país em que a burguesia moderna alcançou pela primeira vez seus traços característicos e que serviu de modelo ao continente” europeu<sup>4</sup>.

“Na Inglaterra do século XVII todos os homens eram livres”<sup>5</sup>, desvinculados do poder papal e voltados ao desenvolvimento mercantil, todos sob o poder absoluto do monarca, fortalecido pela emergente classe burguesa que possibilitou a expansão marítima inglesa e a colonização da América do Norte.

Porém a Inglaterra do século XVII é também palco das primeiras revoluções burguesas da Europa, pelas quais a nova classe se torna o eixo vital daquela sociedade, separando-se da Monarquia Absoluta em momento posterior para então formar o Estado Moderno, claro, sob auspícios de brilhantes doutrinas de direito público, sobre a esfera política, soberania e a relação deste nascente Estado e o seu cidadão.

Nesse contexto todo “o espaço geográfico britânico é o pólo irradiador para que Marshall elabore seu conceito de cidadania”<sup>6</sup> em uma perspectiva de reconstrução da história inglesa, importante para iniciar estudos sobre o conceito de cidadania, já que a discussão em Marshall é legítima ao pontuar elementos até ele ainda não discutidos, seja na seara da Sociologia ou do Direito.

Assim, o sociólogo inglês Thomas Humphrey Marshall se tornou um consenso sobre o assunto em meados do século XX com a publicação do clássico “Citizenship and Social Class”, no qual resgatou a importância do conceito de

<sup>4</sup> KOSELLECK, Reinhart. **Crítica e crise**. Contraponto. Rio de Janeiro: 1999. p. 49.

<sup>5</sup> MARSHALL. T. H. **Op. Cit.** p. 68.

<sup>6</sup> COELHO, Lígia Martha C. **Sobre o conceito de cidadania: uma crítica a Marshall, uma atitude antropofágica**. In: COELHO, Lígia Martha C. et. al. **Cidadania/Emancipação**. Rio de Janeiro, Tempo brasileiro, 1990. p. 21.

cidadania e o redimensionou a novas bases de conceituação, pois a cidadania para ele nasce tendo como base a tradição e a *consuetudine*, já não mais predominantes para a cidadania do seu tempo, como outrora.

É certo que Marshall possui uma narrativa não-universal, pois empiricamente observa somente as fronteiras britânicas, porém traça tão bem uma linha de evolução da cidadania que de certa forma serve como modelo para todas as sociedades a partir do Estado Moderno.

Tal análise, embora historicamente localizada, fornece um referente significativo acerca do conteúdo do discurso da cidadania, do ponto de vista de seus direitos constitutivos e do perfil da cidadania moderna que é, genuinamente, uma cidadania nacional. [...] <sup>7</sup>.

As matrizes do conceito moderno de cidadania têm como ponto de partida o reconhecimento pelo estado de direito de que o indivíduo é sujeito de direito. Por isso, a cidadania moderna é considerada uma cidadania eminentemente nacional, fulcrada no princípio da igualdade jurídica dos indivíduos e na figura do sujeito de direito.

A cidadania foi contruída inicialmente não como uma dimensão em uma autonomia em si mesma, como emancipação humana, mas como um instrumento de um modelo de democracia representativa dentro da égide do estado-nação, como mecanismo de legitimação do poder político, criando o cidadão para o estado e reconduzindo o indivíduo ao espaço público do e para o estado.

Contudo Marshall, como observador da evolução histórica da cidadania, dividiu essa evolução em três etapas, os quais constituem os marcos históricos da cidadania pelo desenvolvimento, primeiramente, dos direitos civis, seguido dos direitos políticos e em última fase, dos direitos sociais.

---

<sup>7</sup> PEREIRA DE ANDRADE, Vera Regina. **CIDADANIA: Do Direito aos Direitos Humanos**. Editora Acadêmica. São Paulo: 1993. p. 62.

Estas três partes são consideradas por Marshall como os elementos do conceito da cidadania que surgiram em uma margem de evolução elástica entre os séculos XVIII, XIX e XX, respectivamente, porém independentes entre si.

Os direitos civis surgiram em primeiro lugar e eram acentuadamente individuais, compondo os direitos necessários à liberdade individual – de ir e vir, liberdade de imprensa, pensamento e fé, o direito à propriedade e de concluir contratos válidos e o direito à justiça, que é este último o direito de defender e afirmar todos os direitos em termos de igualdade com os outros e pelo devido encaminhamento processual, seguindo a lógica individualista do capitalismo.

Na primeira fase do desenvolvimento do capitalismo a cidadania parecia minar os privilégios consuetudinários de classe que eram uma herança do passado feudal, enquanto ao mesmo tempo consolidava as incipientes relações capitalistas de classe, baseadas na produção e na troca de artigos. Durante este período o sistema de classe estava eivado de privilégios, costumes e direitos legais hereditários provenientes do sistema mais antigo de estados feudais<sup>8</sup>.

Nessa primeira fase é importante destacar que a incipiente forma de desenvolvimento capitalista produziu súbita desproporção econômica dentro da própria classe burguesa – e também fora dela – criando os grandes comerciantes e a pequena burguesia. Essa desigualdade estrutural era saudável para essa primeira fase, pois os direitos civis eram suficientes e indispensáveis para sustentar a estrutura do livre arbítrio e da competitividade pela livre concorrência.

As instituições mais intimamente associadas com os direitos civis eram os Tribunais de Justiça, pois igualava capitalistas e trabalhadores no acesso à justiça sem discutir a estrutura da cidadania em si, compensando essa desigualdade redistribuindo direitos. Essa redistribuição não é em uma dimensão política de luta capaz de produzir emancipação de direitos – é um resultado estatal que consolida a desigualdade de classes, a favor da burguesia de um modo geral.

---

<sup>8</sup> BARBALET, Jack M. **A cidadania**. Editora Estampa. Lisboa: 1989. p. 21.

Seguindo a classificação histórica de Marshall, não seria possível tratar a cidadania na forma de direitos civis como universal, pois os direitos políticos surgiram em segundo lugar, sendo uma das características do século XIX, embora a adoção do sufrágio universal na Inglaterra tenha sido reconhecido somente por uma Lei de 1918, que transferiu a base dos direitos políticos do substrato econômico do período anterior para o *status* pessoal.

O início do século XIX foi o período de formação desse segundo elemento, que reflete o direito de um membro de um Estado em participar ativamente ou passivamente no exercício do poder político, “compreende o direito de sufrágio e o de exercer cargos públicos”<sup>9</sup>, sendo que as instituições correspondentes deste elemento são o Parlamento e Conselhos do Governo local.

O longo caminho do desenvolvimento deste elemento se dá pela prática da liberdade política do voto somente a grupos restritos à burguesia liberal, “[...] mas tinha dado o primeiro passo para tornar-se um monopólio de um tipo aceitável para as idéias do capitalismo do século XIX – um monopólio que se poderia, com algum grau de credibilidade, descrever como aberto e não fechado”<sup>10</sup>, pois a aceitação dos novos votantes dependia de certos requisitos.

Esses requisitos à cidadania eleitoral eram vinculados a uma parcela da sociedade, masculina e adulta, e ainda restritos a profissões, requisitos escolásticos ou atributos econômicos, que limitavam drasticamente a liberdade de voto dos cidadãos, mas sempre no meio nobre e aristocrático burguês, que em diferentes fases ao longo daquele século se ampliou consideravelmente, não somente na Inglaterra, mas em toda a Europa.

Foi [...] próprio da sociedade capitalista do século XIX tratar os direitos políticos como um produto secundário dos direitos civis”<sup>11</sup>, porque tal capacidade política representava um perigo potencial para o sistema capitalista, “apenas porque a classe trabalhadora, recentemente dotada do direito de voto, era demasiado inexperiente

---

<sup>9</sup> PEREIRA DE ANDRADE, Vera Regina. **Op. Cit.** p. 63.

<sup>10</sup> MARSHALL. T. H. **Op. Cit.** p. 69.

<sup>11</sup> MARSHALL. T. H. **Op. Cit.** p. 70.

para usar com eficácia o poder político trazido pelas leis reformistas do século XIX<sup>12</sup>.

Por este motivo também as extensões do sufrágio foram paulatinamente introduzindo o voto como um direito individual e universal, não mais restrito a um seletivo grupo de pessoas, pois “os direitos políticos da cidadania, ao contrário dos direitos civis, estavam repletos de ameaça potencial ao sistema capitalista, embora aqueles que o estavam estendendo, de modo cauteloso, às classes menos favorecidas provavelmente não tivessem consciência da magnitude de tal ameaça”<sup>13</sup>.

Na sequência da classificação histórica de Marshall, “[...] os direitos sociais, como parte integrante do *status* de cidadania, somente se universalizaram e atingiram um plano de igualdade com os demais direitos no século XX”<sup>14</sup>, surgindo com base institucional nas associações da classe trabalhadora, no sindicalismo, na negociação coletiva, no sistema educacional, enfim, nos serviços sociais referindo-se a tudo o que vai desde o direito a um mínimo de bem-estar econômico e segurança, ao direito de participar, por completo, na herança social e levar a vida de um ser civilizado de acordo com os padrões que prevalecem na sociedade.

Marshall chama este terceiro elemento de ‘cidadania industrial’, que para ele surge lentamente em via secundária aos direitos civis e políticos já então existentes, através do fortalecimento das instituições capitalistas, visando resguardar os direitos básicos da classe trabalhadora em nome de uma justiça social.

Mas esse pequeno recorte das idéias centrais de Marshall nos serve para caracterizar que a sua tentativa de conceituação da cidadania leva em conta uma

---

<sup>12</sup> BARBALET, Jack M. **Op. Cit.** p. 22.

<sup>13</sup> MARSHALL. T. H. **Op. Cit.** p. 85.

<sup>14</sup> PEREIRA DE ANDRADE, Vera Regina. **Op. Cit.** p. 64.

evolução natural; uma escala ascendente que parte da concessão de Direitos de um Estado Absoluto, no século XVIII, e chega à conquista, ou melhor, à luta, à reivindicação de parcelas da sociedade do início do século XX na tentativa de igualar o tratamento do Estado a todos os indivíduos.

Essa evolução histórica na verdade refere-se ao surgimento de uma classe social que conquista o seu espaço pela transformação das rígidas instituições dominantes da época; de uma classe que passa ao poder, mas que é incapaz de conter o surgimento de outras classes no seio do próprio sistema mercantil inventado por ela, e que ao final é vítima da estrutura capitalista, numa verdadeira luta de classes, luta de poder, inicialmente criando e constituindo direitos, mas que depois não é capaz de conter a sua evolução.

O brilhante estudo de Marshall explica este impacto da criação da cidadania por uma classe social sobre outras classes sociais, e a luta instaurada no seio do sistema capitalista na constituição do *status* de cidadania aos membros do Estado, o qual passou a ser sempre mais benevolente, engordando o *status* da cidadania de maneira a otimizá-lo.

É importante destacar que este permanente processo de enriquecimento de *status* da cidadania em busca da igualdade jurídica dos indivíduos teve como marcos teóricos as Revoluções Americana (1776) e Francesa (1789), que geraram a cidadania moderna e que também contém os três elementos da dialética de Marshall.

As declarações de direitos de matriz liberal constituem um importante potencial simbólico para situar a cidadania moderna dentro da evolução de Marshall, que não está equivocado ao distinguir os três elementos como fundamentos da cidadania, mas que o “fato de haver coincidência temporal entre os desenvolvimentos da cidadania e do capitalismo no espaço britânico, não significa que tal caso se dê, da mesma forma, em outros países, até mesmo



naqueles que possuam estruturas idênticas à inglesa...quanto mais [...] em nações terceiro-mundistas”<sup>15</sup>.

De fato é importante utilizar os ensinamentos de Marshall, pois pela sua visão cartesiana de progressão da cidadania, era o Estado o máximo regulador social que deveria entender os anseios das classes sociais, cujo *status* do cidadão foi ampliado na medida que o espaço público da sociedade foi se alargando, mas deve-se ler esta afirmação no sentido de que foi a dimensão simbólica das declarações de direitos que criou uma tensão social de reconhecimento desses direitos, não simplesmente a ampliação Estatal em evolução natural, como propõe o sociólogo inglês.

Vale dizer que o processo de reconhecimento do Estado é um processo de reconhecimento da tensão da luta por direitos, sendo exatamente o conjunto dessas tensões sociais que demarcam a linha divisória entre o pensamento linear de Marshall e a cidadania moderna. Assim, a partir do momento que o homem está declarado como Sujeito de Direito, abre-se pela dimensão simbólica das declarações um espaço político de luta, de permanente questionamento, de produção de tensão através de lutas emancipatórias.

E aqui chega-se num ponto crucial dessa discussão sobre a cidadania moderna, pois somente agora pode-se afirmar que ela nasce pela abiguidade entre regulação e emancipação, e por todo o século xx, as transformações sociais e a passagem dos estados-nação por diferentes regimes políticos demonstram que a cidadania moderna foi moldada para além de outorga de direitos civis, representação política ou direitos sociais.

O fim último da cidadania é a emancipação humana e não pode estar restrita como um epifenômeno da democracia: a representação nada mais é que um microcosmos, no macrocosmos da cidadania, porém “o conceito moderno de

---

<sup>15</sup> COELHO, Lígia Martha C. **Op. Cit.** p. 22.

cidadania aparece, assim, umbilicalmente ligado ao conceito de democracia e por ele moldado”<sup>16</sup>.

Na realidade [...] Estamos diante de um conceito dominante não apenas na cultura jurídica, mas no imaginário social e político (que, por sua vez, ela também co-constitui), que pode ser tido como paradigmático na modernidade ocidental exercendo, inclusive, uma função pedagógica na medida em que este mesmo conceito é que nos ensinou a nos emocionar diante de símbolos nacionais evocativos de um forte patriotismo como o hino, a bandeira ou o escudo nacionais. Estamos, pois, diante do conceito que opera, modernamente, como o senso comum sobre a cidadania operando, neste sentido, como autêntico (pre)conceito. O tempo presente parece ser, contudo, o da ultrapassagem e mudança deste senso comum, não apenas no âmbito da ciência [...] Mas na dimensão particular da rua, pois parece cada vez mais socializada a percepção de que cidadania evoca, antes que as noções de nacionalidade / direitos políticos / elegibilidade, a noção (igualitária) de direitos ou de direito a ter direitos<sup>17</sup>.

Em reconceitualização crítica, pode-se mudar o conteúdo da cidadania para além dos laços umbilicais com a democracia, da dimensão política, entrando no conceito de cidadania não simplesmente como uma participação, mas como inclusão e responsabilização do sujeito pelo destino social e político da sociedade.

Com base nos deslocamentos propostos, é possível chegar a uma aproximação conceitual da cidadania como sendo a dimensão de participação/inclusão na responsabilidade pela vida social e política (espaço público local, regional, nacional, global, ...), e através da qual a reivindicação, o exercício e a proteção de direitos, deveres e necessidades se exterioriza enquanto processo histórico de luta pela emancipação humana, ambigualmente tensionado pela regulação social<sup>18</sup>.

Por outro lado, encarando frontalmente o capitalismo, pode-se indagar como se encontra esse conceito moderno de cidadania visto acima, tendo em vista a atual cidadania de consumo, em contrapartida ao movimento de inclusão e exclusão dos direitos humanos numa esfera global, ao passo que “a globalização é

---

<sup>16</sup> PEREIRA DE ANDRADE, Vera Regina. **Sistema Penal Máximo x Cidadania Mínima. Códigos da violência na era da globalização**. Livraria do Advogado. Porto Alegre: 2003. p. 66.

<sup>17</sup> PEREIRA DE ANDRADE, Vera Regina. **Opt. Cit.** p. 66-67.

<sup>18</sup> PEREIRA DE ANDRADE, Vera Regina. **Opt. Cit.** p. 77.

o processo pelo qual determinada condição ou entidade local estende a sua influência a todo o globo [...]”<sup>19</sup>, e assim, estende também um modelo local de cidadania ocidentalizada, tratando os direitos humanos universais na sua aplicação, o que na verdade não os são.

Assim, atualmente, no centro desta luta da emancipação estão os direitos humanos e o multiculturalismo, e na persecução destes, a cidadania deve ser um elemento focado na responsabilização social, indagando as necessidades humanas e a problemática do processo de globalização econômica.

O multiculturalismo [...] É pré-condição de uma relação equilibrada e mutuamente potenciadora entre a competência global e a legitimidade local, que constituem os dois atributos de uma política contra-hegemônica de direitos humanos no nosso tempo<sup>20</sup>.

