

THIAGO CARVALHO BORGES

**Relação heterárquica entre o direito internacional e o direito interno dos
Estados**

Tese de Doutorado
Orientador: Prof. Dr. Wagner Menezes

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
São Paulo – SP
2020**

THIAGO CARVALHO BORGES

**Relação heterárquica entre o direito internacional e o direito interno dos
Estados**

Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, na área de concentração Direito Internacional, sob a orientação da Prof. Dr. Wagner Menezes

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
São Paulo - SP
2020**

Nome: BORGES, Thiago Carvalho

Título: Relação heterárquica entre o direito internacional e o direito interno dos Estados

Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito.

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

A Daniela, Theo e Bento, com amor.

AGRADECIMENTO

A decisão de fazer o Doutorado em Direito Internacional na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo demorou muitos anos. E, ao contrário do que se poderia esperar, o desafio foi enfrentado quando as condições se apresentaram mais adversas. Com um filho recém-nascido, escritório de advocacia em pleno funcionamento, outro curso de doutorado em andamento, além da docência, meu primeiro agradecimento vai para meu orientador, professor e amigo Dr. Wagner Menezes pela confiança, estímulo e muitas lições. Ter cursado a disciplina “Fundamentos do Direito Internacional Contemporâneo” sob sua condução foi um divisor de águas na minha formação docente. Também preciso agradecer imensamente a minha esposa, Daniela de Andrade Borges pelo amor e companheirismo e pelo inestimável apoio nas faltas que fiz durante as viagens semanais a São Paulo por três semestres, além dos muitos finais de semana que estive ausente de casa, trabalhando na pesquisa e na elaboração da tese. Agradeço aos meus filhos, Theo e Bento, pelo carinho e por serem as pessoas que dão sentido a tudo que eu faço na vida. Agradeço a minha sócia de escritório, Camila Martins, não só por ser sempre amiga e companheira, mas também colaboradora nos momentos de aperto. Agradeço a meus amigos professores baianos, Geovane Peixoto, Wálber Carneiro e Uirá Azevedo, pelos livros emprestados e pelas trocas de ideias essenciais no amadurecimento da pesquisa. Agradeço ainda Ana Carolina Mascarenhas e Fernando Leal, da Faculdade Baiana de Direito, pelo apoio nesses anos. Agradeço aos professores do Programa de Pós-Graduação do Largo São Francisco, aos colegas das disciplinas cursadas e, em especial, aos amigos do grupo de orientandos do professor Dr. Wagner Menezes pelo apoio e gentileza de sempre. Agradeço a Marize Pitta pelo trabalho de revisão ortográfica do texto e a Fernanda, minha secretária, pela sua ajuda cotidiana. E, por fim, agradeço aos meus pais, Ângela e Mineiro, e ao meu irmão, João, pelo apoio, estímulo e amor, e por serem as bases que permitiram que eu chegasse até aqui.

Eu não espero pelo dia
Em que todos
Os homens concordem
Apenas sei de diversas
Harmonias bonitas
Possíveis sem juízo final...
(Caetano Veloso, "Fora da Ordem")

RESUMO

A aceleração das interações comunicativas dos sistemas jurídicos territorializados com os sistemas sociais da sociedade mundial intensificou a importância da relação entre o direito internacional e o direito interno dos Estados. Estas distintas ordens jurídicas se relacionam de maneira heterárquica, não havendo sobreposição de uma ordem sobre a outra. No momento da aplicação do direito, uma abertura cognitiva deve permitir o reconhecimento, como parte do direito, de todas as normas jurídicas válidas existentes na programação do sistema. Propõe-se a observar como a estrutura do direito positivo promove o entrelaçamento das diferentes ordens jurídicas existentes, por meio de pontes de transição e de acoplamentos operativos. Por meio de uma metodologia dialética, considerou-se o atual estado de coisas, na teoria e na prática, da hierarquia nas relações entre o direito interno e o direito internacional para contrapor uma perspectiva heterárquica e apresentar uma síntese conclusiva. O estudo permitiu demonstrar os limites de uma consideração subordinativa de uma ordem sobre as demais e como este modelo tem dado respostas inconsistentes e insatisfatórias. Foi observado como a percepção da racionalidade transversal entre as diferentes ordens jurídicas pode contribuir a tomada de decisões mais adequadas às expectativas criadas pelo direito na sociedade. Concluiu que a consideração da relação heterárquica entre o direito internacional e o direito interno dos Estados tem amparo no direito positivo e proporciona melhores resultados práticos ante os desafios trazidos pela complexidade da sociedade.

Palavras-chave: Direito Internacional; Direito Interno; Relação Heterárquica; Racionalidade Transversal; Heterarquia.

ABSTRACT

The acceleration of the communicative interactions between territorialized legal systems and social systems of world society has intensified the importance of the relationship between international law and the domestic law of states. These different legal orders are heterarchically related, with no overlap of one order over another. At the time of law enforcement, a cognitive openness must enable the recognition of all valid norms as part of the legal system program. It proposes to observe how the structure of the positive law promotes the interpenetration of the different existing legal orders through transition bridges and operative couplings. Through a dialectical methodology, considered the current state of affairs, in theory and in practice, the hierarchy in the relationship between domestic law and international law to counter a heterarchical perspective and present a conclusive synthesis. The study has demonstrated the limits of a subordinate consideration of one order over the others and how this model has given inconsistent and unsatisfactory answers. It was observed how the perception of the transverse rationality between the different legal orders can contribute to more adequate decision making to meet the expectations created by the law in society. It concluded that the heterarchical relationship between international law and domestic law of states is supported by positive law and provides better practical results in the face of the challenges brought about by the complexity of society.

Keywords: International Law; Domestic Law; Heterarquical Relation; Transverse Rationality; Heterarchy.

RÉSUMÉ

L'accélération des interactions communicatives entre les systèmes juridiques territorialisés et les systèmes sociaux de la société mondiale a intensifié l'importance des relations entre le droit international et le droit interne des États. Ces ordres juridiques distincts sont liés de manière hétérarchique, sans chevauchement d'un ordre sur un autre. Au moment de l'application des lois, une ouverture cognitive doit permettre la reconnaissance de toutes les normes valides dans le cadre du programme du système juridique. Il propose d'observer comment la structure du droit positif favorise l'entrelacement des différents ordres juridiques existants à travers des ponts de transition et des couplages opérationnels. À travers une méthodologie dialectique, nous avons considéré l'état actuel des choses, en théorie et en pratique, de la hiérarchie dans les relations entre le droit interne et le droit international pour contrer une perspective hétérarchique et présenter une synthèse concluante. L'étude a montré les limites d'une considération subordonnée d'un ordre par rapport aux autres et comment ce modèle a donné des réponses incohérentes et insatisfaisantes. Il a été observé comment la perception de la rationalité transversale entre les différents ordres juridiques peut contribuer à une prise de décision plus adéquate pour répondre aux attentes créées par le droit dans la société. Il a conclu que la relation hétérarchique entre le droit international et le droit interne des États est étayée par le droit positif et fournit de meilleurs résultats pratiques face aux défis posés par la complexité de la société.

Mots-clés: Droit International; Droit interne; Relation hétérarchique; Rationalité transversale; Hétérarchie.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Ac. – Acórdão

AC – Apelação Cível

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

AGNU – Assembleia Geral das Nações Unidas

CDI – Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas

Cf. – conferir

CF – Constituição da República Federativa do Brasil

CIDH – Comissão Interamericana de Direitos Humanos

CIJ – Corte Internacional de Justiça

CJ – Conflito de Jurisdição

CNUDM – Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar

coord. – coordenador ou coordenadora

CPJI – Corte Permanente de Justiça Internacional

CR – Carta Rogatória

CtIDH – Corte Interamericana de Direitos Humanos

CTN – Código Tributário Nacional

CVDT/69 – Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, de 1969

DJ – Diário de Justiça

DJe – Diário de Justiça eletrônico

ed. – editor ou editora

eds. – editores ou editoras

HC – *habeas corpus*

ICJ – International Court of Justice

ICTY – International Criminal Tribunal for ex-Yugoslavia

ILA – International Law Academie

ILC – International Law Commission of United Nations

j. – julgado

LINDB – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro

MI – Mandado de Injunção

Min. – Ministro

n. – número

OAS – Organisation of American States
OEA – Organização dos Estados Americanos
OIT – Organização Internacional do Trabalho
OMC – Organização Mundial do Comércio
OMI – Organização Marítima Internacional
OMS – Organização Mundial da Saúde
ONU – Organização das Nações Unidas
Op.Cit. – *opere citato*
org. – organizador ou organizadora
orgs. – organizadores ou organizadoras
p. - página
PCIJ – Permanent Court of International Justice
PIDCP – Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos
pp. – páginas
RE – Recurso Extraordinário
Rel. – Relator
RESP – Recurso Especial
RT – Revista dos Tribunais
STF – Supremo Tribunal Federal
STJ – Superior Tribunal de Justiça
TCU – Tribunal de Contas da União
TJE – Tribunal de Justiça Europeu
TPI – Tribunal Penal Internacional
Trad. – tradutor ou tradutora
TSE – Tribunal Superior Eleitoral
UNCLOS – United Nations Convention on the Law of the Sea
UNESCO – Organização das Nações Unidas para Educação, Ciência e Cultura
UNGA – United Nations General Assembly
v. – *versus*
Vol. – Volume
WTO – World Trade Organization

LISTA DE CASOS

Supremo Tribunal Federal (Brasil) – STF

STF, Pedido de Extradicação n. 07, de 1913.

STF, AC n. 9.587-DF, Rel. Min. Lafayette de Andrade, j. 21.08.51, DJ 18.10.51.

STF, CJ n. 4.663/SP, Rel. Min. Eloy da Rocha, j. 17.05.68, DJ 13.02.69.

STF, RE n. 71.154/PR, Rel. Min. Oswaldo Trigueiro, j. 04.08.71, DJ 27.08.71.

STF, RE n. 66.501-MT, Rel. Min. Djaci Falcão, Primeira Turma, j. 14.12.71.

STF, RE n. 69.873/PE, Rel. Min. Amaral Santos, Primeira Turma, j. 11.11.71, p. 15.03.72.

STF, RE n. 80.171/GB, Rel. Min. Cordeiro Guerra, Segunda Turma, j. 21.03.75.

STF, RE n. 82.583/SP, Rel. Min. Thompson Flores, Segunda Turma, j. 17.02.76, DJ 24.09.76.

STF, RE n. 80.856/SP, Rel. Min. Moreira Alves, Segunda Turma, j. 27.08.76, p. 08.10.76.

STF, RE n. 84.502/RJ, Rel. Min. Moreira Alves, em j. 01.10.76.

STF, RE n. 83.437/SP, Rel. Min. Moreira Alves, Segunda Turma, j. 27.08.76, DJ 08.10.76.

STF, RE n. 80.004/SE, Rel. Min. Xavier Albuquerque, j. 01.06.77, DJ 29.12.77.

STF, RE n. 109.173. Rel. Min. Carlos Madeira. Segunda Turma. DJ de 27.03.87.

STF, Rp n. 803. Rel. Min. Djaci Falcão. Pleno. DJ de 17.03.78.

STF. MC na ADI n. 1.480. Rel. Min. Celso de Mello, j. 04.09.97.

STF, CR n. 8.279 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 17.06.98, DJ 10.08.2000.

STF, AgrRegCR n. 8.279, DJ 10.08.2000.

STF, RE n. 222.368, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, j. 30.04.2002, DJe 20.05.2002.

STF, HC n. 85.237. Rel. Min. Celso de Mello. Pleno. DJ 29.04.2005.

