

JURISDIÇÃO JUDICIAL INTERNACIONAL NO DIREITO INTERNACIONAL CONTEMPORÂNEO

INTERNATIONAL JURISDICTION IN CONTEMPORARY INTERNATIONAL LAW

Nicolau de Albernaz Maldonado¹

Resumo: O artigo pretende explorar o sentido de jurisdição judicial internacional no direito internacional contemporâneo, sobretudo em contraste com a acepção tradicional do conceito. Para tanto, primeiro se estabelecerá o significado de jurisdição e sua relação com função judicial exercida num ordenamento jurídico. Com esse arcabouço, é possível contextualizar as discussões que marcaram o desenho da jurisdição de forma judicial no direito internacional e a formatação institucional construída no início do século XX, materializada primeiramente na Corte Permanente de Justiça Internacional. A formatação não é estática e incólume ao desenvolvimento. Na atualidade, além da Corte Internacional de Justiça, há diversos outros órgãos concebidos para desempenho da função judicial no direito internacional. Além desses, há ainda a circunstância em que tribunais nacionais exercem jurisdição internacional. Da análise desses desenvolvimentos, elabora-se um estudo que visa mapear o contraste entre a jurisdição judicial internacional tradicional com a existente na atualidade, indicando-se possíveis novas evoluções teóricas e práticas.

Palavras-chave: Jurisdição Internacional. Função Judicial. Direito Internacional contemporâneo.

Abstract: The article aims to explore the meaning of international judicial jurisdiction in contemporary international law, especially in contrast with the concept's traditional meaning. To that effect, first the meaning of jurisdiction will be established and its relation with the judicial function exercised in a legal system. With that framework, it is possible to contextualize the discussions surrounding the international law design of jurisdiction in its judicial form and the institutional template built at the beginning of the XXth Century, materialized at first with the Permanent Court of International Justice. The template is not static and unaffected by development. Currently, beyond the International Court of Justice, there are various bodies conceived for the exercise of the judicial function in international law. From the analysis of such developments, the study aims to map the contrast between traditional international judicial jurisdiction with that currently existent, pointing possible new practical and theoretical trends.

¹ Mestrando em Direito Internacional pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Bacharel em direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (FND/UFRJ). Pesquisa temas de direito público e direito internacional, com enfoque na relação entre o direito internacional e o direito brasileiro. Advogado.

Keywords: International Jurisdiction. Judicial Function. Contemporary International Law.

Recebido em: 28/11/2022
Aceito para publicação em: 07/03/2023

1 INTRODUÇÃO

Nos sistemas jurídicos contemporâneos, a jurisdição de forma judicial e órgãos especializados em seu desempenho são lugares comuns. Quase infalivelmente, o estudo, ensino e prática do direito esbarram em alguma ideia de jurisdição que equivale, *grosso modo* e quando há menos esforço, apenas a “*dizer o direito*”, com referência quase automática ao judiciário. Há mais além disso. A jurisdição é liga essencial de qualquer sistema jurídico e aprofundar seu sentido permite uma acepção mais precisa do direito. Em um mundo de fatos e conflitos diversos e inimagináveis, é papel da jurisdição garantir a unidade, coerência e completude do ordenamento jurídico (BOBBIO, 2014). No direito internacional, isso também é verdadeiro.

Por mais que o sistema jurídico internacional possua diversas particularidades em relação aos pressupostos que operam nos sistemas nacionais, o exercício de jurisdição existe tanto em um quanto no outro, em suas acepções legislativa, executiva e judicial. Em verdade, a construção de estruturas próprias dedicadas à prestação de jurisdição internacional representa um ponto de inflexão para o direito internacional, em que esse assume feições mais distintivas, institucionais, visíveis. Feições mais contemporâneas.

O presente estudo pretende apresentar os trejeitos da jurisdição judicial internacional que preponderam no direito internacional contemporâneo. É dizer, identificar suas características elementares nos dias de hoje. Para a tarefa, se propõe uma recapitulação do significado mais amplo, para o direito como um todo, de jurisdição e como esse se articula com a função judicial. Visto isso, se contextualizará o momento formativo da jurisdição judicial no direito internacional, abordando a formatação institucional construída no início do século XX que se materializou na Corte Permanente de Justiça Internacional. Após, se explorará as transformações incorporadas ao conceito ao longo do século passado, com atenção às diferentes

estruturas surgidas para desempenho da função judicial no direito internacional e nos novos horizontes teóricos abertos.

Feito o percurso sob a ótica teórica apresentada, o objetivo é que se distinga a jurisdição judicial internacional clássica da contemporânea. O estudo será satisfatório caso a distinção fique clara e viabilize novos rumos de pesquisa e construções práticas ou teóricas.

2 JURISDIÇÃO E FUNÇÃO JUDICIAL

Acima, se disse que é comum o aprendizado de que jurisdição significa “*dizer o direito*”. É um ponto de partida razoável, embora carente de aprofundamentos. Realmente, é por meio da jurisdição que se distingue o que é e o que não lícito em um ordenamento jurídico, reafirmando a autoridade do direito diante de situações que o desafiam. Nada além do provimento de uma solução a uma questão com base no direito, por uma autoridade identificada pelo direito como competente. Um sistema normativo, qualquer que seja, pressupõe unidade, coerência e completude (BOBBIO, 2014, pp. 47-48). A jurisdição é o instrumento institucional de fazer valer esses pressupostos jurídicos perante o desordenado mundo dos fatos.

O desordenado mundo dos fatos, vale dizer, pode ser ordenado por múltiplos vieses. Uma mesma situação fática pode ser enquadrada sob a ótica econômica, política ou jurídica, dentre várias. Não há nada escandaloso nessa múltipla vocação do fato, como não há nada de escandaloso que um mesmo objeto atenda a nomes diferentes em cada idioma ou que um mesmo fenômeno provoque estudos em distintos campos de conhecimento. Com esse parêntesis, se pretende apenas estabelecer que o fato de uma disputa ser passível de uma análise e solução política não exclui que ela seja também passível de análise e solução jurídica, isto é, sujeita à jurisdição (KELSEN, 2011, p. 22). Os sujeitos sob uma jurisdição, em regra, não podem afastá-la ou excluí-la, dada sua submissão vertical à autoridade jurisdicional.

No Brasil, por exemplo, a Constituição Federal consagrou no art. 5º, XXXV o princípio da inafastabilidade de jurisdição.

Como posto, a jurisdição emana de uma autoridade, conforme designado pelo ordenamento jurídico. É preciso dizer que tal autoridade não é necessariamente uma autoridade soberana. Soberania é um atributo de Estados e é um conceito jurídico. Significa, sucintamente, autoridade suprema no interior da ordem estatal e autoridade independente sob o direito internacional, em igualdade aos demais Estados (VERDROSS, 2013, p. 30)². Assim, fica claro que o exercício da jurisdição não é inerente à soberania, mas à autoridade juridicamente instituída, figura mais ampla que a primeira.

Vistos os termos gerais da jurisdição, passa-se a sua articulação com as tradicionalmente identificadas funções legislativa, executiva e judicial existentes numa comunidade jurídica. As fronteiras de cada função são bem difundidas: a legislativa produz e reformula as normas, a judicial decide conflitos de acordo com o direito preestabelecido, e a executiva dá cumprimento material, recorrendo à coerção quando preciso, aos comandos normativos.

Independente da função exercida, quando um órgão é imbuído da competência normativa para exercê-la de acordo e como instrumento do ordenamento jurídico, esse órgão está praticando jurisdição. Daí que, existindo órgãos com especializações distintas, também são distintas as jurisdições praticadas por eles. A partir dessa colocação, desmonta-se uma ideia monolítica e impermeável de jurisdição, abrindo-se um leque de categorias possíveis, com suas especificidades. O objeto em estudo é a jurisdição exercida judicialmente.

A função judicial, para reforçar o já dito, é a especialização da comunidade jurídica para decidir conflitos de acordo com o direito preestabelecido. Em geral, o ordenamento jurídico institui órgãos com competência dedicada para exercício judicante. Para esse desempenho, modernamente, alguns atributos são tidos como indispensáveis para uma prestação judicial adequada, muitas vezes cristalizados no

² Ver também: MACEDO, Paulo Emílio Borges de. **O Estado, segundo o Direito Internacional**. In: Revista de Direito Cosmopolita, v. 1, p. 77-94, 2013.

direito positivo na forma de normas, garantias e princípios. Dentro do grupo nuclear desses atributos se situam a imparcialidade, o juízo natural, a anterioridade e a independência.