Em uma visão economicista e reducionista da realidade, sob o império do individualismo, a inclusão dos sujeitos de direito que estão à margem da globalização não se dá de forma direta, na simples inclusão dos excluídos, mas sim, na formação de novos movimentos emancipatórios por inúmeros novos modos de união de grupos da sociedade globalizada, como o mst, grupo feministas, de proteção do meio ambiente, dos animais, etc.

O conceito da cidadania moderna, precisa ser remontado na matriz de todas essas novas estruturas que estão sendo formadas pelos movimentos sociais. A modernidade fragmentou o sujeito nas diferentes formas de exclusão em nome da globalização, e neste processo de ocidentalização do mundo, a emancipação humana e a reconstrução do conceito de cidadania devem ir além do conceito

---

<sup>19</sup> SOUSA SANTOS, BOAVENTURA DE. **A GRAMÁTICA DO TEMPO**. SÃO PAULO: CORTEZ, 2006. P. 438.

<sup>20</sup> SOUSA SANTOS, Boaventura de. **Por uma Concepção Multicultural de Direitos Humanos**. DISPONÍVEL EM [<HTTP://WWW.DHNET.ORG.BR/DIREITOS/MILITANTES/BOAVENTURA/BOAVENTUR A\\_DH.HTM>](http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/boaaventura/boaaventura_dh.htm).

liberal, tendo o sujeito de direito que ficar além do plano instituído pelo estado-nação.

Nessa perspectiva “além”, a cidadania não deve ter como único espaço a emancipação do indivíduo, pois a cidadania, como visto, tem uma tendência inclusiva e exclusiva ao mesmo tempo. Assim, a visão emancipatória amplia-se juntamente com os novos donos do espaço público, os movimentos sociais, a partir de sua materialidade social em amplitude global.

Agora que estamos descobrindo o sentido de nossa presença no planeta, pode-se dizer que uma história universal verdadeiramente humana está, finalmente começando. A mesma materialidade, atualmente utilizada para construir um mundo confuso e perverso, pode vir a ser uma condição da construção de um mundo mais humano<sup>21</sup>.

Assim, o que esta em jogo é a remodelação da cidadania, a reinvenção de um fenômeno muito mais amplo e complexo que aparenta ser. A resposta à globalização de exclusão deve ser feita a favor da natureza humana em uma cidadania plural que seja capaz de relacionar globalmente a inteira humanidade na sua multiculturalidade e diversidade globais, na construção de um mundo mais humanizado.

## Referências Bibliográficas

BARBALET, Jack M. **A cidadania**. Editora Estampa. Lisboa: 1989.

BEDIN, Gilmar Antonio. **A sociedade Internacional e o século XXI**. Editora Unijuí. Ijuí: 2001.

COELHO, Lígia Martha C. **Sobre o conceito de cidadania: uma crítica a Marshall, uma atitude antropofágica**. In: COELHO, Lígia Martha C. et. al. **Cidadania/Emancipação**. Rio de Janeiro, Tempo brasileiro, 1990.

---

<sup>21</sup> SOUSA SANTOS, Boaventura de. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 8. ed, São Paulo: *Cortez*, 2001. p. 174.

GRACIOTTO SILVA, Victor Augustus. **A novidade cidadina e sua relação com o dircuso franciscano no início do século XIII**. In: LUPI, João; DAL RI, Arno. **Humanismo Medieval**. Editora Unijuí. Ijuí: 2005.

KOSELLECK, Reinhart. **Crítica e crise**. Contraponto. Rio de Janeiro: 1999.

MARSHALL. T. H. **Cidadania, Classe Social e Status**. Zahar Editores. Rio de Janeiro: 1967.

PEREIRA DE ANDRADE, Vera Regina. **Cidadania: Do Direito aos Direitos Humanos**. Editora Acadêmica. São Paulo: 1993.

\_\_\_\_\_. **Sistema Penal Máximo x Cidadania Mínima. Códigos da violência na era da globalização**. Livraria do Advogado. Porto Alegre: 2003.

SOUSA SANTOS, boaventura de. **A gramática do tempo**. SÃO PAULO: CORTEZ, 2006.

\_\_\_\_\_. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 8. ed, São Paulo: Cortez, 2001.

## SOMOS TODOS BRASILEIROS: O INSTITUTO DA NACIONALIDADE NO DIREITO INTERNO BRASILEIRO

Ademar Pozzatti Junior\*

Revista Ius Gentium 2(1): 156-180 [2009]

### Resumo

Este artigo trata sobre o instituto da nacionalidade, que é o vínculo entre o Estado soberano e o indivíduo, fazendo deste um membro da comunidade constitutiva da dimensão pessoal do Estado. O instituto da nacionalidade encontra referências no ordenamento jurídico internacional, que inspira a conformação da nacionalidade no Brasil. É feito um aporte histórico da nacionalidade nas antigas constituições federais brasileiras. Por fim, trata-se da nacionalidade brasileira. São duas as formas de aquisição da nacionalidade no Brasil: a nacionalidade primária, que segue os modelos do ius solis e ius sanguinis, e a naturalização, conforme o artigo 12 da Constituição Federal. Este artigo também aborda o procedimento de naturalização e a perda da nacionalidade brasileira.

### Resumen

Este artículo aborda el instituto de la nacionalidad, que es el vínculo entre el Estado soberano y el individuo, por lo cual este es un miembro de la dimensión personal del Estado. El Instituto de la nacionalidad encuentra referencias en la orden jurídica internacional, que inspira a la conformación de la nacionalidad en el Brasil. Primeiramente se hizo una contribución histórica de la nacionalidad en las diversas constituciones federales de Brasil. Por fin, trata-se de la nacionalidad brasileña. Hay dos formas de adquisición de la nacionalidad en Brasil: una primaria, o original, que sigue el modelo del ius solis y el ius sanguinis, y naturalización, de conformidad con el artículo 12 de la Constitución Federal. Este artículo también describe el procedimiento de naturalización y la pérdida de la nacionalidad brasileña.

---

\* Mestrando em Direito Internacional do Curso de Pós Graduação em Direito, da Universidade Federal de Santa Catarina – CPGD/UFSC.

## Primeiras palavras

Segundo Aurélio Buarque de Holanda, nacionalidade, que deriva do vocábulo latino *natio*, que significa nascer, é a “condição ou qualidade de quem ou do que é nacional. País de nascimento. Condição própria de cidadão de um país quer por naturalidade, quer por naturalização. O complexo dos caracteres que distinguem uma nação, como a mesma história, as mesmas tradições comuns”<sup>1</sup>.

Para os juristas, o termo nacionalidade designa um *vínculo* entre o Estado soberano e o indivíduo, fazendo deste um membro da comunidade constitutiva da dimensão pessoal do Estado.

Entre os estudiosos do direito, como Tito Ballarino, o termo nacionalidade é comumente usado como sinônimo de cidadania, e se refere ao vínculo de pertencimento de uma pessoa a um determinado Estado<sup>2</sup>.

Dessa forma, a nacionalidade serve como “meio para definir a lei reguladora do estatuto pessoal dos indivíduos e a disciplina de outras relações relativas ao direito privado, como as familiares e as sucessões causa mortis”<sup>3</sup>. Confundindo-se com o conceito de cidadania, entende Ballarino que a nacionalidade é o título de participação na vida do Estado, que dá direito ao exercício de direitos políticos, acesso aos cargos públicos e profissões regulamentadas por lei.

No entanto parte da doutrina diferencia os termos cidadania e nacionalidade. A *cidadania* sendo o direito de intervir no processo governamental, compreendendo o exercício dos direitos do nacional, sobretudo o voto. Diferentemente, a *nacionalidade* é um *status* pessoal que se esclarece por contraposição ao do estrangeiro.

---

1 Dicionário da Língua Portuguesa, 1986, p. 1175

2 BALLARINO, Tito. **Cidadania e Nacionalidade**. In: Cidadania e Nacionalidade: efeitos e perspectivas nacionais, regionais e globais. Orgs. DAL RI JÚNIOR, Arno. OLIVEIRA, Odete Maria de. Ijuí: Editora Injuí, 2002. p. 85.

3 Idem. p. 85.

## 1. A *nacionalidade* no ordenamento jurídico internacional

A extensão dos domínios do Direito – nacional – extrapola a visão moderna de sua produção, linear e piramidal, restrita ao âmbito dos Estados nacionais. Muitos são os atos internacionais, ratificados pelo Brasil, e, por isso, integrante do corpo normativo brasileiro, que dizem respeito ao nacional e à situação jurídica do estrangeiro.

A nacionalidade tem caráter de direito fundamental, garantido a todo ser humano, em nível global, na Declaração Universal dos Direitos do Homem, emanada no seio da Organização das Nações Unidas, de 1948.

A regra expressa no artigo quinze do referido documento, de que *todo o homem tem direito a uma nacionalidade*, é princípio geral do Direito Internacional. No artigo segundo, a referida carta enuncia serem os direitos por ela proclamados comuns a todas as pessoas, sem distinção quanto à origem nacional.

Além da Declaração Universal dos Direitos do Homem, outros tratados internacionais se dedicaram a nacionalidade. Em 1928, o Código Americano de Direito Internacional Privado, mais conhecido como Código de Bustamante<sup>4</sup>, trouxe inúmeras regras sobre a nacionalidade e sobre direito processual internacional. O Código de Bustamante foi aceito por diversos países, tendo, inclusive, aplicação nos dias de hoje<sup>5</sup>.

---

4 Para informações sobre o Código de Bustamante, ver: MUÑOZ, Javier L. Ochoa. **La expresión “salvo derecho local contrario” en las normas sobre competencia procesal internacional del Código Bustamante.** In KLOR, Adriana Dreyzin de; ARROYO, Diego P. Fernández (dir.). DeCITA: Derecho Del comercio internacional: temas y actualidades: Litigio judicial internacional. Abr., Buenos Aires: Zavalia, 2005.

5 Sobre o Código, ver: ARAÚJO, Nádia. **A Convenção Interamericana sobre cartas rogatórias e as conseqüências de sua adoção para o Brasil.** In CASELLA, Paulo Borba; ARAÚJO, Nádia. (coord.). *Integração jurídica interamericana: as convenções interamericanas de Direito Internacional Privado (CIDIPs) e o direito brasileiro.* São Paulo: LTr, 1998 e



## O artigo primeiro do Código de Bustamante aduz que

os estrangeiros que pertençam a qualquer dos Estados contratantes gozam, no território dos demais, dos mesmos direitos civis que se concedem aos nacionais. Cada Estado contratante pode, por motivos de ordem pública, recusar ou sujeitar a condições especiais o exercício de determinados direitos civis aos nacionais dos outros [Estados], e qualquer desses Estados pode, em casos idênticos, recusar ou sujeitar a condições especiais o mesmo exercício dos nacionais do primeiro.

Note-se que a reciprocidade, princípio enunciado na referida normativa, quando assume feições negativas, de represália, não é adotada pelo direito brasileiro.

O artigo segundo do Código de Bustamante estabelece a igualdade entre os nacionais e estrangeiros quanto às garantias individuais, *salvo as restrições que em cada um estabeleçam a Constituição e as leis*.

O Código Americano de Direito Internacional Privado, de 1928, estabelece no seu artigo quinto o dever de todos os Estados “concederem aos estrangeiros domiciliados ou de passagem em seu território todas as garantias individuais que concedem a seus próprios nacionais e o gozo dos direitos civis essenciais”.

Em 1930, a Convenção de Haia proclamou a liberdade do Estado para determinar através do direito interno quais são seus nacionais, ao mesmo tempo em que censurou a “repercussão de pleno direito sobre a mulher, na constância do casamento, da eventual mudança de nacionalidade do marido”. A Convenção de Haia determinou, ainda, aos Estados, cuja lei subtrai a nacionalidade da mulher em virtude da aquisição da nacionalidade do marido estrangeiro, que se

---

SAMTLEBEN, Jürgen. **A codificação interamericana de Direito Internacional Privado e o Brasil**. In CASELLA, Paulo Borba; ARAÚJO, Nádia. (coord.). *Integração jurídica interamericana: as convenções interamericanas de Direito Internacional Privado (CIDIPs) e o direito brasileiro*. São Paulo: LTr, 1998.

certifiquem desta, prevenindo, destarte, a perda não compensada, vale dizer, a existência de apátridas<sup>6</sup>.

Também são importantes os seguintes documentos internacionais que permearam a construção da nacionalidade no Brasil:

- Artigos 2º e 26º do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, assinado em Nova Iorque, em 16/12/1966, no âmbito da ONU,

- Artigo 2º do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais, firmado em Nova Iorque em 16/12/1966, sob a égide da ONU,

- Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, de São José da Costa Rica, de 22/11/1969. O seu artigo 20º prevê que “toda a pessoa tem direito a nacionalidade do Estado em cujo território houver nascido, se não tiver direito a outra”.

Analisados os referidos marcos normativos internacionais, resta inegável a influência do Direito Internacional na conformação das diversas legislações nacionais, sobretudo da Constituição Federal e da legislação infraconstitucional brasileira. Esta intersecção entre a ordem jurídica internacional e a ordem jurídica nacional é nitidamente identificada quando se trata dos princípios que balizam o instituto da nacionalidade.

Entre esses princípios, acentua-se o princípio da atribuição estatal da nacionalidade, em virtude do qual, somente os Estados, e não os entes federados e municípios, podem criar normas sobre a nacionalidade. Quanto ao princípio da inconstrangibilidade, enuncia que ninguém pode ser constangido a adquirir uma nacionalidade, mesmo os apátridas. Em função do princípio da optabilidade, o indivíduo deve ser livre para optar ou mudar de nacionalidade.

## **2. Aquisição da nacionalidade**

---

6 REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público**. São Paulo: Editora Saraiva, 2000, p. 174.

São duas as formas de aquisição da nacionalidade: a aquisição primária e a aquisição secundária.

A **nacionalidade primária**, ou original, está vinculada ao nascimento do indivíduo, sendo, portanto, involuntária. Este tipo de nacionalidade está baseado em dois critérios jurídicos: o *ius sanguinis* e o *ius solis*.

Segundo o *ius sanguinis*, a nacionalidade surge do vínculo sangüíneo com a pátria. Assim, a nacionalidade dos pais determina a nacionalidade dos filhos, independentemente do lugar de nascimento destes, decorrendo assim, a nacionalidade, do próprio fato da filiação. Conforme o critério do *ius sanguinis*, será brasileiro nato todo aquele que for filho de nacionais brasileiros. Tal critério leva em conta a filiação, e mais especificamente a nacionalidade dos pais.

Na maioria dos países, se os pais tiverem nacionalidades diferentes, caberá ao interesse do casal escolher a nacionalidade do rebento. Há casos em que o próprio filho, seguindo determinados requisitos, escolherá entre a nacionalidade da mãe e a do pai, segundo o critério *ius sanguinis*.

Há casos, entretanto, em que os pais tiverem nacionalidade diferentes, que prevalecerá a nacionalidade do pai. Nesses casos, se o pai for desconhecido, seguirá a nacionalidade da mãe. Se ambos os pais forem desconhecidos, não será possível a adoção do *ius sanguinis*, fixando-se a nacionalidade pelo critério do *ius soli*.

O Critério do *ius sanguinis* foi bastante utilizado na Antiguidade Clássica, caindo em desuso na Idade Média. Posteriormente, com a Revolução Francesa, movimento que pos fim ao Antigo Regime e, com ele, lembranças do feudalismo, o vínculo sangüíneo voltou a ser correntemente utilizado.

O critério do *ius sanguinis* é largamente adotado pelos países de emigração, sobretudo aqueles países europeus que desejam manter vínculos com seus nacionais.

Por outro lado, declara o critério do *ius soli* que o elemento precípua, que se une ao nascimento, é o território, base física do Estado nacional. O *ius soli* nasce dentro dos limites territoriais do Estado. Tal critério leva em consideração o lugar do nascimento.

O *ius soli* consiste na concessão da nacionalidade em função do local do nascimento. É o direito do solo. Quem nasce no território do Estado, desse Estado é nacional<sup>7</sup>.

O sistema do *ius soli* foi largamente usado no período feudal, quando a idéia dominante era manter o indivíduo preso à terra<sup>8</sup>, época em que o solo era o centro da economia.

Em função do grande número de imigrantes que vieram e vêm para a América, o *ius soli* tem grande aplicabilidade nesse continente, de forma a evitar a formação de minorias estrangeiras sob a proteção dos Estados Americanos.