STF, HC n. 86.634. Rel. Min. Celso de Mello. Segunda Turma. DJ 23.02.2006.

STF, HC n. 88.359. Rel. Min. Cezar Peluso. Segunda Turma. DJ 09.03.2007.

STF, MI n. 772-1 RJ, Rel. Min. Celso de Mello, j. 24.10.07.

STF, HC n. 92.569. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Primeira Turma. DJe 25.04.2008.

STF, HC n. 95.464. Rel. Min. Celso de Mello. Segunda Turma. DJe 13.03.2009.

STF. MI n. 772 AgR, voto do rel. min. Celso de Mello, j. 24.10.2007 e DJe 20.03.2009.

STF, RE n. 466.343/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 03.12.2008 e DJe 05.06.2009.

STF, HC n. 93.503. Rel. Min. Celso de Mello. Segunda Turma. DJe 07.08.2009.

STF, RHC n. 83.810. Rel. Min. Joaquim Barbosa. Pleno. DJe 23.10.2009.

STF, HC n. 98.579. Rel. Min. Celso de Mello. Segunda Turma. DJe 30.04.2010.

STF, RHC n. 103.546, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 14.04.2011.
STF, AP n. 470, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 17.12.2012.
STF, RE n. 578.543-MT, Rel. Min. Teori Zavaski, Pleno, j. 15.05.2013, p. 27.05.2014.
STF, RE n. 597.368-MT, Rel. Min. Teori Zavaski, Pleno, j. 15.05.2013, p. 27.05.2014.
STF, ADI n. 4.424, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 09.02.2012, DJe 01.08.2014.
STF, RE n. 603.616/RO, Min. Rel. Gilmar Mendes, j. 05.11.2015.
STF, RE n. 881.864, Rel. Min. Marco Aurélio, 1ª Turma, j. 18.04.2017, DJe 10.10.2017.
STF, ADI n. 3.937-SP, Rel p/ ac. Min. Dias Toffoli, Pleno, DJe 01.02.2019.
STF, ADI n. 3.060-RJ, Rel. Min. Rosa Weber, DJe 01.02.2019.
STF, ADI n. 3.470-RJ, Rel. Min. Rosa Weber, DJe 01.02.2019.
STF, ADI n. 3.470-RJ, Rel. Min. Rosa Weber, DJe 01.02.2019.

Corte Internacional de Justiça (Nações Unidas) – CIJ

CIJ, *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Advisory Opinion)*. ICJ Report, 15, 1951.
CIJ, *Nottebohm (Liechtenstein v Guatemala) (Preliminary Objection)*. ICJ Report, 111, 1953.
CIJ, *Fisheries Case (United Kingdom v Norway)*. ICJ Report, 116, 1951.
CIJ, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain) (Preliminary Objections)*. ICJ Report, 6, 1964.
CIJ, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain) (Second Phase)*, opinion individuelle de M. Morelli. ICJ Report, 3, 1970.
CIJ, *Nuclear Tests (Australia v France)*. ICJ Report, 253, 1974.
CIJ, *Nuclear Tests (New Zealand v France)*. ICJ Report, 457, 1974.
CIJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v United States of America) (Jurisdiction and Admissibility)*. ICJ Report, 392, 1984.
– *(Merits)*. ICJ Report, 14, 1986.
CIJ, *Applicability of the Obligation to Arbitrate*, ICJ Report 1988.
CIJ, *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (United States of America v Italy)*. ICJ Report, 15, 1989.
CIJ, *Delimitation of Maritime Boundary Between Guinea-Bissau and Senegal (Guinea-Bissau v Senegal)*. ICJ Report, 1989.
CIJ, *Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United Kingdom)*. ICJ Report, 1992.
CIJ, *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary v Slovakia)*. ICJ Report, 7, 1997.

CIJ, *LaGrand (Germany v United States of America) (Provisional Measures)*. ICJ Report, 9, 1999.

– (*Judgment*). ICJ Report, 466, 2001.

CIJ, *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v Nigeria, Equatorial Guinea intervening)(Preliminary Objections)*. ICJ Report, 275, 1998.

– (*Judgment*). ICJ Report, 303, 2002.

CIJ, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory (Advisory Opinion)*. ICJ Report, 136, 2004.

CIJ, *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v France)*. ICJ Report, 177, 2008.

CIJ, *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v Democratic Republic of the Congo)*, ICJ Report, 639, 2010.

CIJ, *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v Uruguay)*. ICJ Report, 14, 2010.

CIJ, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v Italy: Greece intervening)*. ICJ Report, 99, 2012.

CIJ, *Certain Questions concerning Diplomatic Relations (Honduras v. Brazil)*), em <https://www.icj-cij.org/en/case/147>.

CIJ, *Jadhav Case (India v. Pakistan)*. Julgado em 17 de julho de 2019, disponível na Internet em <https://www.icj-cij.org/files/case-related/168/168-20190717-JUD-01-00-EN.pdf>, acessado em 11 de novembro de 2019.

Corte Permanente de Justiça Internacional – CPJI

CPJI, *SS 'Wimbledon'*. PCIJ Report, Series A, n. 1, 29, 1923.

CPJI, *Certain German Interests in Polish Upper Silesia*. PCIJ Report, series A, No. 7, 1925.

CPJI, *Lotus (France v Turkey)*. PCIJ Report, Series A, n. 10, 1927.

Tribunal Internacional Criminal para a ex-Iugoslávia – ICTY

ICTY, *Prosecutor v Furundžija (Trial Chamber)*. IT-95-17/1-T, 1998.

ICTY, *Prosecutor v Tadić (Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction) (Appeals Chamber)*. IT-94-1, 1995.

– (*Final Judgment*) (*Appeals Chamber*). IT-94-1-A, 1999.

– (*Allegations of Contempt Against Prior Counsel, Milan Vujin*) (*Appeals Chamber*) IT-94-1-A-AR77, 2001.

Corte Interamericana de Derechos Humanos – CtIDH

CtIDH, *Effect of Reservations on the Entry into Force of the American Convention (Advisory Opinion)*, Ser A n. 2, 1982.

CtIDH, *Almonacid Arellano et al v Chile*, Ser C n. 154, 2006.

CtIDH, *Julia Gomes Lund y Otros (Guerrilha do Araguaia) v. Brasil*. Caso 11.552. sentença de 26 de março de 2009.

CtIDH, *Trabajadores cesados del Congreso v. Peru*. Medidas Provisionales de 24 de novembro de 2010.

CtIDH, *Cabrera García e Montiel Flores v. México*. Serie C No. 220, Sentencia de 26 de novembro de 2010.

CtIDH, *Caso Barrios Altos v. Peru*. Sentença de 14 de março de 2014

CtIDH, *Vladimir Herzog e outros v. Brasil*. Caso 12.879. Sentença de 22 de abril de 2016.

Tribunal de Justiça Europeu – TJE

TJE, *Van Gend en Loos c. Netherlands Inland Revenue Administration*, Case 26-62, ECR, Sentença de 05 de fevereiro de 1963.

TJE, *Costa v ENEL*, Case n. 6/64, ECR, Sentença de 15 de junho de 1964.

TJE, *Internationale Handelsgesellschaft*, Case n. 11/70, ECR, 1970.

TJE, *Amministrazione delle Finanze dello Stato c. Simmenthal Spa*, de 09 de março de 1978, Processo 106/771978.

TJE, *Acórdão Francovich e O.*, de 19 de novembro de 1991, Processos C-6/90 e C-9/90.

Outras Jurisdições

Reports of International Arbitral Awards, *Alabama Claims*, 1872. Disponível na Internet em http://legal.un.org/riaa/cases/vol_XXIX/125-134.pdf, acesso em 11 de novembro de 2019

Supreme Court (Estados Unidos da América), *Reid v Covert*, 354, US 1, 1957.

WTO, Appellate Body, *Shrimp/Turtle (India et al. vs. USA)*, 6 de novembro de 1998. Corte de Arbitragem Desportiva (*Court of Arbitration for Sport – CAS*), n. 4A_318/2018.

TCU, Ac. 539/2015, Rel. Min. Augusto Sherman, j. 18.03.2015.

TSE, Registro de Candidatura Nº 0600903-50.2018.6.00.0000. Voto do Min. Luiz Edson Fachin. Vencido. J. 1º de setembro de 2018.

TSE, Registro de Candidatura Nº 0600903-50.2018.6.00.0000. Rel. Min. Roberto Barroso, j. 04 de setembro de 2018, p. PSESS – Mural Eletrônico 05 de setembro de 2018.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	18
2 A HETERARQUIA NO SISTEMA DO DIREITO	23
2.1 CONCEPÇÕES DE SISTEMA JURÍDICO	23
2.1.1 Características do sistema jurídico em Mario G. Losano	28
2.1.2 O sistema jurídico axiológico de Claus-Wilhelm Canaris	32
2.1.3 O sistema jurídico em Niklas Luhmann	34
2.2 AS NORMAS JURÍDICAS E OS PLANOS DE EXISTÊNCIA, DE VALIDADE E DE EFICÁCIA	41
2.3 A VALIDADE DAS NORMAS JURÍDICAS NA DOCTRINA DE KELSEN	45
2.3.1 Relação entre existência, validade e eficácia	47
2.3.2 A compreensão de Hans Kelsen a partir de L. Wittgenstein I e L. Vilanova	48
2.4 A VALIDADE DA NORMA JURÍDICA NA DOCTRINA DE H. L. A. HART	52
2.4.1 A compreensão de H. L. A. Hart a partir de L. Wittgenstein II	55
2.4.2 Crítica de Ronald Dworkin à doutrina positivista	57
2.5 A VALIDADE DAS NORMAS NO POSITIVISMO CONTEMPORÂNEO	58
2.6 A VALIDADE DO DIREITO NA TEORIA DOS SISTEMAS SOCIAIS	66
2.6.1 As relações do sistema do direito com o ambiente	68
2.6.2 O sistema jurídico na sociedade mundial	71
2.7 HIERARQUIA E HETERARQUIA NOS SISTEMAS JURÍDICOS	73
2.7.1 Hierarquia	75
2.7.2 Heterarquia	77
3 O DIREITO INTERNACIONAL COMO SISTEMA NORMATIVO	80
3.1 O PARADIGMA DA COEXISTÊNCIA	82
3.1.1 Os precursores do direito internacional moderno	83
3.1.2 A primeira sistematização do direito internacional	87
3.1.3 O direito internacional do século XIX	93
3.1.4 O idealismo internacional	98
3.1.5 Doutrinas negadoras dos fundamentos do direito internacional	99
3.2 PARADIGMA DA COOPERAÇÃO: COMPLEXIDADE, FRAGMENTAÇÃO E UNIDADE DA ORDEM INTERNACIONAL	104