A imparcialidade do órgão julgador significa não uma abdicação das posições pretéritas que se possa ter, sobretudo jurídicas, mas sim uma distância em relação aos sujeitos sob tutela jurisdicional daquele órgão. É dizer, nessa esfera, a legitimidade da função judicial decorre da diferença entre o sujeito julgado e o sujeito julgador. Não é difícil entender o porquê: se a própria parte reclamante tivesse o poder de decidir por si a solução jurídica em detrimento da outra parte, essa decisão estaria contaminada a priori. A submissão a um terceiro não interessado, sem lado na disputa, que enverniza o sentido objetivo — de extração de sentido do ordenamento normativo preexistente — da função judicante.

O juízo natural, em muitos léxicos tratado como garantia, assegura aos jurisdicionados que esses não serão submetidos a órgão judicante de exceção. Não serão, portanto, criados órgãos *ad hoc* específicos para o julgamento de certos casos, situações, pessoas. A competência judicial deve ser anterior e claramente fixada. A designação extraordinária de um julgador, com destituição do julgador natural, por óbvio, contamina de suspeitas a vinculação do processo ao corpo jurídico. O juízo de exceção conduz à exclusão do julgamento conforme o direito.

A independência do órgão judicial nada mais é que um anteparo a ingerências externas que embaracem seu aparato e funcionamento. Se consolidou no pensamento jurídico que o constrangimento do julgador por influências ou interesses alheios o enfraquece, diminui, no limite o anula. Somente por ser independente pode o magistrado exercer seu ofício desimpedido, determinar a resposta jurídica não porque pressionado ou chantageado a encontrá-la, mas porque é a que entende correta.

São as feições da função judicial moderna. Uma solução jurisdicional provida por um órgão judicial deve percorrer um processo que atente a tais feições, além, é claro, de remontar à integridade do direito positivo. Na literatura, é comum ver

referência a essa espécie de jurisdição, pouco surpreendentemente, como “*jurisdição judicial*”, ladeada da “*jurisdição legislativa*” e da “*jurisdição executiva*”³. Em si, a expressão “*jurisdição judicial*” ainda encoberta certos pormenores que merecem destrinchamento.

Uma categorização interior à jurisdição judicial — também visível nas jurisdições de tipo legislativo e executivo — é aquela que diz respeito ao uso da força. A jurisdição é o meio de fazer valer o direito. Isso significa, de um lado, formar uma determinação, um comando do que é o direito e como deve o mesmo ser cumprido. De outro, impor seu cumprimento pelo uso da violência.

Como se sabe, o direito não é uma anulação do uso da força, mas sua disciplina. Aliás, o uso da força é intrínseco ao direito. Sem recurso à força, não há efetividade do direito, quer dizer, não há direito:

Um ordenamento jurídico em seu conjunto é válido (e em consequência são válidas todas as suas normas) só se as normas que ele produz são cumpridas amplamente (im grossen und pflanzen), isto é, se o ordenamento em seu conjunto é efetivo. Mas, para que as normas de um ordenamento sejam eficazes e o ordenamento em seu conjunto desfrute do benefício da efetividade, é preciso que exista um poder capaz de obter respeito pelas normas, inclusive contra os recalcitrantes (o chamado poder coercitivo). **A um ordenamento jurídico é necessário que, junto com o poder de produzir normas, exista o poder de aplicá-las.** (BOBBIO, 2008, p. 201, grifo nosso)

Por isso, não é difícil enxergar como o uso da força para efetivação do direito é também uma expressão jurisdicional, embora distinta da jurisdição meramente decisória. De um lado, a *jurisdição prescritiva* e, de outro, a *jurisdição coercitiva*. Para uma boa ilustração das categorias no contexto criminal:

Jurisdição não é um conceito unitário. Pelo contrário, tanto a duradoura prática dos estados quanto escritos doutrinários tornam

³ Seria possível, em uma abordagem introdutória, equivaler cada uma das três funções sociais traçadas a um tipo de jurisdição (ORAKHELASHVILI, Alexander. **Akehurst’s Modern Introduction to International Law**. 9ª ed. New York: Routledge, 2022, p. 229). Uma abordagem mais cuidadosa, contudo, demanda incursionar para além dessa equivalência.

evidente que a jurisdição deve ser considerada em seus dois aspectos distintos, a saber, jurisdição para prescrever e jurisdição para coagir. Jurisdição para prescrever ou jurisdição prescritiva – por vezes chamada de jurisdição “legislativa” – se refere, no contexto criminal, à autoridade de um estado, sob o direito internacional, para aferir a aplicabilidade de seu direito criminal à determinada conduta, seja por legislação primária ou derivada, decreto executivo ou, em certas circunstâncias, decisão judicial. Jurisdição para coagir ou jurisdição de coação – algumas vezes chamada jurisdição “executiva” – se refere à autoridade de um estado, sob o direito internacional, para de fato aplicar seu direito criminal, por meio da polícia e outra ação executiva, e por meio das cortes. **Simplesmente, jurisdição para prescrever se refere à autoridade de um estado para criminalizar determinada conduta, jurisdição para coagir à autoridade para, entre outros, prender e deter, processar, julgar e sentenciar, e para punir pessoas pelo cometimento de atos criminalizados.** (O’KEEFE, 2004, pp. 376-737, grifou-se)⁴

Em que pese a denominação cambiante, fica claro o contraste entre o estabelecimento do direito aplicável a determinada situação (jurisdição prescritiva) e sua imposição pela via da coerção (jurisdição coercitiva). Além do contexto criminal, o critério de distinção é factível em qualquer que seja o ramo jurídico.

Por exemplo, imagine-se uma controvérsia tributária sobre a incidência ou não de um benefício fiscal submetida à jurisdição. Uma etapa jurisdicional prescritiva aferiria o problema e determinaria a aplicação ou não do benefício e, caso apurasse a existência de tributos a receber, uma outra etapa jurisdicional, coercitiva, se encarregaria de empregar violência para arrecadação de valores faltantes. Ou então, cogite-se a hipótese em que é levada à jurisdição potencial infração de trânsito sujeita à multa. A jurisdição prescritiva decidiria se a infração ocorreu e qual a multa

⁴ Tradução do autor. No original: “[j]urisdiction is not a unitary concept. On the contrary, both the longstanding practice of states and doctrinal writings make it clear that jurisdiction must be considered in its two distinct aspects, viz. Jurisdiction to prescribe and jurisdiction to enforce. Jurisdiction to prescribe or prescriptive jurisdiction – sometimes called “legislative” jurisdiction – refers, in the criminal context, to a state’s authority under international law to assert the applicability of its criminal law to given conduct, whether by primary or subordinate legislation, executive decree or, in certain circumstances, judicial ruling. Jurisdiction to enforce or enforcement jurisdiction – sometimes called “executive” jurisdiction – refers to a state’s authority under international law actually to apply its criminal law, through police and other executive action, and through the courts. **More simply, jurisdiction to prescribe refers to a state’s authority to criminalize given conduct, jurisdiction to enforce the authority, inter alia, to arrest and detain, to prosecute, try and sentence, and to punish persons for the commission of acts so criminalized**” (grifo nosso).

aplicável. A jurisdição coercitiva tornaria realidade o pagamento da multa, se preciso. Numa terceira hipótese, do âmbito sucessório, considere-se a criação de norma que amplie as situações em que se autoriza partilha extrajudicial. O atrelamento de novos significados jurídicos a certas situações fáticas é exercício de jurisdição prescritiva. De sua vez, em caso de resistência, é a jurisdição coercitiva que se encarrega do processamento e efetiva transferência de titularidade de bens com base na nova norma. Como se pode supor, exercícios de imaginação semelhantes são possíveis para contextos de direito trabalhista, ambiental, eleitoral, etc..

O grande mérito no manuseio dessas categorias é clarificar que a jurisdição se desdobra entre o decidir e o coagir com base no direito. Além dessa organização conceitual ser adequada aos distintos ramos materiais do direito, também se amolda dentro das jurisdições legislativa, executiva e judicial. Qualquer das três pode ser vista em modalidade prescritiva ou coercitiva⁵. No caso da jurisdição judicial, é trivial imaginar o exercício prescritivo, ao qual é associada corriqueiramente (MOULAND, 2019, p. 178). É o que ocorre quando um órgão judicial é provocado para conhecer uma controvérsia e prescrever a ela a solução jurídica adequada. Diferentemente, quando um órgão judicial se incumbe de forçar a aplicação do direito, seja de decisão dele próprio ou de título jurídico emanado por outrem, está praticando jurisdição coercitiva⁶.

Dessa forma, o magistrado que, diante de conflito já resolvido na etapa prescritiva, ordena e executa o arresto de bens para satisfação de dívida, que comanda e controla a detenção de acusado criminal, que impõe e assegura a retirada de vídeo *online*, está em exercício da jurisdição judicial coercitiva.