Hodiernamente, como critério de aquisição originária da nacionalidade, a maior parcela dos países segue o *ius sanguinis*, apesar de anuir a certas atenuações, especialmente em países europeus. Os países latino-americanos privilegiam o *ius soli*, havendo, todavia, exceções. Nos dias de hoje, de enorme fluxo de pessoas, parece não existir Estado que adote exclusivamente qualquer dos dois sistemas.

A **nacionalidade secundária**, ou **adquirida**, é a que se adquire por vontade própria, após o nascimento, em regra pela naturalização, através de uma profusa diversidade de formas, tais como o casamento com nacional de outro país, a residência por certo período de tempo no país onde se perquire a nacionalidade, etc.

A naturalização é o único meio derivado de aquisição de nacionalidade pelo qual se permite ao estrangeiro que detém outra nacionalidade, ou ao

---

7 DEL'OLMO, Florisbal de Souza. **Curso de Direito Internacional Público**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 229.

8 DEL'OLMO, Florisbal de Souza. **Curso de Direito Internacional Público**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 229.

apátrida<sup>9</sup>, destituído de qualquer nacionalidade, assumir a nacionalidade do país em que se encontra mediante o cumprimento de determinados requisitos.

Em 1954, em Nova Iorque, foi concluída uma convenção que deu aos apátridas os mesmos direitos e tratamento que recebem os estrangeiros no território do Estado. O apátrida está submetido à legislação do Estado onde se encontra.

São *polipátridas*<sup>10</sup> os indivíduos que tenham mais de uma cidadania, por exemplo, um filho de italiano nascido no Brasil que, pelo *ius solis*, é brasileiro e, pelo *ius sanguinis* é italiano.

### 3. A nacionalidade brasileira

Conforme Naiara Posenato, o “interesse-necessidade de um Estado em determinados períodos históricos determina variações relevantes no conceito e alcance jurídico da nacionalidade”<sup>11</sup>.

---

9 Apátrida, ou heimatlos, é o indivíduo que não tem qualquer nacionalidade. A existência de apátridas se dava no Brasil após a supressão, pela Emenda Constitucional de Revisão nº 3, de 07/06/1994, da hipótese de aquisição originária da nacionalidade para os nascidos no estrangeiro, filhos de pai brasileiro ou mãe brasileira, desde que fossem registrados em repartição brasileira competente. Com a alteração constitucional, não havia mais a possibilidade de filho de brasileiro, nascido no estrangeiro, vir ser registrado em repartição brasileira competente, para fins de aquisição de nacionalidade brasileira. Diante das críticas ao dispositivo constitucional citado, a Emenda Constitucional nº 54 de 20/09/2007 restabelecer a possibilidade de aquisição de nacionalidade brasileira aos nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou de mãe brasileira, desde que sejam registrados em repartição brasileira competente, conforme a alínea “c”, I, do art. 12 da Constituição Federal.

10 A adoção de critérios distintos de atribuição de nacionalidade pelos Estados pode suscitar inúmeras situações em que a pessoa nasça legalmente investida de mais de uma nacionalidade. A polipatridia ocorrerá quando o indivíduo nascido em país que adota o *ius soli* seja filho de pais estrangeiros nacionais de um Estado que admite o *ius sanguinis*. No âmbito do Direito Internacional Público surge problema com pessoas detentoras de dupla ou múltipla nacionalidade quando elas tiverem que invocar somente uma delas. Neste caso, tem-se observado que cada Estado reconhece, como o Brasil, a sua própria nacionalidade, desde que o binacional a possua. Sobre a temática em questão, pertinente os ensinamentos de José Francisco Rezek ao esclarecer que: “Nas hipóteses de dupla ou múltipla nacionalidade, qualquer dos Estados patriais pode proteger o indivíduo contra terceiro Estado. O endosso é, contudo, impossível de dar-se numa reclamação contra um dos Estados patriais: isto resulta, de resto, do princípio da igualdade soberana”. In: Direito Internacional Público. São Paulo: Editora Saraiva, 2000, p. 175.

A primeira Constituição brasileira, de 1824 considerava como cidadãos brasileiros todos quantos tivessem a nacionalidade brasileira, pois no regime político da monarquia, a condição de nacional coincidia com a de súdito.

A preocupação em consolidar o Estado recém independente, fez com que já na Constituição de 1824 fosse instituído o sistema territorial do *ius soli* para a determinação da nacionalidade, de modo que quem nascesse em território brasileiro, e possuísse o estado de liberdade, não sendo escravo, era considerado cidadão brasileiro<sup>12</sup>.

A adoção do *ius soli*, como critério definidor da nacionalidade, pela maior parte dos países latino-americanos, preocupados em efetivar uma população nacional, contrastou com o critério do *ius sanguinis* adotado pela maior parte dos estados europeus.

Conforme o artigo 6 da Carta de 1924, a nacionalidade também era reconhecida aos filhos de pai brasileiro e aos ilegítimos de mãe brasileira, nascidos fora do Brasil, que viessem a estabelecer domicílio no Império, a qualquer tempo ou que estivessem a serviço do Império em país estrangeiro.

A Constituição de 1891 manteve a igualdade entre nacionais e cidadãos, estabelecendo a capacidade eleitoral como resultante da diferença entre o simples nacional e o nacional com direito de voto – o cidadão ativo.

A primeira Constituição republicana manteve o *ius soli*, com as mesmas concessões aos *ius sanguinis* da Constituição monárquica. Estendeu a nacionalidade brasileira aos estrangeiros que fossem casados com brasileiros ou que tivessem filhos brasileiros, se possuíssem bens imóveis e residissem no Brasil.

---

11 POSENATO, Naiara. **A Evolução histórico-constitucional da nacionalidade no Brasil**. In: Cidadania e Nacionalidade: efeitos e perspectivas nacionais, regionais e globais. Orgs. DAL RI JÚNIOR, Arno. OLIVEIRA, Odete Maria de. Ijuí: Editora Injuí, 2002. p. 211.

12 Idem. p. 216.

Em 1891, foi empregada a *naturalização* tácita, concedendo naturalização a todos os estrangeiros residentes no país, a não ser àqueles que expressamente desejassem o contrário.

A Constituição de 1934 manteve os princípios fundamentais anteriores, trazendo conteúdo novo ao tornar obrigatório o voto e a admitir o voto feminino. Ademais, suprimiu todos os casos de naturalização tácita a partir da sua promulgação.

A Carta de 1934 ratificou o *ius soli*, ampliando a concessão ao *ius sanguinis*, já que extinguiu a distinção entre filhos legítimos e ilegítimos, referindo-se a filhos de brasileiro ou brasileira.

Nos casos de filho de brasileiro, nascido no exterior, inovou a Lei de 1934 ao estabelecer a prescindibilidade do domicílio no Brasil e a necessidade de uma *opção* expressa pela nacionalidade brasileira, uma vez adquirida a maioridade.

O Estado Novo, com a sua Carta Magna de 1937, não teceu alterações no que se refere à outorga da nacionalidade. Tampouco inova a Constituição de 1946, que apenas determina a reinclusão da abolida condição de residência no Brasil, do filho de brasileiros nascido no exterior, que veio a somar-se com o critério da opção, em um prazo estendido para quatro anos, depois de completada a maioridade.

A ditadura militar brasileira, na sua Constituição de 1967, considerava nacional somente o cidadão *cooperante*, excluindo da cidadania os dissidentes ou *perturbadores da ordem*.

Mantendo o *ius soli* como elemento primordial de determinação da nacionalidade, a Carta de 1967 deu maior alcance ao *ius sanguinis*, ao permitir aos filhos de brasileiros nascidos no exterior a confirmação da nacionalidade somente através da inscrição em qualquer registro consular competente.

A Emenda Constitucional de 1969 aumentou os cargos privativos de brasileiros natos e determinou a competência do Presidente da República para o decreto de anulação da nacionalidade obtida em fraude à lei. No artigo 199, a referida EC, considerou o cidadão português merecedor de tratamento igual àquele dispensado aos brasileiros naturalizados, sob a condição da reciprocidade.

Visto esse breve histórico, cumpre analisar o estado da questão na Constituição Federal vigente.

#### **4. Aquisição da nacionalidade brasileira**

A Constituição cidadã, de 1988, realizou poucas modificações em relação às Cartas anteriores.

Note-se que a Emenda Constitucional de Revisão nº 3, de 1994, e a Emenda Constitucional nº 54, de 2007, modificaram o texto da Constituição Federal de 1988, no que concerne à nacionalidade. Assim, o que se estuda como o Direito à Nacionalidade no Brasil hoje, data de 2007.

Quanto à aquisição da nacionalidade brasileira originária, o legislador constituinte manteve como regra o critério do *ius soli*, prevendo hipóteses em que adotou o critério do *ius sanguinis*.

Art. 12 - São brasileiros:

I - natos:

a) os nascidos na República Federativa do Brasil<sup>13</sup>, ainda que de pais estrangeiros, desde que estes não estejam a serviço de seu país.

---

<sup>13</sup> Faz parte do território brasileiro, as terras delimitadas pelas fronteiras geográficas, com baías, lagos, golfos, ilhas, rios, bem como o espaço aéreo e o mar territorial, que forma o território propriamente dito; os navios e as aeronaves de guerra brasileiras, onde quer que se encontrem, também são considerados territórios nacionais; os navios mercantes brasileiros em alto mar ou em passagem em mar territorial estrangeiro; as aeronaves civis brasileiras em vôo sobre alto mar ou de passagem sobre águas territoriais ou espaços aéreos estrangeiros. Todas as pessoas que nascerem em um destes lugares acima citados para efeitos jurídicos serão consideradas brasileiras natas. A exceção, quanto ao lugar em que nasceu, cabe nos casos em que os pais sejam estrangeiros a serviço de seus países.



- b) os nascidos no exterior, de pai ou mãe brasileira, desde que qualquer deles esteja a serviço da República Federativa do Brasil.
- c) os nascidos no estrangeiro de pai brasileiro ou de mãe brasileira, desde que sejam registrados em repartição brasileira competente ou venham a residir na República Federativa do Brasil e optem, em qualquer tempo, depois de atingida a maioridade, pela nacionalidade brasileira.

Denota-se que a Constituição cidadã possibilita a existência de brasileiros nacionalizados pelo critério do *ius soli* e *ius sanguinis*.

Segundo o *ius soli*, que leva em consideração o lugar do nascimento, conforme a alínea *a*, será brasileiro nato todo aquele nascido no território brasileiro.

Pelo *ius sanguinis*, será brasileiro nato todo aquele que for filho de nacionais. Tal critério leva em conta a nacionalidade dos pais, conforme disposição da alínea *b* e *c*.

Aquisição potestativa da nacionalidade é a hipótese prevista no o artigo 12, inciso I, *c* da CF.

Com a EC nº 54, de 2007, retomaram-se os requisitos temporais e de maioridade para a aquisição de nacionalidade brasileira originária, por opção. Assim, tal hipótese ficou sujeita a quatro condições, que preenchidas, dá o direito à nacionalidade originária, amparada por direito subjetivo público:

- a) o nascimento no exterior,
- b) ser nascido de brasileira ou brasileiro nato ou naturalizado,
- c) registro em repartição brasileira competente ou residência no Brasil,
- d) declaração unilateral de vontade, a qualquer tempo, depois de atingida a maioridade, confirmativa da opção pela nacionalidade originária brasileira.

Observe-se que a alínea “c”, I, do art. 12 da CF tal como concebida pela EC nº 54 de 2007, acabou com aquela comum situação de apatridia, visto que é possível o registro em repartição consular de filho de brasileiro nascido no exterior.

Se a nacionalidade originária depende da vontade do Estado, e a nacionalidade derivada, depende da vontade do homem: a primeira é uma nacionalidade de atribuição, a segunda uma nacionalidade de eleição. A nacionalidade derivada, comumente chamada de naturalização, que pode ser tácita ou expressa, consta no artigo 12 da CF.

Art. 12 - São brasileiros:

II - naturalizados:

a) os que, na forma da lei, adquiram a nacionalidade brasileira, exigidas aos originários de países de língua portuguesa apenas residência por um ano ininterrupto e idoneidade moral;

b) os estrangeiros de qualquer nacionalidade residentes na República Federativa do Brasil há mais de quinze anos ininterruptos e sem condenação penal, desde que requeiram a nacionalidade brasileira.

Ainda que preenchidos os requisitos, por não haver, em princípio, direito público subjetivo à naturalização, pode ao estrangeiro ser negada a aquisição da nacionalidade brasileira. A naturalização é um ato unilateral e discricionário do Estado no exercício de sua soberania<sup>14</sup>. A satisfação das condições previstas nesta Lei não assegura ao estrangeiro a naturalização<sup>15</sup>.

A *naturalização tácita* foi empregada na Constituição de 1891, concedendo naturalização a todos os estrangeiros residentes no país, a não ser àqueles que expressamente desejassem o contrário.

A *ampla naturalização* foi empregada por motivos históricos, quando da necessidade de regularizar uma população brasileira, a fim de afirmar o nascente Estado brasileiro. Não houve após 1891, nenhum outro caso de naturalização tácita na ordem jurídica brasileira.

Disponha o artigo 69, §4º, da Constituição de 1891 que passavam a ser "cidadãos brasileiros os estrangeiros que, achando-se no Brasil aos 15 de

---

<sup>14</sup> DoLINGER, Jacob. Direito Internacional Privado. parte geral. 6. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 175

<sup>15</sup> Art. 121 do Estatuto do Estrangeiro.

novembro de 1889, não declarem, dentre em seis meses depois de entrar em vigor a Constituição, o animo de conservar a nacionalidade de origem”.

Conforme o artigo 22, XIII, da CF, compete privativamente à União legislar sobre nacionalidade, cidadania e naturalização. Assim, a naturalização tem seu tratamento na lei ordinária, mais especificamente na Lei nº 818 de 1949 e na Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980, conhecida como Estatuto do Estrangeiro.

A *naturalização expressa* é dividida em naturalização ordinária, ou comum, e extraordinária, que classifica o procedimento de radicação precoce.

A *naturalização ordinária* se concede ao estrangeiro residente no país e que seja originário de países de Língua Portuguesa<sup>16</sup>. Exige-se desses estrangeiros apenas residência no país por 1 ano ininterrupto e idoneidade moral.

Já a *naturalização extraordinária* atinge os estrangeiros de qualquer nacionalidade, residentes no Brasil, exigindo-se deles o domicílio no país por mais de 15 anos ininterruptos e sem condenação penal. O prazo anterior, que era de 30 anos, foi alterado pela Emenda Constitucional nº 3, de 1994.

Observe-se que no Brasil, a nacionalidade dos demais membros da família não ocorre quando da naturalização do chefe de família, diferentemente do que ocorre na Inglaterra, Bélgica, Bulgária, Estados Unidos, China, Dinamarca, Espanha, Finlândia, Holanda, Hungria, Itália, Japão e Noruega.

Também no Brasil não há naturalização pelo *ius laboris*, como ocorre no Haiti, Panamá, Rússia e Uruguai. Tampouco há naturalização no Brasil por aceitação de emprego público ou pensão do governo, ou por prestação de serviço militar, assim como pela prestação de serviços relevantes ao Brasil.

## 5. Limitações aos naturalizados

---

16 Portugal, Angola, Gamão, Moçambique, Guiné Bissau, Açores, Cabo Verde, Príncipe, Goa, Dio, Macau e Timor Leste.

Aos brasileiros natos a Constituição não faz qualquer limitação, a não ser aquelas decorrentes dos deveres que se impõe a todos. Isso é o que constitui a vantagem do nato em relação ao naturalizado. Já aos naturalizados se impõem algumas limitações.

As diferenciações só são possíveis quando estabelecidas na própria Constituição, não cabendo à lei ordinária criar diferenciações<sup>17</sup>.

A Constituição, no artigo 12, § 3º da CF, reserva alguns cargos públicos aos brasileiros natos, em atenção à linha sucessória do Presidente da República, conforme os artigos 79 e 80 da CF, e à segurança nacional.

Não podem os naturalizados ocupar os *cargos* de Presidente e Vice-presidente da República; de Presidente da Câmara dos Deputados e do Senado Federal; de Ministro do Supremo Tribunal Federal (até aqui, por estarem na linha sucessória do Presidente da República.); da Carreira Diplomática e de Oficial das Forças Armadas e Ministro do Estado da Defesa.