3.2.1	Cooperação internacional	108
3.2.2	Fragmentação e unidade do direito internacional	115
3.2.3	Fundamento do direito internacional	120
3.3	O DIREITO INTERNACIONAL COMO UM SISTEMA	129
3.3.1	A dimensão positiva do sistema jurídico internacional	131
3.3.2	Programação e operação do sistema internacional	137
3.3.3	A autopoiese da ordem jurídica internacional	141
4	A RELAÇÃO ENTRE O DIREITO INTERNACIONAL E O DIREITO INTERNO DOS ESTADOS	144
4.1	TEORIA DUALISTA	144
4.1.1	As relações entre o direito interno e o direito internacional	146
4.2	TEORIA MONISTA	151
4.2.1	Crítica de Triepel ao Monismo	154
4.3	DOUTRINAS MODERADAS E CONCILIATÓRIAS ENTRE O DUALISMO E O MONISMO	155
4.4	RELAÇÕES ENTRE DIREITO INTERNACIONAL E DIREITO INTERNO NO BRASIL	160
4.4.1	Construção jurisprudencial da relação entre o direito internacional e o direito brasileiro no Supremo Tribunal Federal	161
4.4.2	Construção doutrinária sobre a aplicação do direito internacional no Brasil	178
4.5	DOUTRINAS CONTEMPORÂNEAS DA RELAÇÃO ENTRE A ORDEM JURÍDICA INTERNA E O DIREITO INTERNACIONAL	189
5	RELAÇÃO HETERARQUICA ENTRE DIREITO INTERNACIONAL E DIREITO INTERNO	198
5.1	RELAÇÃO HETERÁRQUICA ENTRE AS NORMAS DE DIREITO INTERNO E DE DIREITO INTERNACIONAL	205
5.1.1	Consideração heterárquica do direito interno no centro da ordem jurídica internacional	208
5.1.2	Consideração heterárquica do direito internacional na ordem jurídica interna ..	216
5.2	AS PONTES DE TRANSIÇÃO E A SISTEMATICIDADE DO DIREITO	228
5.3	O DIREITO INTERNACIONAL NO CENTRO DA ORDEM JURÍDICA INTERNA ..	236
5.4	A RACIONALIDADE TRANSVERSAL NAS RELAÇÕES INTER-SISTÊMICAS ...	239
5.5	ABERTURA COGNITIVA E ENTRELAÇAMENTOS POSSÍVEIS	246

5.5.1 Os tratados internacionais e os direitos e garantias fundamentais na Constituição brasileira.....	248
5.5.2 As reservas como pontes de transição.....	251
5.5.3 A questão da prisão perpétua e a cooperação com o Tribunal Penal Internacional.....	255
5.5.4 A vedação da candidatura de Luiz Inácio Lula da Silva	258
5.5.5 A questão do uso de amianto no Brasil.....	263
6 CONCLUSÃO.....	267
REFERÊNCIAS	272

1 INTRODUÇÃO

A adversidade das condições sociais do surgimento dos Estados soberanos, ainda em tempos medievais, tornou a formação do direito internacional moderno uma necessidade. As incertezas das relações políticas internacionais exigiram que as expectativas de comportamento dos Estados fossem estabilizadas na forma de normas jurídicas, de maneira que fosse possível algum nível de previsibilidade das decisões. A formação de um sistema jurídico internacional se consolidou com a sucessão ininterrupta de eventos que permitiu a comunicação por meio de descrições das operações de seletividade ante a complexidade do mundo. A intensificação das relações entre os Estados no século XIX provocou uma expansão da seleção dos elementos que integram o sistema do direito internacional, passando a convergir com as expectativas de comportamento criadas pelas ordens jurídicas internas dos Estados. Com isso, a ciência do direito passou a observar e a descrever a relação entre o direito interno dos Estados e o direito internacional, de modo a compreender o funcionamento do sistema do direito.

As primeiras teorias acerca da aplicação do direito internacional nos órgãos de decisão das ordens jurídicas internas se dividiram em dois lados: os que enxergavam uma multiplicidade de sistemas jurídicos distintos e os que entendiam que o sistema do direito é único. Doutrinas posteriores buscaram conciliar, ou moderar, as diferenças entre o dualismo e monismo, mas todas descrevem a relação entre as normas do direito interno e as do direito internacional de forma hierárquica, isto é, como se fosse possível uma antecipação da prevalência da norma de uma ordem jurídica sobre a estrutura normativa da outra ordem com fundamento apenas na fonte do direito. A partir da segunda metade do século XX, a aceleração das comunicações do sistema do direito com o ambiente da sociedade mundial intensificou as demandas por expectativas de comportamento dos Estados, o que tornou as respostas baseadas em uma relação hierárquica entre a ordem jurídica interna e a ordem jurídica internacional limitadas e insuficientes.

Em decorrência dessa mudança, a complexidade interna do sistema do direito passou a ser observada em algumas descrições que desconsideram os arranjos hierárquicos e procuram encontrar nas estruturas normativas existentes soluções mais satisfatórias para as expectativas criadas pelo sistema do direito na sociedade. Dessa maneira, a descrição de uma relação heterárquica entre a ordem jurídica interna dos Estados e o direito internacional parte da premissa da unicidade do sistema do direito, mas não ignora a multiplicidade de ordens jurídicas que compõe no entorno interno do sistema. Como o Estado é uma organização da

sociedade que atua como sujeito tanto no âmbito interno territorializado quanto nas relações internacionais, a diversidade das expectativas de comportamento que é criada pelas diferentes ordens jurídicas gera a necessidade de uma abertura cognitiva voltada para uma interação comunicativa capaz de fornecer respostas adequadas. Esta pesquisa pretende demonstrar como a ordem jurídica interna dos Estados se relaciona heterarquicamente com o direito internacional na dinâmica das operações da programação do sistema do direito.

Cada ordem jurídica desenvolve, em suas estruturas internas, elementos sensíveis às irritações que vêm do entorno e criam ressonâncias na “esfera pública” interna do sistema. Essa comunicação poderá induzir mudanças nas operações intrassistêmicas e, com isso, permitir sua evolução. A abertura cognitiva deve permitir que as ordens jurídicas reajam aos acontecimentos da sociedade, interrompendo sua própria circularidade e permitindo a introdução de novos condicionamentos que servirão como atualização. A complexidade do sistema tem sempre dois lados: um, já determinado nas estruturas normativas das ordens jurídicas, e outro, ainda indeterminado. As operações do sistema têm a função de determinar o ainda indeterminado e de regenerar, ao mesmo tempo, a indeterminação. A positivação do direito nas diferentes ordens jurídicas do entorno interno do sistema estabelece a diferença entre o determinado e o indeterminado, limitando as possibilidades intrínsecas das operações.

A compreensão da relação heterárquica entre a ordem jurídica interna e a internacional encontra grandes desafios na contemporaneidade decorrentes da reminiscência de uma percepção estadocêntrica do direito. De um modo geral, as doutrinas constitucionalistas bloqueiam a interlocução do direito interno com a ordem jurídica internacional por meio do símbolo da supremacia da constituição, reforçando a reprodução de arranjos hierárquicos. A conveniência prática dessa construção nas operações do centro das ordens jurídicas internas, que aumenta o poder das instituições locais pelo domínio do conhecimento do direito constitucional, limita a capacidade de aprendizado com a interação com outras ordens jurídicas.

Do ponto de vista internacional, a descrição da heterarquia é dificultada pela restrição das pontes de transição existentes na estrutura normativa positiva da ordem internacional. A tendência à sobreposição das ordens jurídicas gera entraves para os entrelaçamentos necessários para a manifestação de uma racionalidade transversal capaz de fornecer respostas às demandas da sociedade. A autoimposição da ordem jurídica internacional é confrontada com os limites democráticos de criação da sua estrutura normativa, o que é utilizado como defesa pelos Estados quando os interesses nacionais se encontram limitados pelas expectativas criadas na sociedade internacional.

Com isso, a ausência de uma autoridade central na ordem internacional termina por facilitar a tomada de decisões dos Estados no contrafluxo dos sentidos das expectativas de comportamento emanadas do direito, sob o argumento da soberania. O aumento progressivo da desigualdade social e econômica entre os povos se reflete na diferença das possibilidades de enfrentar a interdependência entre os Estados, que é empiricamente observável na sociedade internacional. Desse modo, a aplicação do direito internacional, na prática, encontra diferentes graus de receptividade, conforme a maior ou menor capacidade de imposição da vontade soberana nas relações internacionais. A consideração de uma relação heterárquica da ordem jurídica interna com a internacional visa evitar que esses obstáculos impeçam que o funcionamento do sistema do direito atenda às demandas da sociedade por expectativas de comportamento congruentes.

O objetivo geral do trabalho é analisar a relação entre a ordem jurídica interna dos Estados e o direito internacional nas operações do sistema do direito. Para isso, será preciso responder a algumas questões. Como evitar o isolamento das diferentes ordens jurídicas do sistema do direito? Como a relação heterárquica pode lidar com as decisões atomizadas com fundamento na soberania dos Estados? É possível estabelecer uma abertura cognitiva das ordens jurídicas sem implicar a fragmentação do sistema do direito e na sua corrupção pela linguagem de outros sistemas sociais? Qual a função da validade no sistema do direito? Como a racionalidade transversal pode operar na transição dos sentidos de uma ordem jurídica para a outra?

A metodologia utilizada no trabalho é a dialética, por meio de um processo de análise, síntese e sistematização. Como se propõe a discutir um estado de coisas estabelecido na doutrina atual, a análise dos assuntos, necessariamente, passará pela apresentação da tese, com a proposição de sua antítese para se chegar a uma síntese e, ao final, à sistematização das conclusões. As premissas essenciais encontram-se calcadas em uma compreensão do direito a partir do positivismo jurídico em sentido estrito, admitindo uma abertura para a interlocução entre as ordens jurídicas de uma perspectiva da teoria dos sistemas sociais, considerando o sistema do direito funcionalmente diferenciado dos demais sistemas da sociedade mundial. Nesse campo, considera-se como periferia do sistema as estruturas normativas que estão em constante interação comunicativa com o ambiente, proporcionando a sua atualização. As estruturas normativas contêm a programação que será aplicada nas operações do direito. As operações são as tomadas de decisão que diferenciam o direito do que não é direito e aplicam o binômio que caracteriza o sistema, a diferença entre comportamento lícito e ilícito. As operações acontecem no centro do sistema, onde estão as estruturas institucionais

responsáveis pela tomada das decisões. O reconhecimento da pluralidade de ordens jurídicas no entorno interno do sistema do direito implica a aceitação da multiplicidade de centros de decisão.

O segundo Capítulo trabalha conceitos essenciais para a compreensão do tema. Inicialmente, são estudadas algumas diferentes concepções de sistema utilizadas pela doutrina para explicar e compreender o funcionamento do direito. A seguir, uma abordagem do direito a partir de um viés positivista orienta a passagem de doutrinas clássicas para visões mais adaptadas às demandas sociais contemporâneas, com especial enfoque na questão da validade e sua relação com a existência e a eficácia dos elementos componentes do sistema do direito. Ao final, é apresentado o conceito de heterarquia, pouco trabalhado na ciência do direito, sem que sua utilização implique uma exclusão da noção de hierarquia, sendo mais correta a percepção de uma relação de complementariedade.

No terceiro Capítulo é explicado como o direito internacional se organiza na forma de um sistema funcional na sociedade. Desde a transição da Idade Média para a Modernidade, o processo de formação dos Estados exigiu a formação de um conjunto de normas que garantisse um nível de estabilidade capaz de permitir a sua consolidação como forma de organização da sociedade. A sistematização dessa estrutura normativa foi descrita por doutrinas clássicas que observaram, essencialmente, as operações das relações internacionais. Com a expansão da sociedade internacional, o sistema do direito incorporou, progressivamente, à programação do direito internacional diversas demandas da sociedade, o que resultou em uma transformação de toda a ordem jurídica internacional, tanto no plano normativo quanto no institucional, exigindo novas seleções para lidar com o aumento da complexidade.

O quarto Capítulo demonstra como neste cenário de transformações as relações entre o direito internacional e a ordem jurídica interna se tornaram mais evidentes e passaram a ser descritas pela doutrina. O aspecto prático dessas relações é observado a partir da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no Brasil e suas repercussões na doutrina internacionalista local. Por fim, são apresentadas algumas doutrinas mais sensíveis às transformações da sociedade contemporânea que fazem uma observação de segunda ordem sobre os fenômenos jurídicos conectados com mais de uma das ordens jurídicas do entorno interno do sistema do direito, com melhores condições de lidar com a complexidade do ambiente.