Por fim, a literatura costuma elencar quatro critérios alternativos que viabilizam a jurisdição prescritiva, inclusive judicial, por parte de um Estado. São eles

⁵ Por exemplo, uma autoridade policial, braço executivo da comunidade jurídica, pode tanto avaliar a ocorrência de crime e indiciar o investigado (jurisdição prescritiva) quanto apreender veículo potencialmente roubado (jurisdição coercitiva).

⁶ “[J]urisdição coercitiva, como usado aqui, pode abranger quaisquer atos de estados para ‘induzir ou compelir conformidade’ com suas leis através de suas cortes”. Tradução do autor. No original: “[E]nforcement jurisdiction, as used here, may encompass any acts of states to ‘induce or compel compliance’ with their laws through their courts”. MOULAND, 2019, p. 175.

a territorialidade, a nacionalidade ativa, a nacionalidade passiva, ou a existência de interesse público nacional (às vezes denominado de “*princípio protetivo*”)⁷. Na presença de qualquer um desses critérios, o Estado poderá exercer jurisdição, mas não necessariamente a coerção. Via de regra, a jurisdição coercitiva está adstrita ao território do Estado, pelo simples motivo de que o uso jurídico da violência fora das fronteiras nacionais ofenderia o monopólio do uso legítimo da força detido por outro Estado.

Como se vê, a aparentemente pacata locução “*dizer o direito*” acoberta uma gama de complexidades. Jurisdição não é um conceito unitário. Aquela exercida por órgão judicial — que reúne características de imparcialidade, juízo natural, anterioridade e independência —, voltada à determinação da solução dada pelo direito positivo a um conflito, se desdobra ainda em jurisdição prescritiva e coercitiva. Em se tratando de jurisdição exercida por Estado, é relevante também citar os tradicionais critérios de conexão da territorialidade, nacionalidade e do princípio protetivo. Visto isso, o presente estudo agora se encaminhará a examinar a jurisdição internacional propriamente dita, realizada por autoridade cuja autoridade decorre do direito internacional e para por ele zelar.

3 A JURISDIÇÃO INTERNACIONAL CONSTRUÍDA NO INÍCIO DO SÉCULO XX

A jurisdição é o meio pelo qual uma autoridade afirma o ordenamento jurídico perante os fatos. No âmbito estatal, é relativamente sem polêmica a identificação da autoridade competente ao exercício da jurisdição. No sistema normativo internacional, a história é outra. Não há um único ente supremo — “soberano”⁸ — do qual emana o direito. A descentralização política é há muito o

⁷ O’KEEFE, 2004, pp. 738 e ss.. Assinale-se que não há motivo para considerar que esses critérios só se apliquem a um ramo do direito. Se há jurisdição criminal para determinar a licitude de um ato, também há jurisdição civil (ORAKHELASHVILI, 2022, p. 232).

⁸ Ver N.R. 2.

semblante característico da comunidade internacional, o que carrega intensas consequências ao direito que a regula. Inclusive à jurisdição judicial internacional.

Na passagem ao século XX, com as devidas ressalvas ao imperialismo e ao colonialismo, o Estado nacional soberano já havia se alastrado e consolidado em grande parte do mundo como o modelo preponderante de ente político. A ideia de vontade do estado e a concepção juspositivista tornaram-se eminentes. Também o direito internacional já contava com algum robustecimento material, como nas áreas de direito dos tratados, direito da guerra e da navegação fluvial (SHAWN, 2008, p. 29).

O que não havia era uma institucionalização própria do direito internacional. Quer dizer, acaso surgisse um conflito entre os entes estatais, ainda que houvesse normas aptas ao provimento de uma solução jurídica, inexistia uma instância objetiva — uma autoridade — capaz de pacificar a questão (KELSEN, 2009, pp. 358-359)⁹. Não eram absolutamente ausentes os meios de solução de controvérsias internacionais. Eventuais disputas poderiam ser submetidas a negociações diplomáticas, comissões de conciliação ou arbitragem, por exemplo.

A arbitragem, em especial, foi largamente utilizada durante o século XIX, e, em aspectos, lembra a jurisdição judicial. Os árbitros se pautam pelo direito internacional pré-constituído (ainda que modulado pela escolha das partes) e emitem decisões obrigatórias. Sua sedimentação certamente contribuiu à institucionalização do sistema jurídico internacional. Não à toa, a Convenção para a Resolução Pacífica de Controvérsias Internacionais celebrada na I Conferência de Paz da Haia, em 1899, além de incorporar diversas provisões arbitrais, criou a Corte Permanente de Arbitragem (SHAWN, 2008, pp. 1048-1049).

Entretanto, não é possível dizer que a arbitragem internacional, mesmo a que ocorre sob os auspícios da Corte Permanente de Arbitragem, expresse jurisdição judicial internacional propriamente dita. Esta não se tratava de instituição judicial, com autoridade objetiva conferida pelo ordenamento jurídico. Tanto é assim que é

⁹ Ver também: KELSEN, Hans. **A Paz Pelo Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2011, pp. 12-13.

praticamente impossível que o estudante de direito internacional, em algum momento, não tenha cruzado com os conhecidos deboches com seu nome. A Corte Permanente de Arbitragem não é nem permanente, nem corte¹⁰. De forma sintética:

O resultado mais significativa da Conferência de 1899 foi o estabelecimento da Corte Permanente de Arbitragem, cujo nome incorporou com certa ironia o fracasso em se alcançar um acordo sobre uma corte internacional permanente: 'a Convenção de 1899 forneceu apenas o fantasma de uma corte, um espectro impalpável ou, para ser mais preciso, forneceu um secretariado e uma lista'. É verdade que a CPA não é nada mais do que uma organização administrativa com o objeto de prover permanente e rapidamente meios para funcionar como cartório de procedimentos arbitrais internacionais, quando partes em uma disputa tenham concordado em recorrer a eles. Esse sistema *ad hoc* puramente consensual foi o único resultado possível saído da Terceira Comissão da conferência, um grupo de trabalho designado a elaborar um tratado sobre a resolução pacífica de controvérsias internacionais. (HERNÁNDEZ, 2014, p. 14)¹¹

Vários são os motivos que fazem da arbitragem um meio insuficiente à institucionalização que se projetava. Primeiro, se trata de meio de solução de controvérsias facultativo. Não há como obrigar a participação dos litigantes. Segundo, as partes podem escolher o direito aplicável, o que inviabiliza uma remissão plena ao ordenamento jurídico. Terceiro, os árbitros são indicados pelas partes, o que também os distancia da figura de autoridade do sistema jurídico. Por fim, os tribunais arbitrais costumam ser constituídos de forma *ad hoc*, especial e limitadamente para uma disputa. Por isso se põe em dúvida a capacidade de

¹⁰ James Brown Scott, delegado estadunidense, teria dito na Conferência da Haia de 1907: "não é permanente porque não é composta por juízes permanentes; não é acessível porque tem que ser formada para cada caso individual; e finalmente não é uma corte, porque não é composta por juízes".

¹¹ Tradução do autor. No original: "The most significant outcome of the 1899 Conference was the establishment of the Permanent Court of Arbitration, the name of which embodied with some irony the failure to arrive at an agreement on a standing international court: 'the Convention of 1899 gave only the phantom of a court, an impalpable specter or, to speak more precisely, it gave a secretariat and a list'. It is true that the PCA is nothing more than an administrative organization with the object of providing permanent, readily available means to serve as the Registry for international arbitral proceedings, when parties to a dispute have agreed to have recourse to it. This purely consensual, *ad hoc* system was the only possible outcome from the Third Commission of the conference, a working group designated to draft a treaty on the pacific settlement of international disputes".

formação de jurisprudência pela via arbitral. Por isso a arbitragem não poderia ser tida como expressão da função judicial no direito internacional.

No veio dessa insuficiência ganhou tração a ideia de uma corte internacional, uma instituição judicial de direito internacional¹². Seria esse o *locus* adequado e bem munido para solução jurídica de conflitos que resguardasse — e também desenvolvesse — a integridade do sistema normativo internacional. O anseio por um órgão internacional dessa natureza não foi atendido na Convenção da Haia de 1907, mas o projeto ganhou *momentum*. Assim, em 1920, o Conselho da Liga das Nações designou um Comitê de Juristas responsável por elaborar um projeto de estatuto para um tribunal internacional, autoridade detentora da jurisdição judicial internacional. Esse esforço culminou na Corte Permanente de Justiça Internacional¹³.

Quase desnecessário dizer que esse órgão judicial internacional servia à solução de disputas entre Estados nacionais. No paradigma então predominante, em certa medida também ainda hoje, não se cogitavam outros sujeitos de direito internacional. A jurisdição judicial internacional, portanto, se dirigia aos Estados e ninguém mais.