Essas restrições se dão pela necessidade de defesa dos interesses nacionais, que podem ficar à mercê de grupos estrangeiros, os quais, através de um membro naturalizado brasileiro, poderiam alcançar um enorme poder em nosso país, portanto a segurança nacional justifica as limitações.

No Conselho da República, órgão superior de consulta do Presidente da República, são reservados seis espaços para brasileiros natos. Entretanto, tal *função* pode ser desempenhada por brasileiros naturalizados, pois os postos de líderes da maioria e minoria na Câmara e no Senado não são restritos aos natos e também têm assento no Conselho da República<sup>18</sup>.

Também o naturalizado é impedido de ser *proprietário de empresa jornalística* e de radiodifusão de sons e imagens. Essa proibição vale para o naturalizado com menos de 10 anos. Ao naturalizado há mais que esse tempo, não

---

<sup>17</sup> Artigo 12, §2º, da CF.

<sup>18</sup> Artigo 89, VII, CF/88.

existe essa limitação, conforme o artigo 222 da CF. Tal reserva se dá pela notável influência dessas empresas na formação da opinião pública.

O brasileiro nato, em nenhuma hipótese pode ser extraditado, o que já não ocorre com o naturalizado, que poderá ser entregue à Justiça de outro país, competente para julgá-lo e puni-lo, em caso de crime comum, cometido antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes<sup>19</sup>.

## **6. Procedimento de naturalização**

A nacionalidade secundária é adquirida através da naturalização. Esse procedimento permite ao estrangeiro ou ao apátrida assumir a nacionalidade do país em que se encontra, mediante a satisfação de requisitos, que variam nos diferentes Estados.

No Brasil, a concessão da naturalização é faculdade do Poder Executivo. É ato unilateral, em que, à parte o preenchimento dos requisitos previstos em lei, o naturalizando deve manifestar expressamente sobre a vontade de tornar-se nacional brasileiro.

Observa-se que a naturalização se tornou ato discricionário do Estado, no exercício de sua soberania, podendo negar ou conceder a nacionalidade brasileira ao estrangeiro.

O procedimento de naturalização está previsto no Estatuto do Estrangeiro - a Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980, modificada pela Lei nº 6.964, de 9 de dezembro de 1981.

---

<sup>19</sup> Constituição Federal. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à segurança e a propriedade, nos termos seguintes: LI – Nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e de drogas afins, na forma da lei.

De acordo com o artigo 112 do Estatuto do Estrangeiro, podemos observar as seguintes condições necessárias para a *naturalização ordinária e extraordinária*:

- a capacidade civil, segundo o Código Civil brasileiro;
- o naturalizando deve ser registrado como permanente no Brasil;
- ter residência contínua no território brasileiro pelo prazo mínimo de *quatro* anos, imediatamente anteriores ao pedido de naturalização;
- ler e escrever a língua portuguesa, consideradas as condições do naturalizando;
- exercício de profissão ou posse de bens suficientes à manutenção própria e da família;
- bom procedimento;
- inexistência de denúncia, pronúncia ou condenação no Brasil ou no exterior por crime doloso a que seja cominada pena mínima de prisão, abstratamente considerada, superior a um ano;
- boa saúde<sup>20</sup>.

Dispõe o artigo 113 que o prazo de residência fixado no artigo 112 poderá ser reduzido se o naturalizando preencher determinados requisitos.

Assim, se o naturalizando tiver filho ou cônjuge brasileiro ou haver prestado ou poder prestar serviços relevantes ao Brasil, a juízo do Ministro da Justiça, o prazo de residência será no mínimo, de um ano.

A residência será, no mínimo, de dois anos, se a naturalização for recomenda-se pela capacidade profissional, científica ou artística do naturalizando.

No caso de o naturalizando ser proprietário, no Brasil, de bem imóvel, cujo valor seja igual, pelo menos, a mil vezes o Maior Valor de Referência; ou ser industrial que disponha de fundos de igual valor; ou possuir cota ou ações

---

<sup>20</sup> Dispõe o § 1º do artigo 112 que não se exigirá a prova de boa saúde a nenhum estrangeiro que residir no País há mais de dois anos.

integralizadas de montante, no mínimo, idêntico, em sociedade comercial ou civil, destinada, principal e permanentemente, à exploração de atividade industrial ou agrícola, o prazo de residência será de três anos.

Ademais, conforme o artigo 114 do Estatuto do Estrangeiro, dispensar-se-á o requisito da residência, exigindo-se apenas a estada no Brasil por trinta dias, quando se tratar de cônjuge estrangeiro casado há mais de cinco anos com diplomata brasileiro em atividade ou de estrangeiro que, empregado em Missão Diplomática ou em Repartição Consular do Brasil, contar mais de dez anos de serviços ininterruptos. Este é o caso da chamada naturalização especial.

Conforme o artigo 115 do Estatuto do Estrangeiro, aquele que pretender a naturalização deverá requerê-la ao Ministro da Justiça, e declarar:

- nome por extenso,
- naturalidade,
- nacionalidade,
- filiação,
- sexo,
- estado civil,
- dia mês, ano de nascimento,
- profissão,
- lugares onde haja residido anteriormente no Brasil e no exterior,
- inexistência de denúncia, pronúncia ou condenação no Brasil ou no exterior por crime doloso a que seja cominada pena mínima de prisão, abstratamente considerada, superior a 1 (um) ano,
- se deseja ou não traduzir ou adaptar o nome à língua portuguesa.

Quando se tratar de estrangeiro admitido no Brasil até a idade de cinco anos, radicado definitivamente no território nacional, desde que requeira a naturalização até dois anos após atingir a maioridade, o §2º do artigo 115 exige apenas:

- apresentação de documento de identidade para estrangeiro,
- atestado policial de residência contínua no Brasil,
- atestado policial de antecedentes, passado pelo serviço competente do lugar de residência no Brasil.

O mesmo vale para o estrangeiro que tenha vindo residir no Brasil antes de atingida a maioridade e haja feito curso superior em estabelecimento nacional de ensino, se requerida a naturalização até um ano depois da formatura.

Conforme o artigo 116 do Estatuto, o estrangeiro admitido até os cinco anos, e estabelecido definitivamente no território brasileiro, poderá, enquanto menor, requerer ao Ministério da Justiça, através de seu representante legal, a emissão de certificado provisório de naturalização, que valerá como prova de nacionalidade brasileira até dois anos depois de atingida a maioridade.

Esta emissão do certificado provisório de naturalização é requisito essencial para a confirmação da nacionalidade brasileira, que se dá através da naturalização definitiva.

A naturalização definitiva se expressa como opção do menor em confirmar a naturalização provisória, tornando-a, portanto, definitiva.

Conforme o parágrafo único do artigo 116 do Estatuto do Estrangeiro, a naturalização se tornará definitiva se o titular do certificado provisório, até dois anos após atingir a maioridade, confirmar expressamente a intenção de continuar brasileiro, em requerimento ao Ministro da Justiça.

Assim, para ser concedida a naturalização definitiva, deve-se primeiramente ter adquirido a naturalização provisória. A confirmação da nacionalidade brasileira é um processo reduzido, já que a complexidade do procedimento para a obtenção do certificado provisório de naturalização, envolve uma série de exigências para sua aquisição.

A caducidade ocorrerá a partir do momento que o naturalizado não solicita a entrega do certificado de naturalização no prazo de doze meses,



contados da publicação do ato, salvo motivo de força maior devidamente comprovado, conforme o parágrafo terceiro do artigo 119.

A invalidação da naturalização será declarada quando se fizer presente qualquer vício que a autorize e não incidirão sobre ela os efeitos da prescrição ou da decadência. Nesse caso, ao apresentar algum documento ou informação *falsos*, para obter alguns dos requisitos exigidos, o naturalizando, estará praticando ato criminoso, podendo o Estado caracterizar a perda da nacionalidade adquirida.

A naturalização não importa a aquisição de nacionalidade brasileira pelo cônjuge e filhos do recém-naturalizado e não autoriza estes a se radicar no país.

## **7. Perda e a reaqisição da nacionalidade brasileira**

Art. 12, § 4º - Será declarada a perda da nacionalidade do brasileiro que:

I - tiver cancelada sua naturalização, por sentença judicial, em virtude de atividade nociva ao interesse nacional;

II - adquirir outra nacionalidade, salvo nos casos:

a) de reconhecimento de nacionalidade originária pela lei estrangeira;

b) de imposição de naturalização, pela forma estrangeira, ao brasileiro residente em Estado estrangeiro, como condição para permanência em seu território ou para o exercício de direitos civis.

A perda da nacionalidade consiste no rompimento do vínculo jurídico-político existente entre o indivíduo e o Estado. Se o indivíduo era detentor de apenas uma nacionalidade, e a perde, gera uma situação de apatria.

Salienta-se que esta perda gera efeitos personalíssimos, não atingindo os ascendentes e tampouco os descendentes da pessoa que perdeu a nacionalidade.

Note-se que as hipóteses arroladas no dispositivo constitucional atingem tanto brasileiros natos como naturalizados, e autorizam o Presidente da República a declarar a perda da nacionalidade brasileira.

O cancelamento da naturalização por sentença judicial, em virtude de atividade nociva ao interesse social é também chamada de *perda-punição*. Nesse caso, é previsto no Brasil a *Ação de Cancelamento de Naturalização* proposta

pelo Ministério Público Federal. Uma vez perdida a nacionalidade mediante sentença transitada em julgado da *Ação de Cancelamento de Naturalização*, somente será possível readquiri-la por meio de ação rescisória e nunca por novo processo de naturalização.

A aquisição de outra nacionalidade, voluntariamente, ocasiona a perda da primeira nacionalidade, a chamada *perda-mudança*, nos casos em que não é admitida a dupla cidadania.

Ainda, a nacionalidade pode ser perdida:

- pelo casamento,
- por cessões ou anexações territoriais,
- pela presunção de renúncia, em consequência de residência, mais ou menos prolongada, em país estrangeiro, sem intenção de regresso.

A regra é a perda da nacionalidade primária quando se adquire outra nacionalidade. A alínea *a* do inciso II do artigo 12, §4º, excepciona tal regra, resguardando o adquirente de outra nacionalidade por aquisição originária (pelo nascimento) e protegendo o constrangimento de brasileiros que, por força de contratos, trabalhavam em países que requeiram naturalização para trabalhar em seu território. Da mesma forma, a alínea *b* faz manter a nacionalidade brasileira, originária, quando a norma de outro Estado impõe a naturalização do brasileiro nele residente, como condição de permanência em seu território ou do exercício de direitos civis.

Assim, verifica-se que a perda da nacionalidade de um país ocorre pelos mesmos motivos que prevêm a aquisição de outra, pois a perda é consequência da aquisição de outra, já que a obtenção da nacionalidade sempre gera a extinção da nacionalidade anterior.

Observa-se que no Brasil a reaquisição da nacionalidade é prevista na Lei de Estrangeiros, Lei nº 818/49, ainda em vigor, pois não expressamente revogada.

Segundo o disposto no artigo 36 da Lei nº 818/49 o brasileiro que, por qualquer das causas do art. 22, nº I e II desta lei, houver perdido a nacionalidade, poderá readquiri-la por decreto, se estiver domiciliado no Brasil.

Dispõe o artigo 22, que perde a nacionalidade o brasileiro que, por naturalização voluntária, adquirir outra nacionalidade (I) ou que, sem licença do Presidente da República, aceitar, de governo estrangeiro, comissão, emprego ou pensão (II).

Dispõe o parágrafo primeiro do artigo 36 da Lei n 818 de 1949 que o pedido de reaquisição, dirigido ao Presidente da República, será processado no Ministério da Justiça e Negócios Interiores, podendo ser por intermédio do Ministério das Relações Exteriores, ao qual será encaminhado por intermédio dos respectivos Governadores, se o requerente residir nos Estados ou Territórios.

A reaquisição, no caso do artigo 22, I, não será concedida, se apurado que o brasileiro, ao eleger outra nacionalidade, o fez para se eximir de deveres a cujo cumprimento estaria obrigado, se conservasse brasileiro.

No caso do art. 22, II, para a reaquisição, é necessário que o ex-nacional tenha renunciado à comissão, ao emprego ou pensão de Governo estrangeiro.

A condição básica para a reaquisição da nacionalidade é a residência e domicílio do ex-nacional no Brasil.

Aqueles que tiverem perdido a nacionalidade por motivos inexistentes na CF/1988 poderão, desde logo, recuperá-la, vez que hoje não são considerados, pelo ordenamento jurídico-constitucional, como causadores da perda da nacionalidade brasileira.

A reaquisição da nacionalidade opera efeitos *ex nunc*, voltando a ser brasileiro nato se assim o era, ou naturalizado, se naturalizado o era.

Fica impossibilitada a reaquisição de nacionalidade quando atingido por sentença de cancelamento de naturalização. Nesses casos, somente poderá ocorrer a reaquisição através de uma ação rescisória.

## **8. Dupla nacionalidade no Brasil**

Até 1994, o Brasil não admitia a dupla nacionalidade para os seus nacionais e decretava a perda da nacionalidade brasileira sempre que alguém se naturalizasse em outro país. Até 1994, não era argüida a voluntariedade dessas segundas naturalizações.

A simples decisão da pessoa de estabelecer vínculo político-jurídico com outra nação determinava o desaparecimento da nacionalidade brasileira originária era. Independia que o cidadão brasileiro não desejasse abdicar de sua cidadania brasileira. Dessa forma, o Brasil fechava as portas aos filhos de imigrantes aqui nascidos.

A EC nº 03/94 inovou ao inserir no texto da CF/88 dispositivo destinado a preservar a nacionalidade brasileira daqueles que se naturalizassem em outro país.

A EC acrescentou duas ressalvas à perda da nacionalidade daquele que obtivesse uma segunda nacionalidade, conforme previsto no artigo 12, §4, II. Assim, quando do reconhecimento da nacionalidade originária (pelo nascimento) pela lei estrangeira e quando de imposição de naturalização, pela norma estrangeira, ao brasileiro residente em estado estrangeiro, como condição para permanência em seu território ou para o exercício de direitos civis, não era cancelada a nacionalidade brasileira.

Ao implantar essas modificações, o Brasil se atualizou, acompanhando as mudanças de uma sociedade cujos indivíduos não mais se vinculam às suas fronteiras originais. A EC nº 3 de 94 flexibilizou a soberania absoluta, adequando-se à realidade que comporta uma série de imigrações e processos de integrações regionais da qual o Brasil participa.

## Últimas palavras

A nacionalidade é o direito adquirido pelo cidadão a partir do momento de seu nascimento, seja lá onde este estiver ocorrido, dentro do sistema *ius soli* ou *ius sanguinis*, sendo um direito universal oferecido em todas as nações do mundo, conforme determinação das Nações Unidas.

Feita a evolução normativa do instituto da nacionalidade no Brasil, e levantados alguns aspectos universais, oriundos do direito internacional, percebe-se a mudança do trato dessa temática na contemporaneidade.

Desde a segunda metade do século XX, quando o mundo viu nascerem novas formas de organização político-social, notadamente os processos de integrações regionais entre nações, os Estados deixam de lado a rigidez do seu nacionalismo, possibilitando uma flexibilização do estatalismo, que se abre às novas formas de organização social.

Também por isso, o instituto da nacionalidade atualizou-se de forma geral, no Brasil e no mundo. Os Estados não mais *prendem* os seus nacionais a uma única nacionalidade, como forma de manter intactos e puros os caracteres do Estado, no caso o povo, cuja constituição abrange os cidadãos pátrios.

Hoje, dinamizados pelos fluxos migratórios, muito em função *das integrações regionais* os Estados abrem-se para a convivência com diversos nacionais, permitindo a poli-nacionalidade, inclusive.

O Brasil acompanha essa mudança. A legislação pátria vigente é liberal e inovadora, por tratar o estrangeiro como igual, desde que haja reciprocidade, dando exemplo de tratamento respeitoso dado aos *diversos nacionais*.

O sistema pátrio afirma que a construção da nacionalidade faz parte do processo de democratização da sociedade, em que o convívio com indivíduos que dividem direitos e deveres, em função de uma sociedade, nos dá a visão de devermos ser iguais perante o Estado.

Por fim, o estado atual da nacionalidade remete aos primórdios da organização social, em que os cidadãos não se submetiam a qualquer – única - fronteira, imbuindo-se num crescimento mútuo, entre a sociedade e os diversos cidadãos, independente do seu local de proveniência.