No quinto Capítulo, a relação heterárquica entre a ordem jurídica interna e a internacional é tratada de maneira completa, com a preocupação de observar a dupla face das

interações comunicativas no entrelaçamento das estruturas normativas. Neste sentido, tanto as pontes de transição da ordem jurídica interna quanto as que são identificadas na ordem jurídica internacional são amplamente exploradas e abrem as possibilidades para que o funcionamento do sistema do direito ofereça respostas mais adequadas para as demandas da sociedade. Para tanto, será visto como a observação heterárquica da pluralidade de ordens jurídicas do entorno interno do sistema do direito viabiliza uma racionalidade transversal nas operações decorrentes dos entrelaçamentos inter-sistêmicos. Como forma de expor a aplicação, tanto teórica quanto prática da relação heterárquica entre o direito interno e o direito internacional, algumas situações abstratas e concretas são trabalhadas no fechamento do Capítulo.

Ao final, as conclusões pretendem sintetizar as respostas que foram desenvolvidas no decorrer do texto, de maneira a trazer uma contribuição para a ciência do direito. Tais respostas precisam estar alinhadas com os desafios da complexidade da sociedade contemporânea, notadamente diante de uma realidade em constante transformação, que produz e reproduz demandas sociais continuamente, exigindo uma aceleração na capacidade de atualização da programação do sistema do direito. Essa atualização, contudo, não pode ser feita à mercê das pressões advindas do ambiente, sem considerar os limites positivados no direito, para garantir o equilíbrio nas relações de poder na sociedade. É nesse sentido que se pretende demonstrar a consistência teórica e as vantagens práticas de uma abordagem heterárquica das relações entre o direito interno e o direito internacional.

2 A HETERARQUIA NO SISTEMA DO DIREITO

Neste Capítulo serão explicados alguns conceitos essenciais para a evolução do trabalho. Primeiramente, é necessário adotar uma noção de sistema do direito que permita observar a interação comunicativa entre as ordens jurídicas existentes na sociedade mundial. A seguir, serão estudadas diferentes formas de compreender a validade no direito, que é um conceito utilizado para operar bloqueios das interfaces de interação entre as ordens jurídicas, mas pode ser utilizado como uma chave para os entrelaçamentos possíveis. O tratamento da validade das normas jurídicas é essencial para compreender a diferença entre a organização hierárquica e a heterárquica no funcionamento do sistema do direito positivo.

2.1 CONCEPÇÕES DE SISTEMA JURÍDICO

A palavra “sistema” é polissêmica e tem sido utilizada na teoria e na prática do direito em sentidos diversos e diversificados. Dentre as várias definições de sistema que se podem encontrar na língua portuguesa, a que melhor atende aos objetivos desta pesquisa é de uma estrutura que se organiza em conjuntos de unidades que podem se relacionar em dois eixos: o eixo que estabelece relações por características semelhantes e o eixo que as distribue em dependência hierárquica ou em um arranjo funcional¹.

Em uma das mais famosas obras de teoria do direito, Hans Kelsen define a ordem jurídica como um sistema de normas². A seleção dos elementos que compõem a estrutura do sistema é determinada pelo símbolo da validade. Nesse sentido, uma norma jurídica ou é válida ou não é válida. O verdadeiro fundamento de validade das normas seria sempre decorrente de normas pressupostas porque tidas como certas. Com isso, a validade de uma norma derivaria sempre de uma norma, e não de um fato. A procura do fundamento reporta-se sempre a outra norma da qual a primeira precisa ser derivada. Neste esquema, a norma será considerada como “fundamental” quando a sua validade não derivar de uma norma superior, sendo ela a última.

¹ No dicionário Houaiss online, na Internet em <https://houaiss.uol.com.br/pub/apps/www/v3-3/html/index.php#1>, acessado em 30 de agosto de 2019.

² KELSEN, **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996; KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Trad. Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 161. Para Losano, o sistema jurídico proposto por Kelsen é o primeiro modelo preciso e completo de um sistema interno (LOSANO, **Sistema e Estrutura no Direito**. Vol. I: **das origens à escola histórica**. Trad. Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 83).

Por esta razão, o sistema jurídico kelseniano é formado por normas que advêm, no limite, de uma mesma norma fundamental, compondo uma ordem de normas. O teste de pertencimento de uma norma a um sistema de normas é feito pela verificação da relação entre a origem de sua validade e a norma fundamental que constitui a ordem³. Assim, enquanto no plano da linguagem o fundamento de verdade de um enunciado de “ser” seria a sua conformidade com a realidade; o fundamento de validade de uma proposição de “dever ser” será uma pressuposição, pois dependerá de sua conformidade com uma norma pressuposta como sendo definitivamente válida⁴, ou seja, uma norma fundamental que servirá como fundamento último de validade de todo o sistema.

A teoria pura do direito diferencia a teoria jurídica estática, que “tem por objeto o Direito como um sistema de normas em vigor”, da teoria jurídica dinâmica, que “tem por objeto o processo jurídico em que o Direito é produzido e aplicado”⁵. Já na obra “Teoria Geral do Direito e do Estado”, Kelsen afirma que existem sistemas estáticos e dinâmicos. O direito seria um sistema dinâmico de normas, pois a norma fundamental estabelece uma autoridade que tem o poder de conferir a outras autoridades o poder de criar normas. As normas inferiores são criadas por atos de vontade dos indivíduos que foram autorizados a criar normas por alguma norma superior. A autorização é uma delegação, logo, a norma fundamental de um sistema dinâmico é a regra básica de acordo com a qual devem ser criadas as normas do sistema. Assim, uma norma faz parte de um sistema dinâmico na medida em que tenha sido criada a partir de uma autoridade cujo poder de criar normas tenha sido determinado pela norma fundamental.

Como, para Kelsen, “o Direito é sempre Direito positivo” e “a norma fundamental de uma ordem jurídica é a regra postulada como definitiva, de acordo com a qual as normas dessa ordem são estabelecidas e anuladas”, pode-se concluir que, para integrar o sistema, a norma jurídica precisa ter sido criada por um ato de vontade de uma autoridade legitimada pela norma fundamental, e, para ser válida, seu conteúdo deve ser compatível com a norma fundamental⁶. Afinal, “a norma fundamental de uma ordem jurídica positiva nada mais é que a regra básica de acordo com a qual as várias normas da ordem devem ser criadas”⁷.

³ KELSEN, Op. Cit., 1998, p. 163

⁴ VILANOVA, Lourival. **As Estruturas Lógicas e o Sistema de Direito Positivo**. 4. ed. São Paulo: Noesis, 2010.

⁵ KELSEN, Op. Cit., 1996, p. 80.

⁶ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão dominação**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 105.

⁷ KELSEN, Op. Cit., 1996, p. 166-167.

Kelsen afirma que a incompatibilidade do conteúdo da norma com algum valor moral ou político não permite questionar a sua validade, já que a validade da norma jurídica decorre do fato de ter sido criada de acordo com uma regra previamente definida por uma norma superior. No entanto, ele pondera que “as normas particulares da ordem jurídica não podem ser logicamente deduzidas a partir da norma fundamental”⁸. Elas serão criadas por um ato específico de vontade, não podendo ser concluídas a partir de uma premissa e por meio de uma operação intelectual. Logo, ainda que fosse possível conhecer a norma fundamental, o sistema normativo como um todo não poderia ser deduzido a partir dela, como um exercício de coerência lógica. O sistema jurídico é, então, contingente, já que diversas são as ordens jurídicas possíveis a partir da norma fundamental, sendo a vontade da autoridade legitimada por esta norma o fator determinante de quais serão as normas que integrarão o sistema.

Partindo desta premissa, considerando que exista uma norma fundamental aplicável a toda a humanidade, na ordem jurídica interna dos Estados, o poder constituinte seria a autoridade legitimada para estabelecer a constituição como norma matriz de um sistema jurídico estatal, que, considerada válida, à luz da norma fundamental em seu conteúdo, designará a autoridade legitimada responsável pela construção do conjunto de normas jurídicas internas que serão produzidas ou recepcionadas. Como não é possível deduzir logicamente as normas particulares a partir da norma fundamental e, considerando as constituições dos Estados como normas particulares decorrentes das manifestações de autodeterminação dos povos nos processos constituintes, pode-se concluir que todas aquelas constituições produzidas por um poder constituinte, considerado legitimado em conformidade com a norma fundamental, serão constituições válidas e aptas para servirem como vértice da estrutura normativa interna de um Estado soberano⁹.

De acordo com Kelsen, sem a pressuposição de validade da norma fundamental, nenhum ato humano poderia ser interpretado como ato jurídico e, especialmente, como ato criador do Direito. Com isso, “a constatação de que a norma básica realmente existe na consciência jurídica é o resultado de uma simples análise de enunciados jurídicos concretos”¹⁰. Pelo princípio da legitimidade, as normas jurídicas criadas por uma autoridade legitimada pela norma fundamental permanecem válidas enquanto não forem invalidadas da maneira que a própria ordem jurídica estabelece. Mas uma ordem normativa poderia perder a sua validade quando a realidade não mais correspondesse a ela, pois sua validade dependeria

⁸ KELSEN, Hans. “Law, State and Justice in the Pure Theory of Law” in **The Yale Law Journal**, Vol. 57, No. 3, Jan., 1948, p. 382.

⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 159-161.

¹⁰ KELSEN, Op. Cit., 1996, p. 170.

da concordância com a realidade, isto é, a sua eficácia. Assim, “a eficácia da ordem jurídica como um todo é uma condição necessária para a validade de cada norma individual da ordem”¹¹.

Bobbio afirma que é difícil admitir que o ordenamento de tipo dinâmico, como sustentado por Kelsen, seja considerado um “sistema”. Ele questiona se pode existir ordem entre as normas de um ordenamento jurídico, se o critério de pertinência for puramente formal, ou seja, se disser respeito não à conduta que elas regulam, mas unicamente ao modo como elas foram postas. Então, a seguir, indaga se da autoridade delegada pode emanar qualquer norma, e, até mesmo, uma norma contrária a uma norma emanada por outra autoridade igualmente delegada. Conclui, então, que não se pode falar em sistema, em ordem ou em totalidade, em um conjunto de normas em que duas normas contraditórias fossem consideradas, ao mesmo tempo, legítimas. Assim, Bobbio critica a ideia do ordenamento jurídico como um sistema dinâmico meramente formal porque, para julgar o contraste entre duas normas, seria necessário examinar o seu conteúdo, não bastando apenas observar o atendimento dos critérios formais¹².

Bobbio admite a existência de três significados de sistema. O primeiro seria o dedutivo, quando todas as normas seriam derivadas de princípios gerais. O segundo seria o sistema indutivo da jurisprudência sistemática, que parte do conteúdo mais simples das normas com a finalidade de construir conceitos sempre mais gerais. Neste segundo caso, indica a evolução da noção de negócio jurídico, mais estreita, para a de relação jurídica, mais ampla. O significado de sistema adotado por Bobbio, no entanto, é aquele que parte do princípio da inexistência de incompatibilidades entre as normas que o compõem. Assim, diante de uma incompatibilidade normativa, uma ou ambas as normas devem ser eliminadas, garantindo a coerência do sistema¹³.

Losano assume que sistema é o conjunto das demonstrações que dizem respeito aos elementos que o compõem, cuja ordem se estabelece pela exposição de cada um deles com base na maior ou menor simplicidade de sua demonstração¹⁴. A concepção do direito como um sistema verdadeiro, externo e interno, depende da demonstração de seu princípio, do

¹¹ KELSEN, Op. Cit., 1996, p. 174.

¹² BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral do Direito**. 3. ed. Trad. Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 234.