Em seus pormenores, o processo de elaboração do estatuto da corte internacional foi palco de diversas controvérsias, polêmicas e propostas compromissórias. A formulação final, contudo, se revelou surpreendentemente longa, resistindo ao colapso da Liga das Nações e às agonias do século XX. O desenho jurisdicional então traçado ainda se conserva em grande medida. Para

¹² Sobre a função judicial no direito internacional: “[a] solução pacífica de controvérsias, hoje uma obrigação estabelecida na carta das Nações Unidas, é reconhecida como um dos mais antigos dogmas do direito das gentes. Nesse sentido, entre as atribuições de garantir a segurança jurídica, isto é, a previsibilidade, de promover a estabilidade do sistema e assegurar o cumprimento das normas de direito, o compromisso com a previsibilidade sobressai como parte do núcleo da função jurisdicional exercida por um tribunal ou corte arbitral. A jurisdição trabalha com conceitos como o de coerência e o de completude. (...) A existência de normas exige (...) a institucionalização de modelos garantidores de sua correta e coerente aplicação. Os sistemas de solução de controvérsias instituídos internacionalmente surgiram, assim, como expressões incipientes da função judiciária apresentada pela teoria do estado.” VASCONCELOS, Raphael Carvalho. **Teoria do Estado e Unidade do Direito Internacional: Domesticando o Rinoceronte**. Belo Horizonte: Arraes, 2016, pp. 70-71. Ver também: KELSEN, Hans. **A Paz Pelo Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2011, pp. 40-43.

¹³ Em sua participação no Comitê de Juristas para elaboração do Estatuto da CPJI, Clóvis Beviláqua explica que a corte teria duas missões: “a de resolver as controvérsias entre os Estados e a de tornar cada vez mais cristalino o sentimento de unidade do Direito Internacional” (MACEDO, 2017, p. 221).

situá-lo, interessa acima de tudo avaliar suas pedras fundamentais: determinação do direito aplicável, competência material, composição dos membros, compulsoriedade da jurisdição.

Para a determinação do direito aplicável, cunhou-se o célebre art. 38 do estatuto, que listava convenções internacionais gerais ou particulares, costumes internacionais como evidência de uma prática geral aceita como direito, princípios gerais do direito reconhecidos pelas “nações civilizadas” e, subsidiariamente, decisões judiciais e ensinamentos dos publicistas mais qualificados das várias nações. Previa-se, por fim, a possibilidade um julgamento por equidade, caso as partes assim conviessem¹⁴. Se pode ver claramente, o que é também de conhecimento geral, que a redação corresponde a uma lista tradicional das fontes de direito internacional. Além disso, inexistia limitação material aos assuntos passíveis de jugo pela corte.

Havia uma grande preocupação acerca da procedência dos juízes internacionais. Temores de lealdade nacional e sobre a formação técnica adequada. Ao fim, prevaleceu que os juízes seriam eleitos a partir de candidatos nomeados pelos grupos nacionais da Corte Permanente de Arbitragem. Além disso, se criou a figura do juiz *ad hoc*, um julgador adicional indicado pelo Estado litigante caso inexistisse no corpo de magistrados nenhum nacional seu. Quanto à qualificação técnica, os nominados teriam de ser pessoas de “*alta índole moral*”, possuidores dos requisitos para indicação aos mais altos cargos judiciais de seus países, ou serem “*jurisconsultos de reconhecida competência em direito internacional*”.

Então o espinhoso tema da compulsoriedade de jurisdição. Diferentemente do direito interno estatal, no direito internacional, não há uma autoridade suprema que se impõe sobre os principais sujeitos políticos. Todos eles, os Estados, convivem

¹⁴ Sob risco de preciosismo, eis o texto literal do art. 38 do Estatuto da Corte Permanente de Justiça Internacional: “*The Court shall apply: 1. International Conventions, whether general or particular, establishing rules expressly recognized by the contesting States; 2. International custom, as evidence of a general practice accepted as law; 3. The general principles of law recognized by civilized nations; 4. Subject to the provisions of Article 59, judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of rules of law. This provision shall not prejudice the power of the Court to decide a case ex aequo et bono, if the parties agree thereto.*”

em igualdade soberana. Com isso, sempre predominou, tanto mais àquela época em que se desenhava a jurisdição judicial internacional, em que a vontade estatal é elemento indispensável à criação, vigência e aplicação de normas. Como conceber, então, uma jurisdição internacional obrigatória, independente do consentimento do Estado jurisdicionado?

Via de regra, a submissão à jurisdição da corte internacional exige mesmo o aceite do Estado. Seja por um compromisso judicial entre as partes envolvidas para submeter a lide à jurisdição internacional, seja por cláusula judicial de jurisdição volitivamente inserida em tratado. Nessa regra da jurisdição consentida, entretanto, se abriu uma senda. Se abriu a cláusula facultativa de jurisdição obrigatória. Segundo esse engenhoso arranjo, um Estado poderia declarar *a priori* sua aceitabilidade à jurisdição obrigatória da corte. Tratava-se de uma resposta ao receio de que, sem uma jurisdição compulsória, a capacidade da corte internacional fosse minada por discussões sobre a extensão de sua competência (HERNÁNDEZ, 2014, pp. 26-27). Também se esperava que esse caminho propiciasse uma crescente adesão dos Estados até a consolidação futura de uma jurisdição mandatária plena.

Além disso, a Corte Permanente de Justiça Internacional foi dotada de uma jurisdição consultiva. Significa que, mediante provocação dos legitimados, a corte analisava uma questão de direito (e não uma controvérsia fática) e decidia a solução jurídica adequada de acordo com o ordenamento internacional. As opiniões consultivas emitidas dessa forma eram desprovidas de cogência.

Por fim, importante pontuar que a corte não dispunha de meios coercitivos para compelir os Estados ao cumprimento de suas sentenças. Novamente, não há autoridade única no direito internacional que possa centralizar o uso da força. São os Estados quem detém exércitos. Assim, não há de se falar em jurisdição coercitiva no âmbito da Corte Permanente de Justiça Internacional. O cumprimento do sentenciado dependia de fatores outros que o funcionamento do tribunal.

É essa, sucintamente, a jurisdição judicial internacional criada no início do século XX. Durante sua existência, a Corte Permanente de Justiça Internacional

julgou vinte e nove casos contenciosos e emitiu vinte e sete opiniões consultivas. Só que, ao contrário do restante do arcabouço institucional da Liga das Nações, a corte sobreviveu à Segunda Guerra Mundial. À rigor, é verdade, o antigo tribunal foi extinto e substituído pela Corte Internacional de Justiça, “o principal órgão judiciário das Nações Unidas”, segundo o art. 92 da Carta das Nações Unidas. Contudo, também é verdade que o mesmo artigo, logo em seguida, confessa que a nova corte “[f]uncionará de acordo com o Estatuto anexo, que é baseado no Estatuto da Corte Permanente de Justiça Internacional e faz parte integrante da presente Carta”.

O experimento da jurisdição judicial internacional talvez tenha sido o mais bem sucedido dos que se puseram à prova no âmbito da Liga das Nações. Por isso mesmo, não há grandes diferenças entre os estatutos do antigo e novo tribunal internacional. A continuidade entre um e outro é evidente. É mais simples expor a jurisdição da Corte Internacional de Justiça a partir dos seus contrastes com sua predecessora.

Um desses contrastes é a lista de legitimados a requisitarem opiniões consultivas. Ao contrário da antiga corte, que só recebia pedidos de consulta da Assembleia ou Conselho da Liga das Nações, a Corte Internacional de Justiça está aberta a consultas de qualquer órgão autorizado segundo a Carta das Nações Unidas, o que significa que agências especializadas podem fazê-lo para problemas correlatos à sua área de atuação (SHAWN, 2008, p. 1108).

Fora isso, vale pontuar uma nova hipótese de acesso à jurisdição contenciosa, pavimentada jurisprudencialmente. O chamado *forum prorogatum*, ocorrido no caso do Canal de Corfu¹⁵, em que, dado à ausência de forma específica para expressão do consentimento, esse decorre da própria prática dos Estados participantes perante a corte. Quer dizer, ainda que não tenha havido um aceite formal da jurisdição para determinado caso, o comparecimento e conduta processual da parte implica aceitação da jurisdição¹⁶.

¹⁵ ICJ. Judgement of 25 March 1947. United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania.

¹⁶ CRAWFORD, James. **Brownlie's Principles of Public International Law**. 8^a ed. Oxford University Press, 2012, p. 728.