### **Referências Bibliográficas**

BALLARINO, Tito. **Cidadania e Nacionalidade**. In: Cidadania e Nacionalidade: efeitos e perspectivas nacionais, regionais e globais. Orgs. DAL RI JÚNIOR, Arno. OLIVEIRA, Odete Maria de. Ijuí: Editora Inijuí, 2002.

DEL'OLMO, Florisbal de Souza. **Curso de Direito Internacional Público**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

\_\_\_\_\_. **O Mercosul e o princípio da nacionalidade**. In: Cidadania e Nacionalidade: efeitos e perspectivas nacionais, regionais e globais. Orgs. DAL RI JÚNIOR, Arno. OLIVEIRA, Odete Maria de. Ijuí: Editora Inijuí, 2002.

DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado: parte geral**. 6. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**, v. 2, 2. ed, Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

POSENATO, Naiara. **A Evolução histórico-constitucional da nacionalidade no Brasil**. In: Cidadania e Nacionalidade: efeitos e perspectivas nacionais, regionais e globais. Orgs. DAL RI JÚNIOR, Arno. OLIVEIRA, Odete Maria de. Ijuí: Editora Inijuí, 2002.

REZEK, José Francisco. **Direito internacional público**. 8. ed. Ver. Atual. São Paulo: Saraiva, 2000.

## GLOBAL WAR: SUPERANDO O CONCEITO DE GUERRA MODERNA

Anderson Vichinkeski Teixeira\*

Revista Ius Gentium 2(1): 181-211 [2009]

### Resumo

O presente artigo se propõe a analisar como o conceito de guerra moderna vem sendo alterado, neste início de século, pelos efeitos dos diversos processos de globalização. O fenômeno será aqui estudado em um sentido mais crítico-analítico que meramente ideológico-político, buscando estruturar os argumentos teóricos a partir de uma perspectiva histórica que começará com a transição das guerras de religião para a guerra moderna. Ao final, depois de examinarmos como, no início do século XXI, a guerra se tornou um evento globalizado, o artigo buscará propor a ideia que uma forma de se superar – ou atenuar os seus principais efeitos – a presente realidade posta pela guerra global no contexto das relações internacionais seria a adoção de um globalismo jurídico articulado em comunidades de Estados nacionais.

**Palavras Chave:** Filosofia do direito internacional, relações internacionais, direito de guerra

### Abstract

This article analyzes how the concept of modern war has been changed by the effects of the globalization processes at the beginning of this century. This phenomenon is studied here more in a critical-analytical than in a merely ideological-political sense, seeking to structure the theoretical arguments from a historical perspective that begins with the transition from religious war to modern war. Finally, after examining how war became a globalized event at the beginning of the 21st century, the article will propose the idea that one way to overcome – or attenuate the main effects of – the present reality presented by global war in the context of international relations would be to adopt a juridical globalism articulated into Nation-States communities.

**Keywords:** philosophy of international law; international relations; law of war

---

\* Doutor (2009) em Teoria e História do Direito pela *Università degli Studi di Firenze (IT)*, com estágio de pesquisa doutoral realizado junto à Faculdade de Filosofia da *Université Paris Descartes-Sorbonne (FR)*. Mestre (2005) em Direito do Estado pela PUC/RS e Bacharel (2003) em Ciências Jurídicas e Sociais pela mesma Instituição

## **Introdução**

Se a globalização fez com que as culturas se aproximassem, que os mercados nacionais e internacionais aumentassem o grau de integração entre si, que tradicionais conceitos e noções políticas do Estado moderno se tornassem cada dia mais contestados, não restam dúvidas que os reflexos da globalização em termos militares foram igualmente – ou ainda mais – intensos. Poucas foram as noções militares que continuaram as mesmas, uma vez que desde o tradicional conceito de guerra moderna, que foi completamente desnaturado no século XX, até ao grau de desenvolvimento da disseminação de armas de guerra seja entre países (*horizontal spread*), seja entre países e grupos paramilitares (*vertical spread*), mudou em um ritmo frenético. O mercado ilegal de armas, que cem anos atrás não se constituía em um problema internacional de grande magnitude, profissionalizou-se a ponto de banalizar o uso de fuzis e armas leves que até há poucas décadas eram de uso exclusivo dos grandes exércitos mundiais.

Por estas razões e, sobretudo, pela consolidação da noção de guerra global no léxico internacional, é necessário que desenvolvamos aqui algumas considerações sobre esta que parece ser outra consequência da globalização.

### **1. A construção do conceito de guerra moderna**

Concomitantemente à formação do Estado moderno – e, talvez, como consequência disso – podemos encontrar uma modificação essencial no desenvolvimento histórico do conceito de guerra: a passagem da guerra antiga para a guerra moderna.



Até a Paz de Westphalia, em 1648, que encerrou a Guerra dos Trinta Anos, a influência religiosa sobre as causas de uma guerra costumava ser preponderante no momento de se optar ou não por iniciar o conflito. Nesse sentido, tornaram-se famosas as Cruzadas: uma modalidade de guerra que não tinha como causa maior qualquer questão política, mas sim a afirmação da *auctoritas spiritualis* da *Respublica Christiana* e da justiça cristã sobre os “infiéis” e seus territórios – note-se que a terminologia “infiel” simplesmente desconsiderava a possibilidade de existir uma religião diferente da católica. O papa era considerado detentor de uma *potestas spiritualis* que deveria ser imposta a todos aqueles povos que não reconhecessem sua legitimidade. A *Respublica Christiana* presumia-se como detentora de uma integralidade cognitivo-espacial total, capaz de englobar o terreno e o transcendente, fazendo com que todas as insurreições existentes dentro dos seus territórios não pudessem ser havidas como guerras, mas como “faidas” conduzidas por infiéis, ao invés de inimigos.<sup>1</sup>

Com a Guerra dos Trinta Anos, deflagrou-se um conflito de fundo religioso entre o Imperador Habsburgo, do Sacro Império Romano-Germânico, o qual era católico, e as cidades-Estado comerciais, notadamente luteranas e calvinistas, situadas ao norte da Alemanha. Somente após a quase generalização da guerra na Europa, com a entrada no conflito de países escandinavos, como Suécia e Dinamarca, e o desgaste econômico, político e militar de todas as partes envolvidas, é que conseguiram chegar a um acordo final no sentido de que, a

---

<sup>1</sup> “Le guerre interne, limitate, non distruggevano l’unità della *respublica christiana*, ma erano ‘faide’, nel senso di affermazioni del diritto, realizzazioni concrete di esso, ovvero attivazioni di un diritto di resistenza, e avvenivano sempre nel quadro di un unico ordinamento complessivo, comprendente entrambe le parti in conflitto. Ciò significa che esse non dissolvevano e non negavano affatto questo ordinamento complessivo comune.” C. Schmitt, *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum*, Berlin, Duncker&Humblot, 1974; trad. it. *Il nomos della terra*, Milano, Adelphi, 2003, p. 42.

partir daquele momento, a liberdade religiosa seria considerada um direito próprio do Estado e decorrente da sua soberania.<sup>2</sup>

Com isso, tanto as guerras entre povos quanto as guerras civis de caráter religioso perderam seu fundamento de legitimidade política e conseqüentemente cessaram na Europa. Carl Schmitt considerou a laicização do conceito de guerra “*il superamento della prepotenza confessionale, che nel corso delle guerre tra fazioni religiose dei secoli XVI e XVII aveva fornito i motivi della peggiore crudeltà e della degenerazione della guerra in guerra civile.*”<sup>3</sup>

No entanto, pode-se afirmar que o resultado mais concreto da paz de Westphalia foi, de fato, a secularização do poder público, pois uma “paz” não foi verdadeiramente construída, mediante o desenvolvimento de normas comunitárias capazes de aproximar os países que até então estavam em conflito e gerar um ambiente propício ao desenvolvimento de uma paz duradoura.<sup>4</sup> Como consequência disto, a consolidação de um sistema normativo internacional só ocorreu lentamente e por intermédio de acordos e tratados bilaterais ou multilaterais. O que houve em 1648, foi um armistício, ou seja, as partes deixaram de continuar em combate por não se justificarem mais as razões da guerra face aos desgastes que ela estava gerando. A paz foi efetiva no que concerne à hegemonia dos Habsburgos, uma vez que esta perdeu poder de controle frente aos Reinos e cidades-Estado luteranas, mas não significou o imediato surgimento de uma ordem jurídica internacional.<sup>5</sup>

---

<sup>2</sup> Para maiores estudos sobre este tema, veja-se Amos S. Hershey, *History of Law since the Peace of Westphalia*, in ‘American Journal of International Law’, 6 (1912) 1, pp. 30-69; Leo Gross, *The Peace of Westphalia, 1648-1948*, in ‘American Journal of International Law’, 42 (1948) 1, pp. 20-41; Chris Brown, *Sovereignty, Rights and Justice*, Cambridge, Polity Press, 2002; Danilo Zolo, *I signori della pace*, Roma, Carocci, 1998; e Antonio Cassese, *International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2001.

<sup>3</sup> C. Schmitt, *Der Nomos der Erde*, trad. it. cit., p. 164.

<sup>4</sup> A. Cassese, *International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2001, p. 21.

<sup>5</sup> Cfr. K. J. Holsti, *Peace and war: armed conflicts and international order 1648-1989*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998, p. 40.

### 1.1. Do bellum justum ao jus ad bello.

A noção de guerra moderna surgiu a partir de uma perspectiva laica, mas não abandonou por completo a doutrina do *bellum justum*<sup>6</sup>, a qual determinava que a guerra era proibida e um Estado somente poderia entrar em guerra se tivesse alguma justa causa para tanto, ainda que os conceitos de justo fossem subjetivos e uma eventual guerra injusta pudesse ser encerrada somente com o recurso a outra guerra. Sob o aspecto formal, a guerra justa estava condicionada pela autoridade da Igreja, enquanto que, sob o aspecto material, ela era uma conduta *ex justa causa*, destinada à afirmação externa de determinadas pretensões jurídicas próprias de um sistema jurídico interno, mas sem levar em consideração se tal guerra é de agressão ou de defesa.<sup>7</sup> Basicamente, a doutrina da guerra justa, ao contrário de permitir que vencesse aquele que tivesse razão no conflito, somente se prestava para dar razão a quem vencia.<sup>8</sup>

Com a perda de poder da Igreja frente ao Estado e a transformação daquele poder de *potestas spiritualis* para *potestas indirectas*, as causas da guerra deixaram de ter uma legitimação religiosa – ainda que em alguns casos este fosse um argumento retórico, pois somente disfarçava objetivos políticos ou econômicos – e começaram a se centrar em critérios objetivos. A racionalização dos fundamentos que legitimam um Estado que deseja entrar em conflito contra outro é o momento em que o conceito de guerra moderna, ao nosso sentir, faz-se mais visualizável materialmente. Assim como os europeus, nos séculos XV a XVIII, buscavam usar a “razão” como elemento que os distinguiu dos selvagens

---

<sup>6</sup> A expressão *bellum justum* possui origens no antigo direito romano, tanto que Cícero já fazia referência como sendo ela uma guerra legítima que tinha por objetivo submeter aqueles que fossem contrários ao ordenamento (romano) político e jurídico vigente. Cfr. L. Loreto, *Il bellum justum e i suoi equivoci*, Napoli, Jovene Editore, 2001, pp.17-9; e P. Gilbert, *New terror, New wars*, Washington, Georgetown University Press, 2003, pp. 16-7.

<sup>7</sup> C. Schmitt, *Der Nomos der Erde*, trad. it. cit., p. 133.

<sup>8</sup> N. Bobbio, *Il problema della guerra e le vie della pace*, Bologna, Il Mulino, 1997, p. 59.

das Américas, a razão será uma das referências para se definir quando uma guerra é justa e quando não o é.<sup>9</sup>

Além de a guerra passar a ser concebida como retribuição/reação, a sua versão moderna trouxe consigo a doutrina do *jus ad bellum* e do *jus in bello*. À possibilidade de um Estado que foi violado em sua soberania reagir por intermédio da guerra contra o ofensor foi atribuída o nome de *jus ad bellum*. Diferentemente de se discutir qualquer conceito de justiça, como na doutrina do *bellum justum*, neste caso basta que o Estado tenha sua soberania territorial violada para que ele já possa alegar *jus ad bellum* contra o agressor. Ao lado dessa possibilidade de entrar em guerra por uma causa defensiva, a guerra como punição ao Estado agressor e a guerra como forma de reconquista de territórios perdidos de forma ilegítima para outro Estado foram outros dois motivos que justificavam a alegação de *jus ad bellum*.

Já no século XIX, com a definitiva consolidação de um *jus publicum Europaeum* (até então único direito internacional reconhecido), surgiu também a possibilidade de qualquer Estado soberano membro deste ordenamento sustentar o seu *jus ad bellum* como causa para intervir formalmente nas deliberações e negociações diplomáticas concernentes a uma guerra que esteja se desenvolvendo em solo europeu ou que envolva um Estado deste continente.<sup>10</sup>

### 1.2. O direito internacional e o jus in bello.

No que diz respeito ao *jus in bello*, pode-se afirmar que foi uma tentativa do *jus publicum Europaeum* de, no século XIX, formalizar a guerra através de

---

<sup>9</sup> “Rationality was a way of looking at the world in which the meaning of an act derived entirely from its utility. Within the framework of practical rationality all means of procuring desired ends are viewed as ‘techniques’ or ‘strategies’ rather than as systems of values adhered to on the basis of ethical standards.” C. Coker, *The Future of War*, London, Blackwell Publishing, 2004, pp. 26-7.

<sup>10</sup> C. Schmitt, *Der Nomos der Erde*, trad. it. cit., p. 236.

procedimentos e condutas mínimas que os participantes da guerra deveriam adotar, fazendo com que a noção de *bellum justum* perdesse a significância de outrora.<sup>11</sup> Segundo D. Zolo, “*la guerra viene ritualizzata da una serie di procedure diplomatiche, come la dichiarazione di guerra e la pattuizione della pace.*”<sup>12</sup> Como consequência disso o *jus in bello* posteriormente ganhou forma com o Protocolo de Genebra (1924), o Pacto Kellogg-Briand (1928) e as quatro convenções da Conferência diplomática de Genebra (1949) – a Carta das Nações Unidas (1945) passou a definir as causas de *jus ad bellum* citadas anteriormente (item 1.1., *supra*). A guerra, que até então era havida como um instrumento de política externa, passa a ser tratada como ato de repercussão jurídica e capaz de gerar responsabilização criminal aos responsáveis.<sup>13</sup>

Bobbio define o sentido eminentemente formal do *jus in bello* a partir de uma perspectiva jusnaturalista. Isto significa que o *jus in bello* não regula as causas da guerra, mas sim a conduta dos agentes em combate, independentemente da causa. No que concerne às causas da guerra, os Estados não possuem limites legais (de direito positivo), mas somente limites morais (baseados no direito natural); já no que diz respeito à conduta em guerra, existem ainda limites legais que são estabelecidos por um direito garantido dentro da comunidade internacional na qual tal Estado é membro e, portanto, contribuiu para que fosse produzida.<sup>14</sup>

---

<sup>11</sup> “Giusta nel senso del diritto internazionale europeo dell’epoca interstatale è pertanto ogni guerra interstatale che sia condotta da eserciti militarmente organizzati appartenenti a Stati riconosciuti dal diritto internazionale europeo, sul suolo europeo e secondo le regole del diritto bellico europeo.” N. Bobbio, *op. cit.*, p. 168.

<sup>12</sup> D. Zolo, *Globalizzazione. Una mappa dei problemi*, Roma-Bari, Laterza, 2004, p. 119.

<sup>13</sup> K. J. Holsti, *op. cit.*, p. 228.

<sup>14</sup> “Ciò significa che il diritto internazionale non regola la causa della guerra bensì regola la sua condotta, quale che sia la causa. Rispetto alla causa della guerra, ogni stato non ha limiti giuridici (di diritto positivo) ma solo morali (o di diritto naturale); rispetto alla condotta della guerra, ha limiti anche giuridici, cioè stabiliti da un diritto vigente nella comunità internazionale cui esso appartiene e che esso stesso ha contribuito a produrre.” N. Bobbio, *op. cit.*, p. 64.