¹³ BOBBIO, Op. Cit., 2010, p. 234-240.

¹⁴ LOSANO, Op. Cit., Vol. I, 2008, p. 101.

qual são deduzidas as suas proposições¹⁵. No sistema externo, a unificação do sistema se dá a partir de um princípio que, para Immanuel Kant, teria um caráter teleológico, direcionando todas as partes para uma finalidade suprema, interna ao próprio sistema.

Kant relaciona a noção de “ideia”, como um “fim capital da razão”, com a existência de um “esquema”, como uma ordenação, que, surgido em consequência da ideia, resulta em uma “unidade arquitetônica”. A ciência surge de uma esquematização arquitetada que só é possível devido à “afinidade das partes e à sua derivação de um único fim supremo e interno”. Logo, a relação entre as proposições de um sistema deriva da existência de um mesmo fim, intrínseco a ele e cuja supremacia é condição de existência do todo que se esboça como idealização¹⁶. A filosofia pós-kantiana indica que o fundamento último do sistema seria a consciência e, neste caso, a unitariedade do sistema teria um caráter etiológico¹⁷. Portanto, neste ponto de evolução das discussões sobre o sistema externo, sua estrutura dedutiva não estava em questão; o problema estava em determinar o princípio do qual se origina o sistema.

A noção geral de sistema é a de uma “totalidade” coordenada de elementos. Estrutura é o nexos existente entre as partes de um sistema. Não existe sistema sem estrutura, nem estrutura sem sistema¹⁸. Segundo Lambert, sem se referir ao direito, no interior de um sistema encontram-se quatro elementos: as “partes” diversamente unidas umas com as outras; as “forças conectivas”, que unem as partes entre si ou as partes com o todo; o “nexo comum”, que transforma a união das partes em totalidade; e o “escopo” a que o sistema está preordenado¹⁹. Para Losano, em apertada síntese, o sistema jurídico externo é resultado de uma dedução lógica, por meio de uma cadeia de associações, fruto do trabalho do jurista. Indica, portanto, um método expositivo como uma representação da matéria jurídica. Trata-se

¹⁵ O sistema externo descreve a ordenação lógica da estrutura, enquanto o sistema interno se refere à descrição do conteúdo da estrutura (LOSANO, Op. Cit. 2008, p. XIX; LOSANO, **Sistema e Estrutura no Direito**. Vol. II: O século XX. Trad. Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. XXX).

¹⁶ Kant afirma que “para se realizar, a ideia tem necessidade de um esquema, isto é, de uma pluralidade e de uma ordenação das partes que sejam essenciais e determinadas a priori segundo o princípio definido pelo seu fim. O esquema, que não for esboçado segundo uma ideia, isto é, a partir de um fim capital da razão, mas empiricamente segundo fins que se apresentam acidentalmente (cujo número não se pode saber de antemão), dá uma unidade técnica. Mas aquele que surge apenas em consequência de uma ideia (onde a razão fornece os fins a priori e não os aguarda empiricamente) funda uma unidade arquitetônica. O que designamos por ciência não pode surgir tecnicamente, devido à analogia dos elementos diversos ou ao emprego acidental do conhecimento in concreto a toda a espécie de fins exteriores e arbitrários, mas sim arquitetonicamente, devido à afinidade das partes e à sua derivação de um único fim supremo e interno, que é o que primeiro torna possível o todo; e o seu esquema deve conter, em conformidade com a idéia, isto é, a priori, o esboço (*monogramma*) do todo e a divisão deste nos seus membros e distingui-lo de todos os outros com segurança e segundo princípios”. (KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. Lisboa: Gulbenkian, 2001, A 833, B 861).

¹⁷ LOSANO, Op. Cit., Vol. I, 2008, p. 136-137.

¹⁸ LOSANO, Op. Cit., Vol. I, 2008, p. 221.

¹⁹ LAMBERT, Johann Heinrich. **Logische und philosophische Abhandlungen** apud LOSANO, Mario G., Ob. Cit., Vol. I, 2008, p.122.

da descrição de noções que são, primeiramente, apropriadas para, depois, serem comunicadas. Os elementos do sistema externo são as proposições descritivas. A “totalidade” é o resultado das proposições que descrevem certo ordenamento jurídico, unidas por um nexo lógico. A ideia de sistema externo representa o que se costuma chamar de ciência jurídica. Já o sistema interno seria aquele que pode ser deduzido de princípios. Ele representa o conhecimento e a descrição do nexo interno entre os elementos do sistema, que são proposições prescritivas. A noção de “totalidade” se refere às normas jurídicas de determinada ordem jurídica, unidas por um nexo especificamente jurídico. Por isso, o sistema interno é aquilo que designa o que costuma chamar de direito²⁰.

O que difere os dois tipos de sistemas é o objeto da sistematização. O sistema externo tem a estrutura como *terminus ad quem*, ou é o fim para o qual tende a atividade do jurista, para facilitar a aprendizagem ou a compreensão da matéria. Neste caso, a tarefa do jurista é a descoberta e a demonstração do nexo entre as várias partes, portanto, da estrutura do sistema. No sistema interno, a estrutura é *terminus a quo*, já que a atividade do jurista parte dele para produzir o seu resultado²¹. Logo, a existência e o conhecimento desses nexos são os pressupostos da atividade do jurista.

Lambert explica que, do ponto de vista interno, um sistema precisa ter as seguintes características: compatibilidade entre cada parte e compatibilidade entre as forças conectivas e as partes vinculadas; constância do sistema, ou seja, a sua capacidade de perdurar no tempo; e unidade, isto é, o fato de que as partes se pressupõem, exigem-se e se atraem reciprocamente. O sistema externo apresenta um fundamento, algumas regras sistemáticas e uma forma ou aspecto. A grande contribuição que Lambert deu à noção de sistema externo foi a de que existem tantos fundamentos quantos são os sistemas. Logo, a busca de um fundamento cada vez mais amplo para abarcar todos os sistemas seria inútil²².

2.1.1 Características do sistema jurídico em Mario G. Losano

De acordo com Losano, a noção de sistema jurídico externo depende da relação entre o subconjunto dos axiomas com o subconjunto dos teoremas²³. No subconjunto dos

²⁰ LOSANO, Op. Cit., Vol. II, 2010.

²¹ LOSANO, Op. Cit., Vol. I, 2008, p. 221.

²² LAMBERT, Op. Cit. *apud* LOSANO, Op. Cit., Vol., 2008, p. 123.

²³ No sistema do direito, os axiomas são os princípios, considerados como mandamentos de otimização, que ordenam que algo seja realizado em máxima medida em relação às possibilidades jurídicas; os teoremas são as regras, como normas que prescrevem uma consequência jurídica definitiva, ou seja, atendidos os seus pressupostos, ordenam, proibem, autorizam ou permitem algo (ALEXY, Robert. **Conceito e Validade do**

axiomas estão os pontos de partida indiscutíveis e no subconjunto dos teoremas estão as conclusões que se pode extrair dos axiomas a partir da dedução lógica. Neste sentido, “as normas jurídicas de um determinado ordenamento cumprem a função de subconjunto dos axiomas, ao passo que o subconjunto dos teoremas é constituído pelas proposições que descrevem essas normas jurídicas”²⁴. De acordo com essa noção de sistema, no direito, os axiomas funcionam como princípios que devem atender aos seguintes requisitos: coerência, completude e independência. No entanto, o requisito da coerência não se mostra essencial no sentido de se permitir que existam incoerências dentro do sistema, ainda que elas devam ser evitadas. Já os requisitos da completude e da independência devem ser necessariamente observados, como se verá.

A ideia de coerência significa que os princípios devem ser, na medida do possível, compatíveis entre si²⁵. As incoerências no subconjunto dos axiomas (subconjunto A) geram incoerências no subconjunto dos teoremas (subconjunto T), tornando o sistema inutilizável para fins científicos. Havendo coerência no subconjunto A, a contradição entre dois teoremas revelaria um erro, já que um dos teoremas em conflito não seria reconduzível a nenhum dos axiomas do subconjunto A. A única explicação seria um erro de dedução.

Em caso de incompatibilidade entre normas do mesmo ordenamento, Bobbio apresenta como solução, não a queda de todo o sistema, mas de uma das duas normas incompatíveis, ou, no máximo, das duas normas, preservando-se o sistema²⁶. Para Losano, em toda estrutura normativa deveria existir uma norma implícita que proibisse antinomias: os destinatários seriam o legislador (proibido de produzir normas antinômicas) e os juízes (que deveriam resolver as antinomias). Considerando que o sistema do direito contém ordens jurídicas distintas, pode-se concluir, de acordo com essas premissas, que existem princípios de direito interno e princípios de direito internacional. Em relação a cada uma das ordens jurídicas, os princípios precisariam ser coerentes entre si. Deve-se observar que alguns princípios do sistema jurídico internacional são também integrados ao sistema jurídico interno, como a noção de soberania, que é um ponto de partida essencial de qualquer dos sistemas centrados no Estado. No entanto, há princípios do sistema jurídico interno que não encontram correspondentes no sistema jurídico internacional, e vice-versa. Logo, os teoremas formulados a partir dos princípios de direito interno podem, eventualmente, colidir com os

Direito. Ernesto Garzón Valdés; Hartmut Kliemt; Lothar Kuhlen; Ruth Zimmerling (org.). Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2018, p. 85).

²⁴ LOSANO, Op. Cit., Vol. I, 2008, p. 252.

²⁵ LOSANO, Op. Cit., Vol. I, 2008, p. 252.

²⁶ BOBBIO, Op. Cit., 2010, p. 239.

teoremas formulados segundo os princípios de direito internacional. O problema acontece quando os teoremas formulados na ordem jurídica internacional tendem a produzir uma eficácia jurídica que seja contraditória com aquela que produziria um teorema formulado a partir de princípios da ordem jurídica interna. Esta é uma situação que precisa ser resolvida no momento da tomada de decisão, resolvendo o paradoxo criado pela existência de uma incoerência.

Existem situações em que tanto as normas de direito internacional como as normas de direito interno podem ser deduzidas de princípios da ordem jurídica internacional, como acontece com as normas protetivas de direitos individuais, como a vedação da aplicação da pena de morte, que reflete o princípio da proteção da vida humana. Esta situação será especialmente mais comum quando se referir a um princípio internacional que seja reconhecido na estrutura da ordem jurídica doméstica. Mas é comum acontecer que sejam deduzidas normas (teoremas) internas diretamente de princípios internacionais em razão do paradigma da cooperação internacional, que modifica os fundamentos dos Estados inseridos na sociedade mundial.

A completude do sistema significa que o subconjunto dos axiomas (subconjunto A) deve ser configurado de modo tal que dele possam ser deduzidas todas as proposições do subconjunto dos teoremas (subconjunto T) e, simetricamente, que no subconjunto T não deve figurar nenhum teorema que não seja deduzível de um axioma do subconjunto A²⁷.

No caso de um processo de criação de uma ordem jurídica interna, a composição dos princípios não pode ser toda definida pela autoridade constituinte estatal. A complexidade da sociedade impõe o reconhecimento da existência de princípios que decorrem das relações com outros Estados e que, portanto, fogem ao absoluto do poder constituinte. A completude da ordem jurídica demandará a dedução de proposições a partir de princípios e teoremas que serão estabelecidos em razão das relações internacionais, observado como uma ordem jurídica internacional. Um Estado não pode decidir, unilateralmente, quais os princípios que irão se aplicar às relações com os outros Estados e com os demais atores da sociedade internacional. Assim, ainda que o poder constituinte deduza proposições de direito internacional, estas deverão, necessariamente, estar relacionadas com os princípios reconhecidos na ordem jurídica internacional. A completude se refere apenas ao subconjunto dos axiomas (princípios), já que nem todos os teoremas (proposições) precisam ser deduzidos para que o

²⁷ LOSANO, Op. Cit., Vol. I., 2008, p. 255.

sistema exista, podendo alguns deles permanecer implícitos até o momento em que uma circunstância fática venha a exigir a sua dedução.