Outra diferença falsamente sutil diz respeito à redação do art. 38. A listagem de fontes, por assim dizer, permaneceu inalterada, mas a locução “a Corte aplicará” foi substituída por “[a] Corte, cuja função é decidir de acordo com o direito internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará”. O acréscimo é grande em significado. Para Alain Pellet:

[A]o definir a função da Corte em referência ao direito aplicado por ela, **o Art. 38 então aparece como a – geralmente não revelada – base para sustentar a visão fundamental de que a Corte Mundial é um órgão de direito internacional.** Portanto, “a Corte, sendo uma Corte de justiça, não pode ignorar direitos reconhecidos por ela, e basear sua decisão em considerações puramente convenientes”. Assim sendo ela “se atribui saber o que é o direito [internacional]” e, conseqüentemente, “no cumprimento de sua tarefa dela mesma determinar o que é o direito internacional, ela [não deve se limitar] a considerar os argumentos postos [pelas Partes], mas [precisa incluir] em suas pesquisas todos os precedentes, ensinamentos e fatos a que tinha acesso e que poderiam possivelmente” auxiliar a solucionar a controvérsia. (PELLET, 2012, pp. 752-753)¹⁷

O art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça deixa nítido que se trata de um órgão internacional, especializado na jurisdição judicial internacional. Deixa nítido que o dever da corte é decidir conflitos de acordo com o direito internacional preestabelecido, garantindo-lhe a unidade, coerência e completude inerentes aos sistemas normativos.

Feita essa consideração, conclui-se a exposição da jurisdição judicial internacional projetada e edificada no início do século XX. Trata-se de uma ótica permeada pelo espírito interestatal, centrada em torno da soberania dos Estados, por vezes quase ao ponto de ofuscamento. Inegavelmente, esse projeto demonstrou sua

¹⁷ Tradução do autor. No original: “[b]y defining the function of the Court with respect to the law to be applied by it, **Art. 38 thus appears as the – usually undisclosed – basis for sustaining the fundamental view that the World Court is an organ of international law.** Therefore, ‘the Court, being a Court of justice, cannot disregard rights recognized by it, and base its decision on considerations of pure expediency’. As such it ‘is deemed itself to know what [international] law is and, consequently, ‘in the fulfilment of its task of itself ascertaining what the international law is, it [must not confine] itself to a consideration of the arguments put forward [by the Parties], but [must include] in its researches all precedents, teachings and facts to which it had access and which might possibly’ help to settle the dispute’”. O trecho em si cita diretamente passagens de julgados da corte.

resiliência, até hoje cumprindo papel de destaque no ordenamento jurídico internacional. Porém, o que não é surpresa, o peso das décadas não foi leve. Trouxe consigo novos desenvolvimentos teóricos e práticos e reposicionou a jurisdição judicial no direito internacional contemporâneo, apontando horizontes além do paradigma tradicional.

2.1 Feições contemporâneas do Direito Internacional

O direito internacional no início do século XXI não é mais o mesmo. A Organização das Nações Unidas se consolidou e foi testada em inúmeras frentes, aperfeiçoando suas instituições e também seu sistema normativo. Iniciativas de integração ao redor do mundo deram origem a variados arranjos jurídicos próprios, como o da União Europeia ou o do Mercosul. O próprio escopo material do direito internacional foi vertiginosamente ampliado, galgando áreas como desenvolvimento, meio ambiente e cultura, dentre outros. No que interessa mais a este trabalho, foram criados diversos órgãos judiciais internacionais, como o Tribunal Internacional do Direito do Mar, o Tribunal Penal Internacional, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, para citar apenas alguns.

Além disso, os paradigmas teóricos da disciplina tampouco quedaram inertes. A crescente interconexão entre os Estados, territórios e populações, sublinhada cada vez mais a partir da década de 1990 sob a alcunha de globalização, aproximou da arena internacional atores como organizações não governamentais, empresas transnacionais e indivíduos. A alavancagem da interdependência transfronteiriça desmontou o paradigma da territorialidade (TOMUSCHAT, 1993, p. 212)¹⁸. Além de desafiar o alicerce soberanista do ordenamento internacional (TOMUSCHAT, 1993, p. 213), esse movimento abrandou a tradicional divisão entre direito internacional privado e direito internacional público. Também correlato, o questionamento à

¹⁸ "Traditionally, international law rested on the principle of territoriality. (...) Today, the dynamics of cross-border activities require a considerably high degree of sophistication of international law"

centralidade do Estado na ordem internacional e a admissão da personalidade jurídica do indivíduo são hoje temas em pauta no centro do debate acadêmico.

“Falhando em reconhecer a si mesma como sociedade, a sociedade internacional não sabia que tinha uma constituição” (ALLOT, 1990, p 418)¹⁹. A comunidade internacional já não é enxergada como foi outrora. Antes, no momento em que engatinhava o desenho da jurisdição judicial internacional, imperavam sozinhos os Estados nacionais europeus, associando-se de formas pontuais, precárias e marcadamente bilaterais. A introdução da Organização das Nações Unidas, o processo de descolonização, a globalização, fizeram da comunidade internacional, hoje, uma instituição jurídica própria.

Com o passar das décadas, os agentes políticos internacionais, Estados, por meio de atos e instrumentos jurídicos, estabeleceram uma constituição da comunidade internacional, ou seja, uma série de regras básicas e comuns de governança contra as quais não se pode transgredir. Nem mesmo por vontade soberana. Como sintetizado por Tomuschat:

[A] comunidade internacional pode realmente ser concebida como um ente jurídico, governado por uma constituição, um termo que, como apontado, serve para denotar as funções básicas de governança dentro daquela entidade. A comunidade internacional e sua constituição foram criadas pelos Estados. Por séculos até o tempo presente, fortificada em particular pela Carta da ONU, a ideia de um regime jurídico determinando certos valores comuns como os princípios orientadores que os Estados são obrigados a observar e respeitar ganhou terreno e se fortaleceu progressivamente. Hoje, o discurso jurídico internacional é profundamente marcado pelo conceito de comunidade internacional, e precisamente nos documentos estabelecidos pelos representantes dos Estados. A comunidade internacional não é uma invenção de acadêmicos. (TOMUSCHAT, 1990, p. 236)²⁰

¹⁹ Tradução do autor. No original: *“Failing to recognize itself as a society, international society has not known that it has a constitution”*.

²⁰ Tradução do Autor. No original: *“[T]he international community can indeed be conceived as a legal entity, governed by a constitution, a term which, as pointed out, serves to denote the basic functions of governance within that entity. The international community and its constitution were created by States. Over centuries up to the present time, buttressed in particular by the UN Charter, the idea of a legal framework determining certain common values as the guiding principles States are bound to observe and respect has gained ground and has been progressively strengthened. Today, international*

Para o autor, a comunidade internacional – um conceito jurídico autônomo – é uma guardiã do interesse comum da humanidade, mais do que a mera soma de seus membros, que lhe são constitucionalmente submissos. Um grande exemplo é a própria adesão à Carta das Nações Unidas, que é basicamente mandatória caso um ente queria ser visto como um Estado, pela estrutura e peso político que permeiam a organização. Mais que isso, tal adesão implica aceite a todo o aparato institucional da organização e seu corpo jurídico anexo – destaque-se a Assembleia Geral e o Conselho de Segurança –, incluindo suas próprias dinâmicas de reforma normativa, que carregam um alto grau de imprevisão. É o reconhecimento de uma ordem mundial²¹.

Essa virada epistêmica também se verifica na consolidação de órgãos internacionais especializados para o desempenho das tradicionais funções executiva, legislativa e judicial da comunidade internacional. Órgãos próprios ao direito internacional. É nesse viés que o Conselho de Segurança das Nações Unidas é visto como um órgão custodiante da comunidade internacional contra qualquer violação da paz (TOMUSCHAT, 1990, p. 255). Hoje, sob ótica semelhante, a Comissão de Direito Internacional da ONU desempenha função legislativa em nome da comunidade internacional²².

legal discourse is profoundly marked by the concept of international community, and precisely in documents established by State representatives. The international community is not an invention by academic scholars'.

²¹ "Nosso intuito é apenas demonstrar que se juntar às Nações Unidas equivale a uma decisão com consequências imprevisíveis, capazes de afetar fundamentalmente os direitos soberanos de um Estado. Embora ingressos sejam baseados em consentimento, cada candidato se sujeita a um sistema inteiro que está em constante movimento, similar a uma constituição nacional cuja textura original será inevitavelmente modificada por camadas espessas de prática política e jurisprudência" (TOMUSCHAT, 1990, p. 251). Tradução do autor. No original: "Our aim is simply to show that to join the United Nations amounts to a decision with unforeseeable consequences, susceptible of fundamentally affecting a State's sovereign rights. Although admission is based on consent, every candidate submits to an entire system which is in constant movement, not unlike a national constitution whose original texture will be unavoidably modified by thick layers of political practice and jurisprudence".