Não obstante as tentativas de clara distinção entre combatentes e civis, para que fosse dada proteção a estes mesmo pelos exércitos inimigos no sentido de se proibir ataques contra alvos humanos ou físicos que possuíssem relação com a população civil, as guerras do século XX provocaram reviravoltas nas construções teóricas e jurídicas que sustentavam o conceito de guerra moderna. As bombas nucleares de Hiroshima e Nagasaki, lançadas, respectivamente, dias 06 e 09 de agosto de 1945, representaram o fim de qualquer possibilidade de ética na guerra, de respeito pelos civis (estes que muitas vezes já são vítimas dos seus próprios regimes), de respeito pelo *jus in bello* e, até mesmo, de respeito pelo próprio conceito de guerra.

Característica inerente à guerra é o conflito, a batalha, aquilo que Hobbes definia como o *act of fighting*<sup>15</sup>; entretanto, a guerra nuclear não representa o conflito, o ato de batalha, mas sim a aniquilação. Na possibilidade da ocorrência de um conflito nuclear entre Estados que são potências nucleares não se pode falar em guerra, uma vez que não haverá combate ou batalha com a finalidade de uma parte conquistar a outra; o conflito dará espaço a breves momentos de decisão e ataque que terão como fim mais provável o extermínio recíproco.

Após o advento da possibilidade de uma guerra nuclear, a tutela internacional da guerra passou a ganhar um responsável: o Conselho de Segurança da ONU. O temor de um conflito nuclear fez com que a comunidade internacional passasse a estar vinculada às decisões deste órgão, sendo que até mesmo o direito de guerra como represália passou a estar condicionado a uma manifestação do Conselho de Segurança, este que, segundo a Carta das Nações Unidas é o legítimo protetor da *international pace and security*. Assim, as intervenções militares da ONU em países em guerra marcaram em definitivo o fim da guerra moderna. Ao

---

<sup>15</sup> “For Warre, consisteth not in Battell onely, or the act of fighting; but in a tract of time, wherein the Will to contend by Battell is sufficiently known: and therefore the notion of Time, is to be considered in the nature of Warre; as it is in the nature of Weather.” T. Hobbes, *Leviathan* (1651), London, Penguin Classics, 1985, pp.185-6.

despersonalizarem em sentido estrito o conflito e seus interessados, passando à comunidade internacional o interesse genérico no encerramento da crise e no retorno à paz, esta modalidade de intervenção militar fez com que toda e qualquer guerra fosse um assunto de interesse internacional. É o começo da guerra global.

## **2. Os efeitos do fim da Guerra Fria nos componentes básicos da guerra moderna.**

Uma das consequências imediatas que o fim da Guerra Fria produziu no cenário político-internacional foi transformar a potência vencedora (os EUA) em única superpotência e dar a ela o poder de expandir seus domínios para os cantos do mundo que ainda restavam intocados pela ideologia liberal. O fim da bipolarização política EUA/URSS produziu ainda conclusões exageradas como a de Francis Fukuyama, o qual chamou este processo histórico de “o fim da História”<sup>16</sup>, ou seja, seria o triunfo derradeiro da democracia liberal sobre todos os demais sistemas e ideologias que com ela já ousaram concorrer.

Qualquer noção de sociedade global, ou outro conceito semelhante à ideia de *global village*<sup>17</sup> proposta por Marshall McLuhan, só se tornou possível a partir do momento em que a axiologia comunista – obstativa à consolidação da globalização – perdeu seu grande referencial político: a URSS. No entanto, o fim da URSS parecia ser a solução de grande parte dos problemas estadunidenses na esfera internacional, pois a Guerra Fria já era parte do passado e nenhum país poderia concorrer com o poder militar, econômico e político dos EUA. Entretanto, com o fim do século XX e início do século XXI, a maximização do poder

---

<sup>16</sup> Cfr. F. Fukuyama, **The End of History and the Last Man**, N.Y., Free Press, 1992.

<sup>17</sup> Cfr. M. McLuhan, *Understanding media*, N.Y., Mentor Press, 1964. Encontramos, também, J. Joyce, *Finnegans Wake*, N.Y., Viking Press, 1939, e P. Wyndham Lewis, *America and Cosmic Man*, N.Y., Doubleday & Company, 1949, como referências para a origem do termo *global village*.

estadunidense sobre a economia e a política mundial, a disseminação da sua cultura pelos quatro cantos do mundo e, sobretudo, o seu papel de líder incontestado exercido na ONU, fizeram com que todas as atrações se voltassem para os EUA. Aqueles grupos paramilitares – via de regra, fundamentalistas islâmicos<sup>18</sup> – que confrontavam a URSS e os seus aliados, além dos EUA e seus respectivos aliados, agora passaram a ter um único alvo a atingir: a América.

Originalmente, o fundamentalismo islâmico não era terrorista, mas sim um movimento de natureza exclusivamente religiosa que preconizava o respeito ao Corão. A “Irmandade Muçulmana”, surgida no Egito, em 1929, foi um dos primeiros grupos que marcaram o surgimento do fundamentalismo islâmico com atividades terroristas.<sup>19</sup> Por um lado, a “Irmandade” oferecia resistência armada ao colonizador britânico, sendo que, de outro, desenvolvia campanhas de alfabetização e de assistência médica à população mais carente do Egito. Os fundamentalistas queriam reconstruir sua identidade nacional com base nos fundamentos da religião islâmica, em oposição aos valores políticos e culturais do colonizador. Entretanto, a “Irmandade” passou a ser perseguida pelos reis egípcios, estes que se encontravam submetidos à Coroa Britânica. Mesmo após a instauração da República, em 1953, pelo líder nacionalista Gamal Abdel Nasser, o grupo continuou a ser perseguido e mantido na clandestinidade. Nasser era um líder com ideais fortemente influenciados pelo Ocidente e pelo capitalismo, o que o tornava incompatível com a visão religiosa e tradicional dos fundamentalistas, gerando, deste modo, todas as circunstâncias políticas para a radicalização ideológica e para o

---

<sup>18</sup> Alguns dos principais são: Organização Abu Nidal (Líbano), Grupo Islâmico Armado (Argélia), Hamas (atua nos territórios palestinos ocupados por Israel), Hezbollah (Líbano), Al-Jihad (Egito), Jihad islâmico (territórios ocupados por Israel), Frente Popular para a Libertação da Palestina (territórios ocupados por Israel), Al Qaeda (oriundo do Afeganistão, mas atua em todo o mundo). Ainda que tais grupos tenham tido como causa a insatisfação com problemas regionais, o fundamento último de revolta é sempre contra o capitalismo estadunidense.

<sup>19</sup> Cfr. W. Laqueur, *No end to war: terrorism in the twenty-first century*, London, Continuum Publishing Ltd., 2003, p. 31.



terrorismo.<sup>20</sup> Em 1981, a “Irmandade Muçulmana” desferiu seu golpe mais forte ao matar o presidente egípcio Anuar Sadat, em virtude de este ter assinado, nos EUA, um acordo pelo qual o Egito passava a reconhecer o Estado de Israel. Com este acordo, o Egito seria o primeiro país islâmico a reconhecer Israel como nação.

O viés terrorista começou a se transformar na forma de expressão principal de muitos grupos fundamentalistas islâmicos após um lento processo de exclusão do debate político internacional exercido pelas grandes potências internacionais que dominam o Ocidente. Momentos marcantes como o apoio dos EUA ao Iraque no conflito deste com o Irã, nos anos 70, somado à indiferença da comunidade internacional frente à perseguição exercida pelos soviéticos contra países islâmicos, em especial contra o Afeganistão, produziram uma profunda divisão ideológica – com fundamento teológico – do globo terrestre em zonas de influência judaico-cristã e de influência islâmica, de modo que o momento máximo de exclusão recíproca pode ser visto nos ataques do 11 de setembro de 2001.

Porém, a partir daqueles ataques, a arena internacional viu surgir um outro tipo de agente que até então era inédito no campo militar: os grupos paramilitares desprovidos de bases territoriais fixas e cujos ataques variam de acordo com as necessidades e possibilidades do grupo. A angústia de necessitar dar uma resposta à opinião pública e ao mesmo tempo não saber quem atacar, fez com que os EUA e seus aliados invadissem o Afeganistão, neste mesmo ano, sem ter provas de que este país possuía qualquer relação com os ataques do 11 de setembro ou estivesse protegendo grupos terroristas, e atacassem o Iraque, em 2003, sob o argumento de que este seria uma possível ameaça com as armas de destruição em massa que supostamente estaria construindo. No Afeganistão, encontraram nada mais que um país em condições socioeconômicas miseráveis e, no Iraque, não encontraram nada que se assemelhasse a armas de destruição em massa, tendo restado apenas a imagem de que o governo Bush Jr. se

---

<sup>20</sup> Para um conceito de terrorismo, remetemos a Noam Chomsky, o qual utiliza tal termo para referir “the threat or use of violence to intimidate or coerce (generally to political ends)”. J. M. Shafritz *et al.*, *Almanac of Modern Terrorism*, N.Y., Facts on File, 1991, p. 264.

aproveitou de um momento de fragilidade emocional do seu país para justificar a invasão do Iraque e sua posterior transformação em uma espécie de colônia de exploração pós-moderna a serviço dos patrocinadores das campanhas de Bush Jr. e dos seus familiares – quase todos, tanto patrocinadores quanto parentes, envolvidos no ramo do petróleo –, além dos demais interessados em “investir” nesse novo mercado.

A dificuldade de muitas vezes definir os agentes envolvidos no conflito, como naqueles decorrentes de ataques terroristas, a forte presença da comunidade internacional estabelecendo padrões jurídicos e morais de conduta no sentido de evitar a guerra, somado ao alto grau de desenvolvimento dos armamentos militares, fizeram com que a guerra fosse globalizada e transformada em um evento de complicações nunca visto antes na história.

### **3. Compreendendo a guerra global e seus fundamentos ontológicos a partir dos processos de globalização.**

A expressão *global war on terrorism (GWOT)*, criada pelo governo dos EUA em sequência aos ataques do 11 de setembro, resume com precisão o momento em que o conceito de guerra perde sua matriz estatal e passa a ser global. No atual contexto, a definição de uma parte presente no conflito – os EUA e seus aliados – não corresponde necessariamente à definição do inimigo, pois a crescente fragmentação do inimigo em células paraestatais impede que se fale em guerra no mesmo sentido que até então se falava.

A primeira consequência disso foi a tentativa de manutenção da noção de guerra moderna, na qual existem Estados nacionais como os principais – senão únicos – atores capazes de interagir ativamente no conflito, através das guerras iniciadas pelos EUA contra o Afeganistão (2001) e o Iraque (2003). Com base em supostas

alegações de que estes dois países possuiriam relação com os ataques do 11 de setembro, os EUA e seus aliados iniciaram guerras no mesmo padrão da guerra moderna. Todavia, bastaram que poucos anos se passassem para se tornar notório que tanto Afeganistão quanto Iraque não possuíam qualquer relação causal sustentável no plano lógico-racional com os ataques do 11 de setembro. Em sequência à guerra no Iraque e à dominação política estabelecida diretamente pelos EUA neste país, iniciou-se um processo de “desestatização” da compreensão de inimigo dos EUA. A afirmação do modelo de grupo paramilitar adotado pelo *Al Qaeda*, no final do século XX, representou uma alternativa político-militar a todos os grupos de radicais islâmicos que desejassem fazer frente ao Ocidente e a sua ânsia conquistadora. A grande dificuldade de se definir a base territorial, seja dos componentes do grupo, seja dos seus recursos financeiros, faz com que tais grupos se tornem uma espécie de *transnational companies* do terrorismo, em especial devido à facilidade de trocar de país e de realizar ataques (de pequena ou grande proporção) nos mais diversos locais. Recorde-se que em termos logísticos os grupos terroristas islâmicos se valem substancialmente de tecnologias próprias do Ocidente, como a Internet, os armamentos bélicos e o mundialmente interligado sistema financeiro. Assim, a reação ao inimigo não pode mais ser como em uma guerra convencional entre Estados, pois globalizaram a guerra.

A guerra global parece ser um dos efeitos da globalização que mais flagrantemente mudaram a forma como a política mundial se expressa. A guerra se afirmou, ao longo da história, como instrumento de busca ou realização de objetivos políticos. Clausewitz dizia que a guerra é “*nothing but a duel on an extensive scale*”<sup>21</sup> e que possui como objetivo final “*to compel our opponent to fulfill our will.*”<sup>22</sup> Porém, quando a guerra se tornou globalizada, muitos dos objetivos políticos, seja de Estados ou de agentes paraestatais, só passaram a

---

<sup>21</sup> C. von Clausewitz, *On War* (1832), Harmondsworth, Penguin, 1968, pp. 118-9.

<sup>22</sup> C. von Clausewitz, *op. cit.*, p. 119.

encontrar forma de serem sustentados através do recurso a expedientes de guerra. Isto é consequência do fato de ser a guerra global uma verdadeira “*guerra civile mondiale*”<sup>23</sup> incapaz de fazer qualquer distinção entre interno/externo, público/privado, estatal/não-estatal e militar/civil, pois toda a noção de fronteira ou confins já se encontra esvaída.

Ressalte-se que não é possível falar em terceira guerra mundial, uma vez que o conflito não é constante, permanente, com agentes estatais e objetivos definidos, e sobretudo com um início claramente definido. A guerra global mais se assemelha aos caracteres do *state of nations* idealizado por T. Hobbes, ou seja, a um verdadeiro estado de natureza entre nações. Cabe referir que uma contraditoriedade deste processo reside no fato de que o estado de natureza é um momento pré-estatal – pré-societário, inclusive – e que nós estamos vendo se repetir no momento de maior desenvolvimento científico da história da humanidade e de maior aproximação cognoscitiva entre os mais distantes povos. É como se a política internacional pós-moderna estivesse se desenvolvendo de modo inversamente proporcional ao resto do desenvolvimento da humanidade. Outra contraditoriedade deste novo e globalizado conceito de guerra decorre da ausência de *logos*, de comunicação, entre os agentes em conflito<sup>24</sup>; ainda que a globalização seja notadamente caracterizada pela difusão da informação e pela possibilidade de contato intercultural (que deve necessariamente ser

---

<sup>23</sup> Carlo Galli, *Guerra Globale*, Roma-Bari, Laterza, 2002, p. 68, afirma que a guerra global é, de fato, uma guerra civil mundial, pois é “diversa da una guerra civile tradizionale perchè non è interna a uno Stato, e non è neppure, nella sua essenza più significativa, una guerra fra due Stati (Usa e Afghanistan), nè fra uno Stato e un non-Stato (Usa e *Al Qaida*); è piuttosto il conflitto fra due funzioni globali, fra due reti sovrapposte più che in contrapposte, fra un Impero e un non-Impero che non hanno confini in comune ma che entrano l’uno nell’altro, entrambi alla ricerca di un’identità legittimata politicamente.”

<sup>24</sup> Segundo C. Galli, *op. cit.*, p. 28: “La teologia estrema, invece, non conosce logos, non comunica, non ha nulla da dire all’altro; con la muta evidenza del messaggio terroristico l’estremista non vuole tollerare nessuno, e neppure convertire, o entrare in trattativa: vuole solo affermare la propria esistenza e l’altrui inesistenza. La parola, la capacità di comunicazione, è stata la prima vittima della violenza terroristica, che ha generato due campi avversi, due identità che non riescono neppure a parlare.”

comunicacional), não existe espaço para comunicação entre os agentes que se encontram teologicamente separados dentro do universo da guerra global. Um dos pressupostos de qualquer processo comunicacional é a possibilidade de se questionar as máximas (os primeiros princípios) do discurso racional. No entanto, a universalização e absolutização das máximas que são colocadas como respostas para questões metafísicas – questões estas que vão desde a antropologia até a política – faz com que a orientação religiosa dos envolvidos no conflito termine por impedir que o diálogo seja sequer iniciado.

Uma das noções mais elementares na guerra é a ideia de inimigo; é ele quem materializa e personifica aquilo que estamos combatendo. É através da dialética entre tese e antítese estabelecida com o inimigo que podemos definir nos pormenores os nossos objetivos de guerra. C. Schmitt dizia que o inimigo “*non è qualcosa che si debba eliminare per un qualsiasi motivo, o che si debba annientare per il suo desvalore. Il nemico si situa sul mio stesso piano. Per questa ragione mi devo scontrare con lui: per acquisire la mia misura, il mio limite.*”<sup>25</sup>

Porém, a guerra global retirou a possibilidade que as partes inseridas no conflito possam distinguir entre amigo/inimigo, pois não foi proclamada nenhuma *declaração de guerra*<sup>26</sup> por nenhum agente definido contra outro igualmente definido. A volatilidade que caracteriza a globalização faz com que a própria condição de inimigo seja também volátil, permitindo que se interaja fisicamente no conflito somente quando convier. Isso resulta que, dentro do contexto da guerra global, a definição do “eu” e do “outro” seja irrelevante, assim como o é a distinção entre “amigo” e “inimigo”; o que permitirá reconhecer somente a existência de uma linha subjetiva que separa duas grandes zonas de influência

---

<sup>25</sup> C. Schmitt, *Theorie des Partisanen*, Berlin, Duncker & Humblot, 1963; trad. it. *Teoria del Partigiano*, Milano, Adelphi, 2005, p. 119.