Se se estabelece que os princípios de um ordenamento positivo constituem o subconjunto A, não é legítimo deduzir teoremas de outros princípios, por exemplo, os decorrentes do direito natural ou de preceitos éticos ou de origem religiosa. Se, por outro lado, fica estabelecido que o subconjunto A é composto por normas de origem divina ou natural, o subconjunto T resultaria em um sistema jusnaturalista. A tomada de posição ideológica em relação ao subconjunto A (decisão extra-sistemática) é determinante para o tipo de sistema que se pretende criar. A técnica construtiva será sempre a mesma – seguindo a pureza metodológica de Kelsen, que rejeita considerar axiomas/princípios estranhos aos escolhidos e não admite as proposições que não sejam reconduzíveis a eles.

A independência dos axiomas, como princípios, quer dizer que um axioma não deve depender de outro, pois o subconjunto A precisa ser reduzido à forma mais simples possível. Os princípios devem ser as normas elementares de um sistema jurídico. Assim, quando a ordem jurídica interna se vale de um princípio da ordem jurídica internacional, ele não estará deduzindo o seu axioma do axioma internacional, mas estará adotando como interno o mesmo axioma internacional. Os princípios são independentes entre si, mas um mesmo princípio pode estar presente tanto no sistema da ordem jurídica interna como no sistema da ordem jurídica internacional. Nesse sentido, a independência dos princípios é fundamental para garantir a identidade do próprio sistema.

A soberania dos Estados é essencial para a identidade da ordem jurídica internacional, em contraposição a outros sistemas normativos de caráter mundial, nos quais a premissa da soberania não é essencial, como no sistema de saúde ou no sistema de tecnologia. Nestes, a soberania é apenas um dado de fato que não é determinante para a produção de normas de conduta. Também na ordem jurídica interna dos Estados a soberania é um princípio essencial, pois é a partir dele que se manifestam a jurisdição e o poder da autoridade central de produzir as normas jurídicas que darão estrutura ao sistema²⁸. Da perspectiva de um ente despersonalizado na ordem jurídica internacional, como um grupo armado insurgente, a soberania não é uma premissa de formação do sistema normativo, já que os teoremas serão deduzidos a partir de outras fontes de legitimação da autoridade que não a soberania.

²⁸ Shapiro afirma que “legal rules are themselves generalized plans, or planlike norms, issued by those who are authorized to plan for others” (SHAPIRO, Scott J. **Legality**. Cambridge/Londres: Belknap Press of Harvard University Press, 2011, p. 155).

Assim, a independência dos axiomas de um sistema normativo se mostra um requisito essencial para identificá-lo e diferenciá-lo de outros sistemas normativos. É importante ainda para garantir a independência do próprio sistema em questão, já que não admite que seus teoremas sejam deduzidos a partir de outros axiomas de sistemas distintos.

Dos requisitos do sistema jurídico proposto por Losano, a completude e a independência são considerados essenciais. A coerência lógica entre os teoremas, embora desejável, poderá ser superada por um arranjo argumentativo capaz de garantir uma compatibilidade a partir da preservação dos fundamentos, das funcionalidades e das finalidades do sistema, considerado como um todo orgânico e em constante transformação e adaptação.

2.1.2 O sistema jurídico axiológico de Claus-Wilhelm Canaris

A proposta de Claus-Wilhelm Canaris de sistema jurídico interno parte das premissas kantianas de unidade e ordenação²⁹ dos sistemas, recusando a característica da completude. No caso do direito, sua estrutura deve confirmar a existência de uma unidade e de uma ordem para se configurar como um sistema voltado para a realização do postulado da justiça, concretizado no princípio da igualdade. Isso significa que o sistema do direito tem uma abertura para os valores e sua função consiste em realizar o próprio direito por sua aplicação aos casos concretos³⁰.

A ordem do sistema seria, então, essencial para garantir a aplicação do princípio da igualdade, enquanto a unidade preveniria as contradições decorrentes da fragmentação de decisões baseadas na equidade, representando uma tendência generalizadora da justiça. O sistema do direito, então, configura-se como uma ordem axiológica de princípios jurídicos gerais. Assim, ao aplicar o direito, o juiz deve partir da estrutura positivada para encontrar os valores do sistema, mantendo-se coerentes com eles em todas as suas decisões³¹.

A forte influência que Canaris sofre da Jurisprudência dos Valores pode ser constatada na semelhança de sua concepção de sistema com a doutrina de Karl Larenz, para quem o sentido do direito está orientado pelo princípio da justiça, como uma pretensão de retidão³². A contraposição ao formalismo jurídico levou à proposição de um sistema aberto,

²⁹ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Gulbenkian, 2002, p. 9-12.

³⁰ LOSANO, Op. Cit., Vol. II, 2010, p. 320.

³¹ CANARIS, Op. Cit., 2002, p. 66-68.

³² LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3. ed. Lisboa: Gulbenkian, 1997, p. 138.

em que o juiz tem liberdade para buscar, em valores que ele considere compatíveis com o ordenamento, as respostas para as questões que não estejam resolvidas no direito positivo. Como o sistema é incompleto, em razão das transformações constantes da sociedade, sua insuficiência é suprida pela apreciação dos valores presentes na sociedade pelo órgão de decisão na solução dos casos concretos.

O sistema jurídico de Canaris é estruturado por um ordenamento derivado da ideia de justiça, de natureza valorativa, portanto, cuja finalidade é a realização dos valores essenciais da vida em sociedade³³. Na construção da ordem, o legislador deve reproduzir racionalmente esses valores na forma de normas jurídicas, que estarão sujeitas à correção pelos aplicadores do direito nas operações concretas. A unidade do sistema se reproduz na conexão interior de valores singulares múltiplos na direção de alguns valores fundamentais, considerados como princípios constitutivos e gerais do sistema³⁴. A passagem da noção de valor para a de princípio tem um sentido prático, na medida em que o princípio detém um maior grau de concretização, que permite extrair uma previsão e uma consequência jurídica. A determinação dos princípios do sistema é empírica³⁵, de modo que novos princípios constitutivos do sistema podem ser reconhecidos sem implicar o surgimento de um novo sistema.

Deste modo, a validade do direito no sistema axiológico encontra fundamentos fora do direito positivo, pois decorreria da ideia de direito³⁶ ou da natureza das coisas, na medida em que os princípios constitutivos não precisam decorrer das normas positivas, nem por elas legitimados. Como as normas em contradição com o sistema são consideradas nulas, a validade do direito não depende exclusivamente das normas que integram a sua estrutura. Os critérios de definição dos princípios seriam decorrentes de uma compreensão histórica da ideia de direito mediada por uma consciência jurídica geral³⁷. Canaris, entretanto, observa uma circularidade na prática, uma vez que a obtenção do direito a partir do funcionamento do sistema deve ser conjugada com a formação plena do sistema apenas pela obtenção do direito³⁸, o que permite notar uma perspectiva de fechamento operativo.

³³ Sobre a conexão entre moral e direito, Otfried Höffe assevera que sistemas normativos que não atendem a determinados critérios de justiça não podem ser considerados como ordenamentos jurídicos (HÖFFE, Otfried. **Justiça Política**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 160-162).

³⁴ CANARIS, Op. Cit., 2002, 76-77.

³⁵ LOSANO, Op. Cit., Vol. II, 2010, p. 327.

³⁶ RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 119. Alexy afirma que “todo sistema jurídico implica uma pretensão à correção” (ALEXY, Op. Cit., 2018, p. 42).

³⁷ CANARIS, Op. Cit., 2002, p. 121-123.

³⁸ Idem, p. 188.

2.1.3 O sistema jurídico em Niklas Luhmann

Na teoria dos sistemas proposta por Niklas Luhmann, o direito se apresenta como sistema social funcionalmente diferenciado como produto de interpretações dos textos normativos em vigor, tendo como resultado as “teorias do direito”. Tais teorias são o produto da auto-observação do sistema jurídico, que representam os esforços para se chegar a uma consistência conceitual, tendo em vista uma verificação de princípios, conceitos ou regras de decisão. Na teoria geral do direito, o conceito de norma é indispensável, como um conceito básico que é definido por si mesmo, em sentido de autorreferência, pois “a norma prescreve o que deve ser”³⁹. Por outro lado, o conceito de fato é também relevante, como aquilo que é julgado ou avaliado como desviante ou conforme o “dever ser” da norma.

As diversas ordens jurídicas do sistema do direito operam a partir da programação estabelecida pelas normas jurídicas, que não podem ser deduzidas dos fatos, nem descritas como fatos. É preciso, no entanto, reconhecer que o sistema do direito se insere em uma sociedade mundial. Isto possibilita a observação de uma cultura jurídica mundial que, ao mesmo tempo, deixa ampla margem de manobra para as diferenças a serem estabelecidas nas ordens jurídicas estatais e também dispõem sobre valores segundo seus próprios parâmetros. Os elementos do sistema são os eventos que induzem as operações que resultam em decisões – fontes normativas, processos e instituições, como órgãos decisórios e de imposição das decisões. Estes elementos formam a estrutura do sistema, como uma descrição dos padrões que são reproduzidos nas operações, o que é possibilitado pela seletividade e pela redundância⁴⁰. A função dos tribunais, por exemplo, é a de processar as expectativas normativas por serem os órgãos com competência para decidir. Como as decisões são as operações do sistema, as noções de vigência e de positividade do direito estão diretamente ligadas a elas. Por isso, os órgãos decisórios se situam no centro do sistema, como responsáveis pelo seu fechamento operacional, estando menos suscetíveis às irritações do ambiente. Na periferia da estrutura do sistema estão as fontes normativas (estrutura normativa), cujo conteúdo constitui a programação que orienta a aplicação do código binário do direito (lícito/ilícito) nas operações, e estão em uma posição de constante irritação pelos

³⁹ LUHMANN, Niklas. **O Direito da Sociedade**. Trad. Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016a, p. 14-15.

⁴⁰ LADEUR, Karl-Heinz. **The Theory of Autopoiesis as an Approach to a Better Understanding of Postmodern Law: From the Hierarchy of Norms to the Heterarchy of Changing Patterns of Legal Interrelationships**. EUI Working Paper n. 99/3, San Domenico: European University Institute, 1999, p. 11.

influxos comunicativos provenientes dos outros sistemas sociais parciais⁴¹, implicando a abertura cognitiva do sistema do direito. A estrutura normativa de uma ordem jurídica, com a qual a ciência do direito precisa lidar como objeto, é complexa – porque estabelece uma seleção entre as relações possíveis dentre os elementos do sistema –, incompleta – porque a própria seleção das relações sempre termina por excluir elementos que influenciam as decisões e poderiam fazer parte do sistema – e incoerente – porque plural e, com isso, é construída de diversos pontos de observação.

De acordo com Luhmann, o conceito de complexidade é complexo, pois a distinção que constitui a complexidade tem a forma de um paradoxo como a unidade de uma multiplicidade. No caso dos sistemas sociais parciais, como o sistema do direito, a unidade complexa é constituída de vários elementos que se unem em várias relações. Com isso, a diversidade qualitativa de um sistema só é possível mensurar quando se quantificam os elementos e as relações que se estabelecem entre eles. Quando as relações se multiplicam geometricamente pelo aumento do número de elementos, o sistema cresce. A forma da complexidade, portanto, é encontrada no limite das possibilidades de entrelaçamento entre os elementos do sistema⁴². No sistema do direito, a forma da complexidade será a totalidade das estruturas normativas existentes, incluindo princípios, regras, instituições etc., que é objeto da ciência do direito.