²² A Comissão de Direito Internacional foi estabelecida pela Assembleia-Geral da ONU por meio da Resolução 741(ii)/1947, com a finalidade de efetivar o art. 13 (1)(a) da Carta das Nações Unidas, isto é, com a missão de contribuir à codificação e desenvolvimento progressivo do direito internacional.

Ao mesmo tempo em que se verifica a consolidação de uma institucionalidade propriamente internacional, o sistema normativo internacional se ramificou intensamente, cobrindo áreas antes desconhecidas e germinando uma gama de subsistemas. Subsistemas muitas vezes cegos uns aos outros, com regras e comandos potencialmente contraditórios, desafiando a integridade do ordenamento jurídico internacional. Trata-se do fenômeno conhecido como fragmentação do direito internacional:

Uma das características da modernidade internacional recente tem sido o que sociólogos chamaram de "diferenciação funcional", a contínua especialização de partes da sociedade e a correspondente autonomização dessas partes. Isso ocorre tanto nacional quanto internacionalmente. É um paradoxo conhecido da globalização que enquanto ela levou à crescente uniformização da vida social ao redor do mundo, ela também levou à sua crescente fragmentação – isto é, à emergência de esferas especializadas e relativamente autônomas de ação e estrutura social.

A fragmentação do mundo social internacional ganhou significado jurídico especialmente na medida em que foi acompanhada pela emergência de regras ou complexos de regras, instituições jurídicas e esferas de prática jurídica especializados e (relativamente) autônomos. (INTERNATIONAL LAW COMMISSION, 2006, p. 11)²³

A fragmentação se expressa de maneira dual. Por um lado, a fragmentação material, evidente no surgimento de novos regimes especiais do direito internacional, como do meio ambiente, dos investimentos, do mar, dos direitos humanos, do comércio, etc.. Por outro, a fragmentação institucional, decorrente do surgimento de estruturas jurisdicionais aparentemente desconexas, em geral dedicadas a um desses regimes. Não é claro o grau de risco que a fragmentação oferece ao direito internacional, nem tampouco que ela lhe seja um mal a ser extirpado. Não convém

²³ Tradução do autor. No original: "One of the features of late international modernity has been what sociologists have called "functional differentiation", the increasing specialization of parts of society and the related autonomization of those parts. This takes place nationally as well as internationally. It is a well-known paradox of globalization that while it has led to increasing uniformization of social life around the world, it has also lead to its increasing fragmentation - that is, to the emergence of specialized and relatively autonomous spheres of social action and structure. The fragmentation of the international social world has attained legal significance especially as it has been accompanied by the emergence of specialized and (relatively) autonomous rules or rule-complexes, legal institutions and spheres of legal practice".

adentrar às minúcias do fenômeno, mas apenas estabelecê-lo como um diagnóstico de uma realidade do direito internacional que passou a existir.

Outra feição relevante do direito internacional contemporâneo é o ceticismo quanto à exclusividade do Estado soberano enquanto sujeito. É inquestionável que, tal como no início do século XX, o Estado soberano é, também hoje, a unidade política que alicerça o sistema internacional. No entanto, a participação de outros atores no direito internacional, antes desprezível, tornou-se hoje incontroversa.

Primeiro, dizer que organizações internacionais possuem personalidade jurídica é uma obviedade. Em Opinião Consultiva datada de 1949, a Corte Internacional de Justiça entendeu que a Organização das Nações Unidas detinha capacidade de ser titular de direitos e deveres internacionais e de fazer prevalecer seus direitos por meio de reclamação internacional²⁴. Esse entendimento se estende a outras organizações internacionais. Além desses entes, ainda que em menor grau, a literatura começa a aceitar a personalidade jurídica internacional do indivíduo. Nas palavras de Cançado Trindade:

Resulta que é bem claro hoje que não há nada intrínseco ao Direito Internacional que impede ou torna impossível que atores não-Estatais gozem de personalidade jurídica internacional. Ninguém em sã consciência ousaria hoje negar que indivíduos efetivamente possuem direitos e obrigações que emanam diretamente do Direito Internacional, com as quais eles se encontram, portanto, em contato direto. (TRINDADE, 2010, p .222)²⁵

Ótica semelhante incide às organizações não-governamentais e às empresas transnacionais. Não necessariamente esses entes são dotados de personalidade jurídica propriamente dita, mas sua influência na sociedade internacional é inegável, seja pressionando o processo legiferante, seja na criação de fatos jurídicos, seja nas

²⁴ ICJ. Advisory Opinion of 11 April 1949. Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations.

²⁵ Tradução do Autor. No original: "It results quite clear today that there is nothing intrinsic to International Law that impedes or renders it impossible to non-State actors to enjoy international legal personality. No one in sane conscience would today dare to deny that the individuals effectively possess rights and obligations which emanate directly from International Law, with which they find themselves, therefore, in direct contact".

próprias dinâmicas institucionais internacionais. Daí se dizer que há um descompasso entre o viés “*estatocêntrico*” e a realidade contemporânea²⁶.

Finalmente, a última feição contemporânea que se pretende destacar diz respeito à aproximação entre o direito internacional público e o direito internacional privado. Por muito tempo imperou a ideia de que o direito internacional público tutelava a relação entre Estados soberanos e que o direito internacional privado tratava das situações entre particulares, nacionais que tivessem sido atingidos por um elemento exógeno. Nessa visão tradicional, o direito internacional privado se ocuparia de conflito de leis ou jurisdições e seria uma área do direito civil e processual interno de cada Estado. É o antigo lugar comum de que a diferença entre o direito internacional privado e o direito internacional público é que o primeiro é direito, mas não é internacional e o segundo é internacional, mas não é direito (ARROYO, 2012, p. 3).

Não é de agora que se desconfia dessa separação. Porém tornou-se mais difícil sustentá-la. Os Estados alçaram suas atividades em setores então vistos como privados, assumindo empresas e relações típicas da vida civil e trabalhista. De sua vez, as empresas transnacionais alastraram suas operações por diversas jurisdições nacionais, tangenciando não só os ordenamentos internos, mas também se sujeitando a regimes internacionais ou globais de cooperação e regulação. Ainda, outros eventos afeitos à globalização, como o incremento dos fluxos migratórios ou atividades complexas via *internet*, podem nulificar a utilidade de regras unilaterais dos países e, ao mesmo tempo, demandar instrumentos internos para efetivação.

Apenas a título exemplificativo, alguns problemas atuais que ensejam uma aproximação entre os campos do direito internacional público e privado envolvem contratação pública internacional, investimentos estrangeiros, imunidade de jurisdição estatal em assuntos de natureza privada, proteção do meio ambiente, regulamentação do comércio internacional, entre outros. O atual nível de

²⁶ Ver MACEDO, Paulo Emílio Borges de. **Pessoas do Direito Internacional e Atores das Relações Internacionais: crítica ao estatocentrismo**. In: Juliete Robichez. (Org.) Anais do Congresso Virtual de Direito Internacional e Relações Internacionais. 1ª ed. Salvador: INLEX, pp. 246-270, 2021.

enfrentamento dessas questões invariavelmente implica numa interrelação entre as ferramentas das disciplinas pública e privada (ARROYO, 2012, pp. 6-7).

Como se pode ver, o cenário normativo internacional se transfigurou radicalmente desde o início do século XX. Nos dias de hoje, a comunidade internacional ganhou significado jurídico próprio, como autoridade que contém seus membros em arranjo constitucional. Em paralelo, no que foi chamado de fenômeno da fragmentação do direito internacional, o ordenamento se ramificou em regimes materiais e institucionais desconexos. E o protagonismo estatal, embora siga reinante, já dá sinais de abertura a outros atores e até sujeitos com personalidade jurídica internacional. Por fim, se observa um movimento conciliatório entre o direito internacional público e o direito internacional privado. É sob esse panorama que se firma e se alimenta a jurisdição judicial internacional no direito internacional contemporâneo.

2.2 Jurisdição Judicial Internacional hoje

Como adiantado acima, o problema tradicional da jurisdição internacional era referente à ausência de uma autoridade central. Em um direito internacional atomizado, disperso, cultivado e dirigido a entes igualmente soberanos, não se cogitava uma institucionalização própria capaz de designar um órgão competente à jurisdição judicial. Foi com esforço que se criou a Corte Permanente de Justiça Internacional e, depois, a Corte Internacional de Justiça, paradigmas incontestes da jurisdição judicial internacional de sua era. Órgãos judiciais internacionais. Contudo, a jurisdição judicial internacional hoje foi profundamente tocada pelo mergulho no direito internacional contemporâneo.