<sup>26</sup> Segundo o nosso sentir, a declaração do governo estadunidense, feita logo após os ataques do 11 de setembro, de que estava iniciada uma *global war on terrorism* não é suficiente para caracterizar o início da passagem da guerra moderna para a guerra global; este processo é decorrência de uma conjunção de fatores que vão além daquela declaração feita pelo governo dos EUA, em 2001.

ideológico-cultural – notadamente orientadas por valores religiosos judaico-cristãos que colidem com a axiologia islâmica – como o ponto capaz de definir quem está, ainda que circunstancialmente, envolvido no conflito.

Essa dificuldade de se definir quem é o inimigo gera também um estado de absoluta insegurança para as populações civis dos países que se encontram em conflito, como nos casos, por exemplo, das guerras nos Balcãs, Afeganistão e Iraque. A dificuldade – muitas vezes, impossibilidade – de caracterizar “civil”, “militar” e “membro de grupo paramilitar” nos permite concluir que esteja ocorrendo hoje aquilo que, a partir do século XVI, ocorreu na Europa, em relação às guerras marítimas<sup>27</sup>: a definição de inimigo como sendo todo e qualquer agente que atue, colabore, sustente ou negocie com o Estado ou grupo inimigo. Nessa já consolidada sociedade global, sem fronteiras e tendo a guerra global como um fenômeno constante, o argumento “colaborar com o terrorismo” está sendo usado cada vez mais pelas principais potências mundiais, em especial EUA e Inglaterra, para deter e investigar qualquer cidadão, inclusive do seu próprio país, sem apresentar denúncia formal e sem colocar limites para a detenção. Ao invés de os novos horizontes oferecidos pela globalização causarem anseios por tempos melhores, vemos o indivíduo globalizado reavivar os mesmos temores que a imensidão do mar azul causou no então homem moderno do século XVI.

O “inimigo absoluto”<sup>28</sup>, que Schmitt recomendava ser evitado por tornar impossível a busca pela paz, encontra-se imerso na abstração conceitual que

---

<sup>27</sup> “Alla base della guerra di mare sta invece l’idea che debbono essere colpiti il commercio e l’economia del nemico. Nemico è, in una guerra di questo tipo, non solo l’avversario combattente ma ogni cittadino dello Stato nemico e perfino quello neutrale che commercia col nemico e ha con lui relazioni economiche”. C. Schmitt, *Land und Meer*, Maschke-Hohenheim, Köln-Lövenich, 1981; trad. it. *Terra e mare*, Milano, Giuffrè, 1986, p. 72.

<sup>28</sup> “L’inimicizia diventa così terribile che forse non è più nemmeno lecito parlare di nemico e inimicizia; entrambi questi concetti sono addirittura condannati e banditi formalmente prima che possa cominciare l’opera di annientamento. L’annientamento diventa quindi del tutto astratto e assoluto. Non si rivolge più contro un nemico, ma è ormai al servizio solo di una presunta affermazione oggettiva dei valori più alti – per i quali, notoriamente, nessun prezzo è troppo alto.

define aqueles que fazem parte da zona de influência diversa daquela que faço parte. Assim, a mesma sutileza subliminar que define o “inimigo” será aquela que define o “eu”, fazendo com que o indivíduo da sociedade global – e da guerra global – seja uma existência vazia à procura de uma essência capaz de responder às suas dúvidas e pôr fim às suas angústias.

D. Zolo procede a uma interpretação complexa da guerra global ao dividir esta expressão em subcategorias conceituais que possuem como finalidade analisar o fenômeno a partir de perspectivas epistemológicas próprias, mas sem que para isso seja necessário perder a dinâmica integrativa que caracteriza o conceito. Neste sentido, podemos resumir sua proposta de compreensão da guerra global em quatro contextos específicos.<sup>29</sup>

O primeiro deles é o geopolítico. Enquanto a guerra antiga e a guerra moderna apresentavam com clareza os atores envolvidos e estabelecia os momentos de início e fim, a guerra global desconhece a localização de muitos dos seus atores, no caso dos grupos terroristas, e não possui data exata de quando começou e não apresenta a mínima perspectiva de que acabará cedo. Tanto a declaração de guerra quanto a declaração de paz foram esquecidas nesse novo contexto global.<sup>30</sup>

O segundo aspecto da guerra global é o seu caráter sistêmico, no qual a ordem internacional é concebida como um sistema descentralizado, anárquico<sup>31</sup>, em que aquele que possui maior poder tem a condição de impor as regras para os demais membros. A posição do governo estadunidense logo após os ataques do 11 de

---

Solo la sconfessione della vera inimizia assoluta spiana la strada all'opera di annientamento di una inimizia assoluta.” C. Schmitt, *Land und Meer*, trad. it. cit., p. 131.

<sup>29</sup> Cfr. D. Zolo, *Globalizzazione*, cit., p. 121-30.

<sup>30</sup> “La dichiarazione di guerra non era quindi un atto di aggressione, in senso incriminante o discriminante, ma al contrario un'azione corretta e l'espressione della guerra in forma, di cui abbiamo illustrato l'evoluzione in precedenza (p.178). Questa dichiarazione di guerra si fondava sulla necessità di una forma giuridica e sull'idea che tra guerra e pace non si desse un terzo concetto. *Tertium non datur*.” Carl Schmitt, *Der Nomos der Erde*, trad. it. cit., p. 335.

<sup>31</sup> Para um conceito de ‘anarquia’ nas relações internacionais, remetemos a H. Bull, *The Anarchical Society: a Study of Order in World Politics*, London, Macmillan, 1977.

setembro de 2001, foi no sentido de colocar os EUA como o único país com a possibilidade de exercer a função de liderança mundial, expandindo sua atuação política e militar em áreas críticas, como o Oriente Médio. No entanto, a partir de uma leitura sistêmica do atual contexto das relações internacionais, caso os EUA viessem a perder sua condição de *leadership* seja através de crises externas ou internas, esta função seria necessariamente exercida por algum outro país, sendo que a China é quem, no momento, mais apresentaria condições para tanto.

O terceiro aspecto da guerra global é o normativo, caracterizado pelo total desprezo pelas instituições internacionais, pelas normas de direito internacional que tratam sobre a guerra e sobre direitos humanos, pelo procedimento de *jus ad bellum* e pela conduta *in bello* daqueles que pretendem ingressar ou começar uma guerra. Por não se submeterem a qualquer normatividade internacional, os grupos terroristas adotam medidas que violam todas as mais elementares noções de direito de guerra e dignidade da pessoa humana, sendo que, como resposta, os EUA e seus aliados recorrem a meios não menos cruéis que os adotados pelos terroristas.

O último aspecto arrolado por D. Zolo é o ideológico: as ambições estadunidenses não se restringem ao domínio cultural, econômico, político e militar, pois o maniqueísmo adotado pela política externa estadunidense faz com que a questão de fundo resida em uma afirmação dos valores judaico-cristãos frente a qualquer religião que os negue. Trata-se da divisão da comunidade internacional entre “eixo do bem” e “eixo do mal”, sendo que, por coincidência, todos os países “do mal” são muçulmanos. A retomada de conceitos como justa causa e guerra preventiva representa um retrocesso de quatrocentos anos a um momento histórico em que a Europa se viu assolada por guerras infindáveis contra infieis que não aceitavam a *Respublica Christiana* e a *auctoritas suprema* do sumo pontífice do Sacro Império Romano-Germânico.



Assim, ao ir além do âmbito político a guerra global se transformou em um conflito baseado em uma incompatibilidade entre concepções elementares, como ser humano, vida, morte, Deus e mundo, que distancia e entrincheira judeus, cristãos e muçulmanos. Está em jogo mais do que a função de *leadership* mundial: a identidade cultural dos povos está sendo ameaçada. Como forma de garantia e proteção das conquistas – ou não seriam imposições? – do Ocidente dentro da comunidade internacional, as “guerras humanitárias”, que se dizem em defesa dos direitos humanos, se colocam com uma subcategoria da guerra global.

Depois de intervenções militares como as ocorridas no Iraque, em 1990, e nos Balcãs, em 1997, afirmaram-se como causas de defesa armada do direito internacional humanitário a ocorrência de violações como o *apartheid*, a tortura, o genocídio, os tratamentos desumanos ou degradantes de minorias étnicas por parte de um Estado.<sup>32</sup> O paradoxal é que a solução adotada para resolver uma situação de crise interna em um Estado que esteja violando direitos humanos aponta para a intervenção militar, que nada mais é do que uma “guerra humanitária” cercada pelos mesmos riscos e incertezas de qualquer outra guerra. Resumidamente, trata-se de encerrar um mal recorrendo a outro mal.

Conjuntamente à incerteza quanto aos resultados práticos que essas guerras podem apresentar, encontramos um problema de ordem eminentemente jurídica viciando a intervenção: há um princípio cogente de direito internacional, expresso em diversos momentos na Carta das Nações Unidas<sup>33</sup>, que somente a legítima

---

<sup>32</sup> D. Zolo, *Chi dice l'umanità*, Torino, Einaudi, 2000, p. 23, sustenta que “per diritto internazionale umanitario si intende la tutela internazionale dei fondamentali diritti dell'uomo e quindi la repressione delle loro più gravi violazioni, come il genocidio, i crimini contro l'umanità e i crimini di guerra, secondo una tipologia risalente al Tribunale di Norimberga.”

<sup>33</sup> Artigo 51: “Nothing in the present Charter shall impair the inherent right of individual or collective self-defense if an armed attack occurs against a Member of the United Nations, until the Security Council has taken measures necessary to maintain international peace and security. Measures taken by Members in the exercise of this right of self-defense shall be immediately reported to the Security Council and shall not in any way affect the authority and responsibility of the Security Council under the present Charter to take at any time such action as it deems necessary in order to maintain or restore international peace and security.”

defesa pode justificar uma ação militar contra outro país, sendo que qualquer outro ato militar, como essas “guerras humanitárias”, será ilegal do ponto de vista do direito internacional, pois existem meios pacíficos previstos na ordem internacional para a resolução de conflitos e a competência para decidir quanto à legitimidade do uso da força armada resta atribuída exclusivamente ao Conselho de Segurança da ONU<sup>34</sup> – este que aprovou apenas a primeira guerra no Iraque, de 1990, e não autorizou tanto a ação nos Balcãs quanto a segunda invasão do Iraque.

Ao comentar a invasão da Iugoslávia pela OTAN, Ferrajoli delimita as incongruências deste tipo de guerra ao afirmar que a guerra “humanitária” promovida pela OTAN, além de se constituir em uma violação ao direito internacional e ao direito constitucional, foi conduzida, de fato, com ações e procedimentos – por exemplo, garantindo imunidade aos que lançaram bombas e mísseis cujos erros letais de alvo foram considerados meros “efeitos colaterais” – que certamente violaram os princípios deste chamado “direito de guerra humanitário”, os quais fazem parte da tradição histórica do direito internacional. Os ataques aéreos da OTAN provocaram resultados que, mesmo não sendo intencionais, seriam absolutamente evitáveis, poupando a vida de centenas de milhares de pessoas cuja única culpa é a de se encontrarem submetidas a um regime despótico e criminoso.<sup>35</sup>

---

<sup>34</sup> Artigo 24: “In order to ensure prompt and effective action by the United Nations, its Members confer on the Security Council primary responsibility for the maintenance of international peace and security, and agree that in carrying out its duties under this responsibility the Security Council acts on their behalf.”

<sup>35</sup> “La guerra ‘umanitaria’ della Nato, oltre a configurarsi essa stessa come una violazione del diritto internazionale e costituzionale, si è infatti svolta con atti e modalità - la garanzia dell’immunità di chi bombardava a prezzo di quotidiani e micidiali errori ‘collaterali’ - che hanno chiaramente violato i principi del cosiddetto diritto umanitario di guerra, appartenenti alla tradizione internazionalistica anteriore perfino alla Carta dell’Onu: al diritto internazionale consuetudinario, alla Convenzione dell’Aja del 1907, alle diverse Convenzioni di Ginevra, sia anteriori che posteriori alla seconda guerra mondiale. Rientrano tra queste violazioni gli attacchi aerei della Nato che hanno provocato, come effetti non voluti ma non certo imprevedibili, centinaia e forse migliaia di vittime civili, colpevoli soltanto di non essere riuscite a liberarsi da un

Partindo da ideia de que a racionalidade faz com que um ato possua estreita congruência com o fim que deseja alcançar, Ferrajoli questiona ainda a própria racionalidade das guerras humanitárias, pois “*se questo atto, oltre agli enormi costi di sofferenze da esso direttamente prodotti, non solo è inidoneo ma addirittura contrario ai pur nobili fini dichiarati, allora esso è irrazionale e irresponsabile.*”<sup>36</sup>

Devido aos objetivos do presente artigo, nos furtaremos de abordar a questão dos direitos humanos. Por ora concluímos que dentro dos diversos processos de globalização encontramos, sem dúvida, a noção de guerra como um dos que mais sofreram abalos, sendo que chegou até a se desnaturar em relação aos conceitos de guerra antiga e guerra moderna. A guerra global colocou desafios à comunidade internacional que, segundo nosso entendimento, não serão resolvidos dentro da atual estrutura político-jurídica das relações internacionais. As guerras humanitárias são uma prova de que instituições jurídicas sólidas inexistem no âmbito político-militar do direito internacional, restando somente ao livre-arbítrio dos Estados decidir quais conflitos civis são mais interessantes para uma intervenção militar e quais não são tão importantes. Quais as razões de o Oriente Médio ser uma região tão cobiçada pelos EUA, a ponto de qualquer mera suspeita já justificar uma ação militar? Qual a razão de os sucessivos governos estadunidenses ignorarem as contínuas violações aos direitos humanos ocorridos no Tibet desde os anos 50 do século passado? Parece que a causa maior – para não dizer única – é a presença no Oriente Médio de petróleo e de outros recursos energéticos essenciais para a economia internacional. Quanto ao Tibet, um país que não possui abundância de recursos energéticos e se encontra submetido ao poder político-militar da China, resta conviver com a situação de ser

---

regime dispotico e criminale.” L. Ferrajoli, “Guerra ‘ética’ e diritto”, *Ragion Pratica*, 7 (1999), 13, p. 119.

<sup>36</sup> L. Ferrajoli, *op. cit.*, p. 120.

desinteressante economicamente e, conseqüentemente, desmerecedor de tutela dos direitos humanos.

Essa autonomia decisional atribuída às grandes potências, sobretudo aos EUA, de escolher onde e quem invadir, e quais “normas” internacionais respeitar, expõe a fragilidade de um sistema que carece de integração política, efetividade normativa e, sobretudo, de uma estrutura institucional que dê dinamismo dialético à relação entre Estados nacionais e comunidade internacional.

#### **4. Superando a guerra global em um globalismo jurídico articulado em comunidades regionais de Estados-nação.<sup>37</sup>**

Uma leitura sistêmica, como a feita por D. Zolo, na qual necessariamente existiria a figura de um *leadership* na política mundial, pode seguramente ser feita no atual momento de afirmação do conceito de guerra global e de superação das tradicionais características da guerra moderna. No entanto, a figura do *leadership* não parece ser essencial à manutenção dos caracteres elementares à guerra global, pois a concentração daquela figura nos EUA é apenas circunstancial: pode ocorrer tanto a substituição dos EUA por outra potência nuclear que faça a função de “xerife” do mundo, assim como pode ocorrer do mundo vir a ser novamente dividido por dois ou mais países que se encontram em condição político-militar semelhante. Entendemos que o ponto sobre o qual devemos nos ater reside, de

---

<sup>37</sup> Adverte-se que as eventuais insuficiências argumentativas que poderão deste item emergir são conseqüências da própria estrutura deste artigo e da forma como optamos por abordar o tema central. Tais eventuais insuficiências encontram-se parcialmente respondidas no nosso “Elementos para um possível conceito de pluriversalismo”, in Teixeira, Anderson V.; Oliveira, Elton S. *Correntes Contemporâneas do Pensamento Jurídico*. São Paulo, Manole, 2009. Uma abordagem mais completa da temática concernente aos fundamentos da ordem internacional, apresentando uma alternativa ao atual modelo universalista das relações internacionais, foi por nós desenvolvida em sede doutoral e deverá ser publicado sob o título de “Teoria Pluriversalista do Direito Internacional”.

fato, no distanciamento étnico-cultural que a globalização está gerando entre culturas e povos teologicamente orientados por religiões que não aceitam a existência de outras, como o judaísmo, o cristianismo e o islamismo. É esse distanciamento que nutre a hostilidade dentro do sistema político internacional.