Os sistemas, no entanto, evoluem no sentido de limitar a capacidade de enlace dos seus elementos, criando compensações para as perdas de relação que decorrem disso. Assim, nem todas as relações possíveis entre os elementos compõem a forma que o sistema adquire. Como as relações se dão por meio da comunicação, pode-se concluir que toda ordem identificável que se baseia em uma complexidade poderia ser descrita de diversas maneiras, conforme a perspectiva do observador. A forma da complexidade decorrerá, portanto, da necessidade de manter relações seletivas entre os elementos, o que vem a ser a organização seletiva da *autopoiesis* do sistema⁴³. Dessa maneira, no sistema do direito, a estrutura criada pelo conjunto de normas representa apenas uma das possíveis descrições das possibilidades de

⁴¹ Luhmann afirma que “las irritaciones surgen de una confrontación interna de acontecimientos (en un primer momento no especificados) con posibilidades propias, sobre todo con estructuras estabilizadas, con expectativas. Por tanto no existe ninguna irritacion que provenga del entorno del sistema, ni ninguna transferencia de irritacion del entorno al sistema. Siempre se trata de una construccion propia del sistema, de una autoirritacion – naturalmente que posterior a influjos provenientes del entorno” (LUHMANN, Niklas. **La Sociedad de la Sociedad**. Trad. para o espanhol Javier Torres Nafarrate. Cidade do México: Herder, 2006, p. 87).

⁴² LUHMANN, Op. Cit., 2006, p. 101-102. Cf. NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009; VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **Teoria dos Sistemas e o Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009.

⁴³ LUHMANN, Op. Cit., 2006, p. 103.

enlace entre os elementos que compõem o suporte fático das possíveis operações do sistema. Esta descrição, no entanto, não é estática e está sujeita a modificações a partir de novas interações comunicativas dentro do sistema ou com o ambiente social, que podem acrescentar ou excluir elementos ou transformar seus enlaces, resultando em novas descrições⁴⁴.

A incompletude é perceptível a partir de uma observação de segunda ordem, que é capaz de identificar uma parcela de realidade social excedente ao sistema racionalizado de proposições normativas. Trata-se do “hiato entre o Direito que é e o Direito que deveria ser, para ser mais justo”, na expressão de Vilanova⁴⁵.

A expansão do direito pelo reconhecimento progressivo de novos direitos, que antes não eram juridicamente tutelados, permite uma conclusão de que a auto-observação do direito, limitada ao que já foi introduzido no sistema, não é capaz de enxergar os direitos (ainda) não jurídicos. Mas a evolução do sistema é garantida por uma abertura cognitiva promovida pela interação comunicativa de determinados elementos de sua estrutura que operam na periferia do sistema em sintonia com outros sistemas sociais, o que permite a assimilação de demandas externas e, conseqüentemente, a atualização da programação⁴⁶. Dentre esses elementos estão os direitos fundamentais, as normas de *soft law*⁴⁷ e as obrigações internacionais *erga omnes*. O reconhecimento da incompletude é essencial para evitar o engessamento do sistema do direito diante das transformações no ambiente social onde o direito está inserido e, também, daquelas que ocorrem para além da própria sociedade, como as mudanças climáticas e o avanço da tecnologia digital.

A incoerência da estrutura do sistema do direito é empiricamente verificável em nível da linguagem. Como afirma Juan Ramón Capella, este é um fato que não exclui sua própria natureza e que pode acontecer⁴⁸. Essa inconsistência, que se encontra no objeto do conhecimento, transfere-se para a ciência do direito, ao descrever proposições do sistema considerando válidas normas N e não-N.

O reconhecimento, pela ciência, dessa contradição entre o conteúdo das normas, entretanto, não compromete o sistema. O tipo de contradição que comprometeria o funcionamento do sistema seria a ciência afirmar que a norma N é válida e, ao mesmo tempo, que a norma N não é válida, pois essas proposições são excludentes de acordo com a lógica

⁴⁴ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Direito Ambiental e Sustentabilidade**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 34-40.

⁴⁵ VILANOVA, Op. Cit., 2010, p. 174-175.

⁴⁶ Simioni explica que “a ordem em qualquer sistema autopoiético não é produzida no exterior, mas sim a partir da reorganização contínua da sua própria ordem interna” (SIMIONI, Op. Cit., 2006, p. 97).

⁴⁷ SOARES, Guido Fernando Silva. **Curso de Direito Internacional Público**. Vol. 1. São Paulo: Atlas, 2002, p. 129.

⁴⁸ CAPELLA, Juan Ramón. **El derecho como lenguaje**. Barcelona: Ariel, 1968, p. 64.

do sistema⁴⁹. Assim, a infração da “lei da não contradição sobre proposições normativas” por um sistema normativo não o invalida, já que a incompatibilidade interna não compromete sua existência, que se baseia na sua validade e na sua eficácia global em face da realidade sobre a qual incide. Duas normas conflitantes (N e não-N) permanecem existentes e válidas enquanto normas até que o próprio sistema, mediante algum critério normativamente estabelecido, cancele a validade de uma delas. Em suma, o sistema não se desagrega juridicamente por conter normas de valores simétricos que conservam a relação de pertinência. Isso acontece porque as ordens jurídicas são programadas por diferentes autoridades, que observam a sociedade de pontos de vista distintos. O que não é admissível é que normas contraditórias sejam aplicadas simultaneamente. Assim, o agente responsável pela operação, ao acessar a estrutura, irá optar por um dos termos alternativos de acordo com a programação do próprio sistema, não tendo motivo para excluir a norma conflitante se esta solução não estiver estabelecida normativamente no sistema⁵⁰.

Os limites do direito são determinados pelo seu objeto⁵¹, isto é, o próprio direito determina onde se encontram os seus limites. Isso significa que o direito funciona como um sistema autônomo que determina o que pertence ao direito e o que não lhe pertence. Neste sentido, Pontes de Miranda sustenta que a existência é um problema preliminar e se refere ao ser ou não ser. E afirma que “ou algo entrou ou se produziu e, pois é, no mundo jurídico; ou nele não entrou, nem se produziu dentro dele, e, pois, *não é*”⁵².

De acordo com Luhmann, uma teoria sociológica do direito tem vantagens sobre uma teoria jurídica do direito porque, enquanto esta seria uma autodescrição que obedece somente ao seu próprio sistema, aquela formula uma descrição externa, podendo trabalhar com as perspectivas incongruentes⁵³. Na medida em que as teorias jurídicas se limitam à auto-observação e à autodescrição de seu objeto, as construções teóricas da unidade do direito mais tradicionais, e que se tornaram mais influentes, postulam uma ordenação hierarquizada de modo dogmático, o que termina por não permitir uma visão paradoxal da unidade de uma multiplicidade⁵⁴. É preciso, portanto, formular uma descrição do sistema jurídico capaz de

⁴⁹ VILANOVA, Op. Cit., 2010, p. 165-166.

⁵⁰ VILANOVA, Op. Cit., 2010, p. 168-169.

⁵¹ Apesar de se recusar aqui uma determinação analítica do direito, não se pode ignorar o fato de que tudo que é dito o é por um observador. Assim, uma teoria que deixa os limites do objeto ao próprio objeto é a teoria de um observador, que irá se orientar pela distinção entre sistema e ambiente para descrevê-lo (LUHMANN, Op. Cit., 2016a, p. 20).

⁵² MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado. Parte Geral**. Tomo IV: Validade. Nulidade. Anulabilidade. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, p. 8 (grifo no original).

⁵³ LUHMANN, Op. Cit., 2016a, p. 23.

⁵⁴ LUHMANN, Op. Cit., 2016a, p. 27.

observar a multiplicidade de ordens jurídicas, ou subsistemas, que integram a estrutura do entorno interno, sem comprometer a unidade do sistema jurídico. Por esta razão, algumas premissas da teoria dos sistemas serão inicialmente estabelecidas para depois retornar a uma análise das estruturas internas do sistema jurídico.

A partir da teoria dos sistemas proposta por Luhmann, ao invés de se explicar o que é direito a partir de estruturas (normas, instituições e textos), seria preferível pensar em operações⁵⁵ que produzem a diferença entre ambiente e o sistema jurídico. A programação do sistema do direito decorre tanto da estrutura normativa, que se encontra na periferia do sistema, em contato com o ambiente, com o qual mantém interações comunicativas constantes, quanto das operações do direito, que ocorrem no centro do sistema, onde estão situadas as instituições que tomam as decisões. A observação da recursividade de tais operações permitiria o reconhecimento das operações pertencentes ao sistema, diferenciando-as daquelas que não lhe pertencem, que estariam, portanto, excluídas. As estruturas são necessárias para as operações, mas são estas, e não aquelas, que conferem realidade dinâmica ao direito.

A necessidade das estruturas decorre da complexidade, que impede a assimilação da diversidade de atrelamentos possíveis entre os elementos do sistema, o que exige uma renúncia ao completo atrelamento de todos os elementos. As estruturas permitem uma seleção dos atrelamentos praticados e esse atrelamento seletivo qualifica os elementos, o que resulta no estabelecimento das fronteiras do sistema e garante a sua diferenciação funcional. Um sistema é operativamente fechado na medida em que suas operações se produzem e reproduzem com base em sua própria rede de operações. Essa reprodução pressupõe que o sistema reconheça sua própria existência, produzindo operações ao recorrer a operações anteriores reconhecidas como pertencentes ao próprio sistema, diferenciando-se, com isso, das operações que acontecem fora dele, no ambiente. Isso não quer dizer, contudo, que o sistema seja isolado⁵⁶.

Como os sistemas autopoieticos são sistemas históricos, isto é, partem sempre do estado imediatamente anterior que eles próprios criaram, as estruturas têm valor de realidade somente quando são utilizadas para a associação de acontecimentos comunicativos – as

⁵⁵ De acordo com Luhmann, “num sentido temporal, operações são acontecimentos e, portanto, atualizações de possibilidades providas de sentido que tornam a desaparecer logo depois de realizadas”. Operações produzem estruturas e, ao mesmo tempo, as operações demandam estruturas para, de maneira circular, e por meio de referências recursivas, determinar outras operações. Luhmann conclui, então, que inexistente determinação de estrutura externa, pois toda estrutura tem de ser produzida no sistema por meio de operações providas pelo próprio sistema. Consequentemente, “somente o direito pode dizer o que o direito é” (LUHMANN, Op. Cit., 2016a, p. 66-67). Cf. NEVES, Op. Cit., 2009, p. 48, e SIMIONI, Op. Cit., 2006, p. 11.

⁵⁶ LUHMANN, Op. Cit., 2016a, p. 57-59.

normas, por exemplo, têm valor quando são referidas implícita ou explicitamente em uma decisão. As comunicações referentes ao direito têm como operações do sistema do direito sempre uma dupla função, como fatores de produção e como mantenedores de estruturas. Elas pressupõem condições de associação para outras operações, e, assim, confirmam ou modificam as limitações significativas para tal, que são identificadas nas estruturas⁵⁷.