O desenvolvimento do direito internacional acompanhou o surgimento de órgãos internacionais propriamente ditos, vinculados à estrutura normativa internacional, incumbidos constitucionalmente do exercício da função judicial. Assim, tal como a Corte Internacional de Justiça, todos os tribunais internacionais de abrangência ou pretensão universal podem ser contabilizados como órgãos

especializados da comunidade internacional. Exemplificativamente, o Tribunal Penal Internacional e o Tribunal Internacional de Direito do Mar. Também os tribunais regionais, como a Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, podem facilmente ser classificados como órgãos judicantes internacionais. Embora variados em forma e competência, todos são autoridades incumbidas pelo direito internacional do exercício de jurisdição judicial.

Indo além dos tribunais propriamente ditos, cujas estruturas refletem aqueles atributos típicos a um órgão judicial, cabe também mencionar a existência de outros órgãos *quasi* judiciais de direito internacional. Esse grupo heterogêneo desempenha jurisdição muito similar à judicial no sentido de que busca solucionar um conflito com recurso ao direito preestabelecido. É o caso dos comitês dos instrumentos de direitos humanos do sistema ONU ("*treaty-bodies*") e do órgão de solução de controvérsias da Organização Mundial do Comércio, por exemplo. Os primeiros não emitem decisões vinculantes²⁷ e o segundo possui procedimentos que remetem a rodadas diplomáticas e arbitragem (SANTOS; VOLPINI, p. 69).

Há registro de que, hoje, são mais de 100 as instâncias e procedimentos em nível internacional para resolução pacífica de controvérsias²⁸. Fora as propostas para criação de novos tribunais internacionais, das quais talvez a mais comentada seja a referente à criação de um órgão próprio especializado em disputas internacionais ambientais. Imagem que condiz com o diagnóstico de fragmentação do direito internacional.

Diante desse grupo numeroso, importante comentar que não sucumbiu o núcleo duro da jurisdição internacional. Vários tribunais replicam as ferramentas

²⁷ O ponto comporta divergências, mas fato é que "*não há no sistema da ONU decisões de natureza judicial. A própria linguagem usada nas normas dos tratados e protocolos facultativos não é própria de órgãos judiciais: os comitês fazem 'recomendações' e 'comentários' e dão 'sugestões' aos Estados no procedimento de análise dos relatórios dos Estados-parte dos tratados. As decisões das comunicações são chamadas de ditames (...) e não de sentenças ou decisões judiciais*" (ALVES, 2012, p. 151).

²⁸ Trata-se de dado de difícil precisão. Em trabalho de 2011, Cesare Romano afirma que haveria "*mais do que 142 órgãos e procedimentos*" internacionais dedicados ao controle da implementação e resolução de controvérsias conforme o direito internacional (ROMANO, 2011, p. 242). Tradução do autor. No original: "*well over 142 bodies and procedures*".

estabelecidas para a Corte Internacional de Justiça, como a nomeação de juízes *ad hoc* (Tribunal Internacional de Direito do Mar) e a competência consultiva (Corte Interamericana de Direitos Humanos). Inevitavelmente, contudo, outras abordagens foram imaginadas.

Apenas para ilustrar algumas inovações, a Organização Mundial de Propriedade Intelectual dispõe de órgão jurisdicional que oferece mediação, arbitragem e outros meios de solução de controvérsias para disputas internacionais entre entes privados. A Corte Caribenha de Justiça foi desenhada como um híbrido entre tribunal internacional e última instância judicial interna. O Tribunal Penal Internacional julga exclusivamente indivíduos. Não se pretende a exaustão das novidades, apenas a demonstração de que a jurisdição judicial internacional é agora muito mais diversa do que no momento de criação da CPJI e da CIJ. E vai além de instituições internacionalmente concebidas.

A consolidação da comunidade internacional forneceu o embasamento para a atuação dos Estados, eles próprios, como órgãos mandatários desse ente, exercendo jurisdição judicial internacional. Nessa circunstância, diante de uma controvérsia de natureza internacional, para adjudicação baseada no direito internacional, um tribunal ou juiz nacional se desprende de seu caráter puramente doméstico e é arrogado para agir como órgão do ordenamento jurídico internacional. Por ser fenômeno menos intuitivo do que aquele em que a institucionalidade internacional em si pratica a jurisdição judicial internacional, é necessário dedicar algumas linhas mais a explicá-lo.

A noção de que Estados funcionam como agentes internacionais não é inédita²⁹. Trata-se do que Georges Scelle cunhou de desdobramento funcional

²⁹ "A norma de direito internacional geral que confere aos Estados o poder jurídico de processar os piratas é uma restrição de outra norma de direito internacional, a saber, a norma que estabelece a liberdade do alto-mar. (...) O fato de que a especificação da pena é deixada para o direito nacional e o julgamento do pirata, para os tribunais nacionais, não despoja o delito e a sanção de seu caráter internacional. **O Estado que, em sua lei penal, atribui à pirataria determinada pena e pune um pirata por meio de seus tribunais executa o direito internacional e funciona como um órgão da comunidade internacional**, do mesmo modo que um Estado que recorre a represálias contra outro Estado que violou seu direito aplica o direito internacional" (KELSEN, 2011, p. 69, grifou-se).

(SCELLE, 1936, pp. 98-100). Ocorre devido à ausência de uma autoridade única e central no direito internacional e a carência de órgãos especializados, como bem explica Cassese:

A “falha original e persistente do ordenamento jurídico internacional” é a falta de órgãos legislativos, judiciais e executivos agindo em nome de toda a comunidade. Em sendo assim, e em vista da necessidade de qualquer ordenamento jurídico de se basear nas três funções retromencionadas, a inescapável consequência para Scelle é que as três funções sociais existem na comunidade internacional, porém estão organizadas de forma particularmente única. Como não há “governantes e agentes especificamente internacionais” (...), membros nacionais do executivo e oficiais de Estado cumprem um papel “duplo”: eles agem como órgãos estatais quando operam dentro do sistema jurídico nacional; eles agem como agentes internacionais quando operam dentro do sistema jurídico internacional. (...) **[S]empre que uma corte doméstica lida com uma questão de conflito de leis, ela age qua um órgão judicial internacional.** (CASSESE, 1990, p. 212, grifou-se)³⁰

Cassese opina, inclusive, que a teoria do desdobramento funcional é especialmente atual e efetiva em relação a órgãos judiciais nacionais (CASSESE, 1990, p. 231). Um tribunal nacional que aprecia e julga questões de direito internacional e de acordo com o direito internacional está exercendo jurisdição judicial internacional (BROWNLIE, 1962, p. 702)³¹. Essa estruturação jurisdicional, já

³⁰ Tradução do autor. No original: “*The ‘original and persistent flaw of the international legal order’ is the lack of legislative, judicial, and enforcement organs acting on behalf of the whole community, This being so, and in view of the necessity of any legal order to rest on the three aforementioned functions, the inescapable consequence for Scelle is that the three social functions do exist in the world community, but are organized in quite a unique fashion. As there are no “specifically international rulers and agents” (...), national members of the executive as well as state officials fulfill a ‘dua’ role: they act as state organs whenever they operate within the national system; they act as international agents when they operate within the international legal system. (...) [A]ny time a domestic court deals with a conflict of law question, it acts qua an international judicial body’.*”

³¹ Ver também: “*Não há dúvida de que cortes domésticas aplicam direito internacional em uma variedade de casos, e com crescente regularidade – por que elas não deveriam ser vistas como exercendo uma função judicial internacional? Em última análise, elas estão aplicando direito (internacional) a fatos, e, portanto, solucionando disputas sob o direito (internacional), e contribuindo ainda ao desenvolvimento daquele direito. Ambos os aspectos fundamentais da função judicial (internacional) parecem preenchidos nesse caso*” (TZANAKOPOULOS, 2011, p. 137). Tradução do autor. No original: “*There is no doubt that domestic courts apply international law in a variety of cases, and with increasing regularity – why should they then not be seen as exercising an international judicial function? In the final analysis they are applying (international) law to facts, thereby settling a dispute under (international) law, and further contributing to the development of*

antes cogitada e visualizada, ganha ainda mais proeminência sob as novas balizas do direito internacional contemporâneo.

A emergência de órgãos jurisdicionais propriamente internacionais não obsta esse desempenho da jurisdição judicial internacional por tribunais domésticos. Afinal, não há um desenvolvimento uniforme do sistema normativo internacional, o que influi inclusive no comentado fenômeno da fragmentação. É notável que o fortalecimento da comunidade internacional como autoridade jurídica legítima que os membros estatais atuam como seus agentes. Da autoridade decorre a jurisdição.