Sob a perspectiva formal, a globalização produziu uma aproximação cognoscitiva nunca antes vista na história entre os mais diversos povos e culturas, mas, sob a perspectiva material, o seu efeito foi inverso: criou um ambiente de inevitável aproximação entre os povos e, por consequência, deflagrou um conflito ideológico permanente entre aquelas culturas que até então apenas se toleravam. Somado a isto, encontra-se o fato de que a globalização econômica gerou uma acentuação das desigualdades sociais entre pobres e ricos, pois, ainda que o PIB do mundo tenha crescido nos últimos anos, percebe-se um flagrante crescimento mais acelerado naqueles países que concentram o capital e a tecnologia em relação àqueles que concentram a pobreza e a exclusão social. A guerra global é o resultado de um processo de impessoalização dos mais frágeis e hipertrofia dos mais fortes, sendo que a luta direta se tornaria desigual; o que importa na busca, por parte dos grupos mais frágeis, de meios e táticas que os tornem capazes de enfrentar – ou, ao menos, causar danos – nos grupos mais fortes do embate. Se mantida essa tendência, o conceito de guerra global deverá se afirmar como a forma padrão de conflito na sociedade global do século XXI, uma vez que as concentrações de poder e de pobreza crescem cada vez mais.

Dentro deste ambiente de conflito criaram-se verdadeiras “zonas de exclusão cultural”, onde por trás de discursos falaciosos defendendo o multiculturalismo e a boa convivência entre as culturas reside, de fato, um pensamento orientado axiologicamente apenas para o reconhecimento e afirmação dos próprios valores e princípios, mesmo que para isto seja necessária a exclusão do outro, do diferente.

A nossa descrição do problema poderia sugerir que estamos falando de um “choque de civilizações”<sup>38</sup>. No entanto, a questão é, certamente, bem mais complexa que isso. Na interpretação de S. Huntington, os Estados continuam exercendo uma função central nas “*fault line wars*”<sup>39</sup> e, conseqüentemente, a luta por território e bens materiais se encontra ainda entre as principais causas de guerra.<sup>40</sup> Não podemos concordar com este tipo de análise, pois posições desta natureza se esquecem de dar a devida atenção ao fato que Estados, fronteiras e povos não são mais norteados pelos tradicionais – e schmittianos – paradigmas territorialistas. Estamos falando aqui em “zonas de exclusão” apenas subjetivamente, sem nos concentrarmos no componente territorial, uma vez que a volatilidade das relações humanas na era global torna possível que exista, dentro de um mesmo território delimitado pelas mesmas fronteiras, conflitos cujas origens resultam da presença de – e inevitável contato entre – diferentes padrões de estrutura axiológica aptos a reconhecer qualquer outro padrão como legítimo. Além disso, deve-se considerar também o fato que os EUA não são uma civilização universal, como S. Huntington sustenta, mas uma cultura específica que não pode esperar que todo o resto do mundo se torne como ela.<sup>41</sup>

Ao invés de apenas tentar universalizar uma única cultura e atribuir a ela o rótulo de “cosmopolita”, ou qualquer outra expressão do gênero, como se isto pudesse resolver todos os problemas da sociedade internacional, o maior desafio apresentado aos Estados nacionais e à comunidade internacional pelo fenômeno

---

<sup>38</sup> Cfr. S. Huntington, *The Clash of Civilizations and the Remaking of the World Order*, N.Y., Simon & Schuster Paperbacks, 2003.

<sup>39</sup> “Fault line conflicts are communal conflicts between states or groups from different civilizations. Fault line wars are conflicts that have become violent. Such wars may occur between states, between nongovernmental groups, and between states and nongovernmental groups.” S. Huntington, *op. cit.*, p. 252.

<sup>40</sup> “The fault line conflicts sometimes are struggles for control over people. More frequently the issue is control of territory. The goal of at least one of the participants is to conquer territory and free it of other people by expelling them, killing them, or doing both, that is, by ‘ethnic cleaning’.” *Ibid.*

<sup>41</sup> Cfr. P. Hirst, *War and Power in the 21 st Century. The State, Military Conflict and the International System*, Cambridge, Polity Press, 2001, p. 100.

da guerra global é o de encontrar os caminhos mais adequados para que estruturas políticas possam ser estabelecidas, no sentido de reduzir as distâncias entre os indivíduos e a ordem internacional, possibilitando que esse sistema se transforme em um ambiente baseado em algo mais sólido que a contingente vontade dos líderes políticos das grandes potências.

A partir da leitura aqui feita, entendemos como sendo viável para a superação do atual cenário de guerra global uma proposta de globalismo jurídico articulado em comunidades de Estados-nação.

Os sucessivos fracassos de implementação de modelos universalistas de regulação da política internacional, como aqueles adotados na Liga das Nações e na formação da ONU, têm como falha essencial a impossibilidade de se universalizar o particular, ou seja, aplicar compreensões próprias de uma tradição cultural para toda a conjuntura da experiência humana. Ainda que o debate sobre o presente tema seja tão instigante quanto árduo, entendemos não ser este o momento apropriado para ulteriores desenvolvimentos.<sup>42</sup>

O que parece incontestado é que as relações internacionais nos últimos séculos se dividiram entre dois paradigmas opostos: o kantiano (baseado no universalismo da natureza humana e na ideia de uma paz universal a ser buscada em conjunto por toda a comunidade de nações) e o grociano (baseado na autodeterminação dos povos, no equilíbrio de potências e na compreensão da comunidade internacional como essencialmente anárquica). Como é notório, o século XX consagrou, sobretudo na Carta das Nações Unidas<sup>43</sup>, o ideal kantiano como sendo aquele a nortear as relações internacionais.

---

<sup>42</sup> Remetemos novamente ao nosso “Elementos para um possível conceito de pluriversalismo”, in Teixeira, Anderson V.; Oliveira, Elton S. *Correntes Contemporâneas do Pensamento Jurídico*, cit.

<sup>43</sup> Um dos objetivos das Nações Unidas parece ter sido claramente inspirado pela idéia kantiana de *Zum ewigen Frieden*: “to unite our strength to maintain international peace and security.”

Inobstante esse debate Kant vs. Grócio, parece ser possível encontrar um modelo que não seja nem universalista, nem essencialmente anárquico. Da mesma forma como Kant pensava o universal a partir da natureza humana e Grócio pensava o anárquico a partir da natureza dos Estados, propomos um modelo de comunidade internacional que seja pensado a partir da noção de tradição histórico-cultural regionalmente consolidada.

É próprio do ser humano a tarefa de dividir, distinguir, separar, classificar, tudo que lhe é levado ao conhecimento, sendo que o mesmo ocorre com as culturas.<sup>44</sup> São as noções de distinção e separação que permitem manter vivas as culturas, pois se não fossem as categorizações e as classificações que cada cultura faz em relação a si própria, não seria possível aos indivíduos que a compõem distinguir entre quais alternativas optar quando for agir, entre quais valores escolher, enfim, entre escolher entre o certo e o errado, entre o bem e o mal. A inexistência de diferenciações importa na inexistência de distinções deontológicas entre o certo e o errado. São as culturas que devem proceder às diferenciações, uma vez que é dentro delas que os conceitos morais serão formados. Porém, já à sociedade global não cabe tal prerrogativa, pois ela deve se manter indiferente ao bem e ao mal, como era o Deus tardomedieval que Bauman refere<sup>45</sup>, sob pena de impedir que as culturas que interagem dentro dela percam sua originalidade e sua capacidade de representar suas idiossincrasias.

Em virtude dessa natureza “classificatória” que o ser humano e as culturas possuem, entendemos ser possível tomar as origens étnico-culturais dos povos como os fundamentos de legitimidade das comunidades internacionais, estas que deveriam ser necessariamente, em uma primeira instância, comunidades

---

<sup>44</sup> “Culture is the activity of making distinctions: of classifying, segregating, drawing boundaries – and so dividing people into categories internally united by similarity and externally separated by difference; and of differentiating the ranges of conduct assigned to the humans allocated to different categories.” Z. Bauman, *The Individualized Society*, Cambridge, Polity Press, 2001, p. 32.

<sup>45</sup> Cfr. Z. Bauman, *Missing community*, Cambridge, Polity Press, 2001; trad. it. *Voglia di comunità*, Roma-Bari, Laterza, 2005, p. 130.



regionais. Não estamos falando de uma regra absoluta, mas sim de um termo referencial que transcende às vontades e interesses circunstanciais dos Estados e que seja capaz de gerar uma aproximação entre nações que já são, por origem e formação, naturalmente próximas. Indubitavelmente, o globo terrestre poderia ser dividido, a partir deste critério, em uma dezena ou dúzia de comunidade regionais que possuem vinculações étnico-culturais que as aproximam em séculos ou até milênios de história em comum.

Falamos em globalismo jurídico porque a instância acima das comunidades regionais não seria aquela de direito supranacional, mas um direito internacional mínimo.<sup>46</sup> Ao invés de se universalizar direitos e valores que não possuem significado para povos que não reconhecem tais valores como um real valor ou atribuem qualquer importância a tais direitos (como ocorre hoje com uma série de *human rights* que não significam nada para povos orientais), a esta instância supranacional chegaria somente o produto daquilo que já foi internamente filtrado pelas comunidades regionais. A própria solução de conflitos internacionais torna-se mais legítima se iniciada por um país (ou grupo de países) terceiro pelo qual os envolvidos reconhecem como sendo um semelhante, e não um completo estranho.

E usamos a expressão globalismo jurídico exatamente para ir além do caráter quase que exclusivamente político das relações internacionais: existe a necessidade de institucionalização interna das instâncias judiciais criadas no modelo em tela, sob pena de conservarmos os espúrios tribunais *ad hoc* como sendo o padrão de jurisdição internacional. A institucionalização interna dos tribunais internacionais do modelo aqui proposto permitiria ao cidadão de um Estado-nação recorrer ao tribunal da comunidade regional tão logo ocorresse uma grave violação aos seus direitos fundamentais por parte do seu país, comprovada

---

<sup>46</sup> Para uma referência inicial, remetemos a D. Zolo, *I Signori della pace*, Roma, Carocci, 1998, em especial a 'Conclusionone'.

através de decisão da Corte Constitucional que manteve a violação ou prolatou uma sentença não respeitada pelo governo ou pelo agente responsável pela violação. Neste modelo, a sentença da Corte da Comunidade Regional teria automaticamente efeitos internos e buscaria alcançar a eficácia que a sentença da Corte Constitucional não atingiu. Porém, em caso de manutenção da violação ao direito fundamental do cidadão por parte da Corte Comunidade Regional ou de ineficácia, caberia ainda um último recurso ao Tribunal Internacional, para que fossem esgotadas as possibilidades jurisdicionais de prestação de tutela àquele cidadão. Por óbvio, as matérias de competência dessas duas novas e hierarquicamente dispostas instâncias jurisdicionais seriam restritas, sob pena de se descaracterizar por completo a soberania interna do Estado-nação e criar um sistema demasiadamente lento para as necessidades do cidadão.

### **Considerações Finais**

Esperamos ter oferecido com o presente artigo uma breve proposta de releitura da noção de guerra moderna a partir da perspectiva da globalização e de como a guerra global está modificando os caracteres essenciais da compreensão de guerra moderna. Mais do que uma forma de, como diria Clausewitz, impor a vontade frente a outro Estado, a guerra global está se consolidando como o cenário ordinário de desenvolvimento das relações internacionais. Assim como a guerra antiga foi substituída pelas guerras de religião e estas pela guerra moderna, vemos hoje a guerra global substituir a guerra moderna.

Para não nos furtarmos de esboçar as linhas iniciais de uma solução aos problemas inerentes à guerra global, ousamos introduzir brevíssimas considerações sobre um modelo de globalismo jurídico articulado em comunidades de Estados-nação. A nossa intenção é propor algo que não parta de idealismos ou utopias, mas sim de

realidades constituídas historicamente e de vínculos histórico-culturais que sejam capazes de fazer com que se transcenda a natureza contingente e precária das relações internacionais para algo mais sólido, contínuo, efetivo e capaz de gerar segurança no indivíduo.

### Referências bibliográficas

- BAUMAN, Z., *The Individualized Society*, Cambridge, Polity Press, 2001.
- \_\_\_\_\_. *Missing community*, Cambridge, Polity Press, 2001; trad. it. *Voglia di comunità*, Roma-Bari Laterza, 2005.
- BULL, H., *The Anarchical Society: a Study of Order in World Politics*, London, Macmillan, 1977.
- BOBBIO, N., *Il problema della guerra e le vie della pace*, Bologna, Il Mulino, 1997.
- BROWN, Chris. *Sovereignty, Rights and Justice*. Cambridge, Polity Press, 2002.
- CLAUSEWITZ, C. Von., *On War* (1832), Harmondsworth, Penguin, 1968.
- CASSESE, A., *International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2001.
- COKER, C., *The Future of War*, London, Blackwell Publishing, 2004.
- FERRAJOLI, L., “Guerra ‘etica’ e diritto”, *Ragion Pratica*, 7 (13), 1999.
- FUKUYAMA, F., **The End of History and the Last Man**, New York, Free Press, 1992.
- GALLI, C., *Guerra Globale*, Roma-Bari, Laterza, 2002.
- GILBERT, P., *New terror, New wars*, Washington, Georgetown University Press, 2003.

GROSS, Leo. *The Peace of Westphalia, 1648-1948*, in 'American Journal of International Law', 42 (1948) 1, pp. 20-41.

HIRST, P., *War and Power in the 21 st Century. The State, Military Conflict and the International System*, Cambridge, Polity Press, 2001.

HERSHEY, Amos S. *History of Law since the Peace of Westphalia*, in 'American Journal of International Law', 6 (1912) 1, pp. 30-69.

HOBBS, T., *Leviathan* (1651), London, Penguin Classics, 1985.

HOLSTI, K. J., *Peace and war: armed conflicts and international order 1648-1989*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998.

HUNTINGTON, S. P., *The Clash of Civilizations and the Remaking of the World Order*, N.Y., Simon & Schuster Paperbacks, 2003.

JOYCE, J., *Finnegans Wake*, N.Y., Viking Press, 1939.

LAQUEUR, W., *No end to war: terrorism in the twenty-first century*, London, Continuum Publishing Ltd, 2003.

LEWIS, P. W., *America and Cosmic Man*, N.Y., Doubleday & Company, 1949.

LORETO, L., *Il bellum justum e i suoi equivoci*, Napoli, Jovene Editore, 2001.

MCLUHAN, M., *Understanding media*, N.Y., Mentor Press, 1964.

SCHMITT, C., *Theorie des Partisanen*, Berlin, Duncker & Humblot, 1963; trad. it. *Teoria del Partigiano*, Milano, Adelphi, 2005.

\_\_\_\_\_. *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum*, Berlin, Duncker&Humblot, 1974; trad. it. *Il nomos della terra*, Milano, Adelphi, 2003.

\_\_\_\_\_. *Land und Meer*, Maschke-Hohenheim, Köln-Lövenich, 1981; trad. it. *Terra e mare*, Milano, Giuffrè, 1986.

SHAFRITZ, J. M. *et al.*, *Almanac of Modern Terrorism*, New York, Facts on File, 1991.

TEIXEIRA, Anderson V. "Elementos para um possível conceito de pluriversalismo", in Teixeira, Anderson V.; Oliveira, Elton S. *Correntes Contemporâneas do Pensamento Jurídico*. São Paulo, Manole, 2009.

ZOLO, D, *I Signori della pace*, Roma, Carocci, 1998.

\_\_\_\_\_. *Chi dice l'umanità*, Torino, Einaudi, 2000.

\_\_\_\_\_. *Globalizzazione. Una mappa dei problemi*, Roma-Bari, Laterza, 2004.