Logicamente, não é sempre que os tribunais domésticos estarão figurando como órgãos internacionais. Apenas quando a questão posta à jurisdição seja de natureza internacional, afeta o interesse da comunidade internacional. A título exemplificativo, cite-se o famoso julgamento de Adolf Eichmann pelo judiciário israelense em 1961. Na ocasião, o judiciário daquele país consignou que, pela natureza internacional dos crimes imputados ao acusado, bem como considerando que o dano foi causado à comunidade internacional como um todo, ao julgar o réu, o tribunal doméstico agia como guardião do direito internacional (CASSESE, 1990, p. 229).

Apelida-se de jurisdição universal o caso em que um Estado pratica jurisdição sem a presença de nenhum dos tradicionais elementos de conexão à jurisdição do Estado (territorialidade, a nacionalidade ativa, a nacionalidade passiva, ou interesse público nacional) (O'KEEFE, 2004, p. 745). O instituto se amolda à ideia de desdobramento funcional e está positivado em alguns instrumentos. A jurisdição universal está limitada à prescrição.

Além da sedimentação da autoridade da comunidade internacional, outra tendência contemporânea que também favorece o funcionamento de tribunais domésticos como órgãos internacionais é a ampliação conceitual de controvérsia internacional. Com a abertura a novos temas e normas, as lides internacionais de

that law. Both fundamental aspects of the (international) judicial function seem fulfilled in such a case'.

hoje são muito mais variadas e numerosas. Inclusive no que diz respeito aos sujeitos tutelados.

A crescente aceitação de outros seres como partícipes do direito internacional (ou, às vezes, sujeitos), implica em novas relações desses seres com a tutela jurisdicional internacional. Sob o paradigma passado, estritamente interestatal, a proteção diplomática era a única via concebível para que uma querela individual fosse levada à jurisdição internacional, operação pela qual o indivíduo envolvido não detinha a capacidade postulatória, assumida e dominada pelo Estado protetor. Naquele quadro, do ponto de vista jurídico, o único sujeito era o Estado.

No quadro atual, existem sistemas jurisdicionais internacionais que expressamente admitem a participação individual. São vários os órgãos internacionais que recebem petições individuais, como a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e os *Treaty-Bodies*. O Tribunal Europeu de Direitos Humanos julga casos ajuizados por indivíduos ou organizações não-governamentais contra Estados membros do Conselho da Europa.

Também há espaço, menos evidente, para a adjudicação internacional de controvérsias envolvendo empresas. São vários os sistemas arbitrais elaborados para este fim, mas, além deles, destacam-se os casos em que a jurisdição internacional é praticada por tribunais domésticos. Nessa hipótese, as possibilidades são claramente mais amplas, posto que o *jus postulandi* interno é muito mais aberto que o comportado em estruturas internacionais.

Por último, uma nota sobre a jurisdição judicial internacional coercitiva. Na institucionalidade internacional, o Conselho de Segurança das Nações Unidas é o órgão com competência para autorizar ou não o uso da violência. Mesmo assim, a realiza mediante tropas nacionais cedidas pelos Estados à ONU ou conferindo mandados aos Estados diretamente. Não há exército ou polícia internacional. Como desenvolvimento contemporâneo, é mais interessante destacar o papel dos tribunais nacionais como braços capazes de forçar cumprimento de títulos judiciais internacionais dentro do território daquele Estado.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho se propôs a explorar o sentido de jurisdição judicial internacional no direito internacional contemporâneo, contrastando-o com as balizas clássicas do início do século XX. Uma comunidade internacional robustecida, o crescimento de novos atores-sujeitos, a aproximação entre as esferas normativas pública e privada, o fenômeno da fragmentação. Muito mudou desde que a jurisdição judicial internacional era basicamente circunscrita à Corte Permanente de Justiça Internacional

No direito internacional contemporâneo, a jurisdição judicial se expressa de formas muito mais amplas e diversificadas. Embora a Corte Internacional de Justiça siga ocupando lugar privilegiado e seja ainda referência obrigatória ao estudo da jurisdição internacional, cada outra estrutura especializada traz determinadas particularidades. Consequência disso é o questionamento de certas premissas clássicas que dizem respeito ao corpo normativo aplicável e aos sujeitos tutelados. Além da introdução de novos temas no direito material e dos contatos com problemas do direito internacional privado, indivíduos, companhias e outras organizações figuram agora como potenciais litigantes internacionais.

Tais desdobramentos podem não demolir ou substituir a institucionalidade anterior, mas certamente abrem vias para novos arranjos. Sobretudo, se destaca na contemporaneidade o fortalecimento teórico para atuação de tribunais nacionais como órgãos da comunidade internacional, e assim, mandatados por sua autoridade para desempenho de jurisdição judicial internacional. O arcabouço do desdobramento funcional encontra eco com a consolidação da comunidade internacional como ente jurídico.

REFERÊNCIAS

ALVES, Henrique Napoleão. **Comitês em Matéria de Proteção aos Direitos Humanos**. In: OLIVEIRA, Bárbara da Costa; SILVA, Roberto Luiz (org.). Manual de Direito Processual Internacional. São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 146.-154.

ALLOT, Philip. **Eunomia: New Order for a New World**. Oxford: Oxford University Press, 1990.

BOBBIO, Norberto. **Direito e Poder**. São Paulo: Editora UNESP, 2008.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 2ª ed. São Paulo: Edipro, 2014.

BROWNLIE, Ian. **The Individual before Tribunals Exercising International Jurisdiction**. In: International and Comparative Law Quarterly, v. 11, pp. 701-720, 1962.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **International Law: towards a new *jus gentium***. The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 2010.

CASSESE, Antonio. **Remarks on Selle`s Theory of "Role Splitting" (dédoublement fonctionnel) in International Law**. In: European Journal of International Law, v. 1, pp. 210-231, 1990.

CRAWFORD, James. **Brownlie`s Principles of Public International Law**. 8ª ed. Oxford University Press, 2012.

HERNÁNDEZ, Gleider. **Towards Legalization**. In: The International Court of Justice and the Judicial Function. Oxford: Oxford University Press, 2014.

KELSEN, Hans. **A paz pelo direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

MACEDO, Paulo Emílio Borges de. **O Estado, segundo o Direito Internacional**. In: Revista de Direito Cosmopolita, v. 1, p. 77-94, 2013.

MACEDO, Paulo Emílio Borges de. **Clóvis Beviláqua e a Justiça Internacional: entre o sim e o não a Rui Barbosa**. In: Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro, v. 743, pp. 205-248, 2017.

MACEDO, Paulo Emílio Borges de. **Pessoas do Direito Internacional e Atores das Relações Internacionais: crítica ao estatocentrismo**. In: Juliette Robichez. (Org.) Anais do Congresso Virtual de Direito Internacional e Relações Internacionais. 1ª ed. Salvador: INLEX, pp. 246-270, 2021.

MOULAND, Satya T. **Rethinking Adjudicative Jurisdiction in International Law**. In: Washington International Law Journal. V. 29, n. 1., pp. 173-202, 2019.

O'KEEFE, Roger. **Universal Jurisdiction: clarifying the basic concept**. In: Journal of International Criminal Justice, v. 2, n. 3, Oxford University Press, pp. 735-760, 2004.

ORAKHELASHVILI, Alexander. **Akehurst's Modern Introduction to International Law**. 9ª ed. New York: Routledge, 2022.

PELLET, Alain. **Article 38**. In: A. Zimmermann, Ch. Tomuschat and K. Oellers-Frahm, The Statute of the International Court of Justice a Commentary. 2ª ed. Oxford: Oxford University Press, pp. 731-870, 2012.

ROMANO, Cesare P. R. **A Taxonomy of International Rule of Law Institutions**. In: Journal of International Dispute Settlement, Vol 2, pp. 241-277, 2011.

SANTOS, Bruno Carazza dos; VOLPINI, Felipe Neiva. **Sistema de Solução de Controvérsias da Organização Mundial do Comércio**. In: OLIVEIRA, Bárbara da Costa; SILVA, Roberto Luiz (org.). Manual de Direito Processual Internacional. São Paulo: Saraiva, pp. 68-73, 2012.

SHAWN, Malcon. **International Law**. 6ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

SCELLE, Georges. **Théorie et Pratique de La Fonction Exécutive en Droit International**. Recueil de Cours de L'Académie de Droit International, tomo 55, pp. 87-202, 1936.

TZANAKOPOULOS, Antonios. **Domestic Courts in International Law: the International Judicial Function of National Courts**. In: Loy. L.A. International and Comparative Law Review. v. 34, n. 1., pp. 133-168, 2011.

VASCONCELOS, Raphael Carvalho. **Teoria do Estado e Unidade do Direito Internacional: Domesticando o Rinoceronte**. Belo Horizonte: Arraes, 2016.

VERDROSS, Alfred. **O fundamento do direito internacional**. In: Revista de Direito Internacional, Brasília, v. 10, n. 2, pp. 1-33, 2013.