O sistema do direito se estabelece como sistema autopoietico na medida em que suas operações se dão em observância a uma codificação binária própria do sistema, que é a atribuição dos valores lícito e ilícito aos acontecimentos que dão origem às suas operações. Este processo é condutor da diferenciação, já que o que não puder ser apreendido com esse esquema de controle lícito/ilícito não pertencerá ao direito, mas ao seu ambiente interno (outros sistemas sociais parciais da sociedade) ou externo à sociedade (situações em que não existe a comunicação). Mesmo partindo da ideia de que o sistema jurídico se diferencia com base nas suas operações, a auto-observação do direito se volta para sua estrutura, a partir da qual e sobre a qual as operações recaem. Por isso, as teorias jurídicas do direito estão voltadas para o estudo de sua estrutura, ou seja, como se organizam e se relacionam seus elementos na dinâmica de suas operações.

De um modo geral, a auto-observação e a autodescrição do sistema é realizada pelos operadores ou aplicadores do direito, como magistrados, advogados, promotores e defensores, que são agentes a que a programação confere competências decisórias ou que são dotados de *jus postulandi* perante o poder judiciário, ou mesmo aqueles que prestam algum tipo de assessoria jurídica aos agentes dos poderes legislativo e executivo. As comunicações realizadas por estes observadores nas operações da ordem jurídica interna tendem a se manter, em geral, adstritas ao significado dos textos normativos e das decisões, sem promover flexibilizações ou relativizações dos dispositivos vigentes à luz de princípios e regras de outros sistemas sociais, de imperativos éticos ou de considerações consequencialistas utilitárias ou pragmáticas. Também observam o sistema do direito os acadêmicos, que são responsáveis por realizar as descrições do direito a partir de uma observação de segunda ordem. A educação jurídica formal, nas faculdades de Direito no Brasil, de modo geral, é baseada no estudo de manuais descritivos das normas do ordenamento jurídico vigente e dos posicionamentos adotados pelos tribunais acerca destas normas em seus julgados⁵⁸. Nesse

⁵⁷ LUHMANN, Op. Cit., 2016a, p. 65-66.

⁵⁸ Evidência que pode ser colhida por uma pesquisa simples em sites de Internet sobre os livros jurídicos mais vendidos no país. Por exemplo, ver em <https://www.jota.info/carreira/livros-juridicos-mais-vendidos-2018-2-15032019>, onde se pode extrair uma tabela de Excel contendo uma lista dos 100 livros jurídicos mais vendidos em 2018.

cenário, a função do direito é normalmente apresentada como a de regulação das relações sociais e de garantia da ordem por meio do respeito à legislação.

A função do direito decorre da sua eficiência seletiva, na seleção de expectativas comportamentais que possam ser generalizadas em todas as dimensões. O direito é, assim, a estrutura de um sistema social que se baseia na generalização congruente de expectativas comportamentais normativas⁵⁹. Na sociedade, a diferença entre a frustração e a satisfação das expectativas de comportamento social é determinante para a criação de estruturas sociais⁶⁰. Como essa diferença favorece a redundância das expectativas satisfeitas, a estrutura do direito generaliza simbolicamente expectativas de expectativas, selecionando as expectativas que podem ser frustradas ao diferenciar as expectativas que, se frustradas, devem ser modificadas ou estão sujeitas a consequências de acordo com a sua programação⁶¹. Com isso, o direito não evita os conflitos, mas estabelece uma previsibilidade de suas consequências, gerando estabilidade em termos de expectativas normativas⁶². A positivação do direito acelera a comunicação de sua programação com os outros sistemas sociais parciais, que têm as suas próprias expectativas de comportamento influenciadas pelo funcionamento do direito na sociedade.

A partir do monopólio do poder político pelo Estado, assumido como forma por excelência de organização da sociedade moderna⁶³, as premissas do positivismo se consolidaram. A racionalidade na criação e na aplicação do direito foi impulsionada pelo surgimento das primeiras constituições escritas e pela codificação do direito privado em diversos países europeus e em suas antigas colônias da América. A força do Estado como centro de produção do direito se traduziu em correntes como a Escola da Exegese, na França, e a Escola Histórica, na Alemanha, que rejeitavam o jusnaturalismo e identificavam o direito positivo como único direito vigente. Assim, nos séculos XIX e XX, o positivismo se consolidou como teoria descritiva do direito, assumindo como características a separação

⁵⁹ ROCHA, Leonel Severo. “Direito, Complexidade e Risco” em **Sequência**, n. 28, junho/94, pp. 1-14, p. 10.

⁶⁰ Na educação, a satisfação ou a frustração das expectativas sobre os processos de aprendizagem são determinantes; na ciência, os testes de causa e efeito produzem a satisfação ou a frustração das expectativas; o atendimento das expectativas de compreensão é determinante para a comunicação, e, assim, em todos os sistemas sociais. Nos sistemas de expectativas cognitivas, as frustrações das expectativas exigem uma adaptação à realidade, como no sistema científico ou no tecnológico; já os sistemas de expectativas normativas, como o direito e a religião, são contrafactuais e as frustrações das expectativas resultam em operações com o objetivo de ajustar os comportamentos desviantes às expectativas.

⁶¹ Shapiro afirma que “the existence of law, therefore, reflects the fact that human beings are planning creatures, endowed with the cognitive and volitional capacities and dispositions to organize their behavior over time and across persons in order to achieve highly complex ends” (SHAPIRO, Op. Cit., 2011, p. 156).

⁶² SIMIONI, Op. Cit., 2006, p. 48-50.

⁶³ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. “Decisão, Organização e Risco: a forma da decisão jurídica para além da segurança e da legitimidade” em **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, v. 37.1, jan/jun 2017, pp. 259-279, p. 260.

entre direito e moral, o reconhecimento do direito como resultado da manifestação da racionalidade humana e a dependência de uma autoridade legitimada para a sua criação⁶⁴.

Após a Segunda Guerra Mundial, desenvolveram-se doutrinas críticas do positivismo, sob a “acusação” de que a separação entre direito e moral teria sido uma das causas do holocausto⁶⁵. No Brasil, somente com a entrada em vigor da Constituição Federal, em 1988, notou-se o avanço dessas doutrinas antipositivistas caracterizadas, em geral, pela valorização de um protagonismo do poder judiciário como meio de realização da justiça⁶⁶. A busca de um fundamento ético para a ordem jurídica ou do fim da separação entre direito e moral são características das doutrinas intituladas de neoconstitucionalistas ou pós-positivistas. Em resposta a estas doutrinas antipositivistas, novas discussões sobre as teses positivistas clássicas, principalmente de Hans Kelsen e de H. L. A. Hart e seus discípulos, iniciaram na academia brasileira, renovando o discurso positivista alimentado por um debate que se intensifica nos meios acadêmicos de todo o mundo.

A presente pesquisa se restringe a analisar o fenômeno da relação entre o direito interno e o direito internacional de uma perspectiva positivista da estrutura do sistema do direito. Partindo de uma análise das bases teóricas de Kelsen e de Hart, e passando por uma noção contemporânea do positivismo jurídico, serão analisados os conceitos centrais de existência, validade e eficácia das normas jurídicas, confrontando-os, sempre que necessário e pertinente, com doutrinas críticas, para se chegar a sínteses que serão reproduzidas como embasamento teórico nos capítulos subsequentes. A seguir, serão estudadas as formas de interação entre as normas do sistema jurídico, considerando as diferentes possibilidades de descrição de sua estrutura e do seu funcionamento.

2.2 AS NORMAS JURÍDICAS E OS PLANOS DE EXISTÊNCIA, DE VALIDADE E DE EFICÁCIA

As normas jurídicas são proposições prescritivas, como um conjunto de palavras que possuem um significado em seu todo e visam dar um comando, uma recomendação, uma

⁶⁴ DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico**: teoria da validade e da interpretação do direito. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 27.

⁶⁵ Bauman afirma que “não admira que a moralidade tenha sido uma das primeiras vítimas do tempero reducionista do positivismo lógico” (BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade e Holocausto**. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998, p. 246).

⁶⁶ O chamado “neoconstitucionalismo” é a mais aceita dessas doutrinas. Cf. BARROSO, Luís Roberto. “Os Três Papeis desempenhados pelas Supremas Cortes nas Democracias Constitucionais Contemporâneas” em **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, Vol. 20, n. 1, 2018, pp. 39-62.

advertência, de modo a influir no comportamento das pessoas e modificá-lo⁶⁷. Tais proposições são comunicadas por meio de atos e práticas que, por corresponderem aos requisitos estabelecidos em outras normas jurídicas, são considerados legítimos para produzir normas jurídicas. Assim, a norma jurídica, em si, existe no campo da linguagem, manifestando-se por meio de fatos, no sentido de acontecimentos, que são considerados pela programação do sistema do direito como suficientes e adequados para servirem como fontes do direito.

É preciso, portanto, distinguir a norma jurídica, enquanto conteúdo, do seu veículo de comunicação, o fato propulsor. Para que um determinado fato seja considerado fato jurídico, sua descrição nas operações do sistema do direito precisa corresponder à hipótese fática descrita abstratamente em uma norma jurídica, de maneira a preencher, concretamente, os elementos que compõem o suporte fático da norma. Neste plano ontológico, são separados os fatos que fazem parte e os fatos estranhos ao mundo jurídico. Assim, “assente que todo fato jurídico provém da incidência da regra jurídica em suporte fático suficiente, ser é resultar dessa incidência”⁶⁸. Pontes de Miranda distingue o plano de existência do plano de validade e do plano de eficácia dos fatos jurídicos. Primeiramente é preciso deixar claro que, passando pelo plano de existência, o fato jurídico não produzirá, necessariamente, seus efeitos, sendo esta a importância dos demais planos. Mas aquele fato que não chega a preencher os pressupostos de uma norma jurídica será considerado, por esta classificação, inexistente no sistema do direito e, conseqüentemente, não produzirá efeito algum. O que é inexistente no sistema do direito, portanto, não mobilizará, nem será considerado, nas operações da programação do sistema jurídico.

Isto não quer dizer que um fato ignorado pela programação do sistema do direito não tenha nenhuma importância para o direito. Somente em uma auto-observação limitada às estruturas do sistema do direito é que esse fato será totalmente descartado. Uma observação de segunda ordem será capaz de perceber que este fato poderá interferir em uma decisão tomada nas operações do sistema jurídico, ou pode dizer respeito a um direito não jurídico, porque ainda não reconhecido na programação do sistema. Mas, do ponto de vista da teoria do direito voltada para as estruturas internas do sistema, o fato juridicamente inexistente é um “não-ser”, logo, inapto para produzir qualquer efeito jurídico.

⁶⁷ BOBBIO, Op. Cit., 2010, p. 61-70.

⁶⁸ MIRANDA, Op. Cit., 1970, p. 8. Cf. AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio Jurídico**: Existência, Validade e Eficácia. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 23-26.

Marcos Bernardes de Mello explica que o fato é considerado como fato jurídico em razão do fenômeno da incidência da norma jurídica, que seria decorrente da identidade entre a descrição hipotética de um fato no preceito da norma (suporte fático abstrato) e a descrição do fato enquanto acontecimento do mundo real (suporte fático concreto). Em razão dessa incidência é que as situações jurídicas seriam criadas e, conseqüentemente, todas as demais categorias de efeitos jurídicos (que consistem no plano da eficácia)⁶⁹.

A programação do sistema do direito, portanto, é composta de princípios, regras, instituições e todos esses fatos jurídicos entrelaçados de acordo com a estrutura normativa que dá sentido às operações. À medida que os acontecimentos ocorrem e são comunicados em conformidade com o estabelecido na programação do sistema jurídico, são ativadas as instituições responsáveis pela tomada de decisões. Estas decisões irão produzir novos fatos, que reproduzem as prescrições das regras, com a observância dos princípios que estão na base da função do direito de promover a estabilidade das relações sociais por meio do atendimento das expectativas congruentes de comportamento. A recursividade deste conjunto cíclico de redundâncias permite a descrição do sistema do direito funcionalmente diferenciado do ambiente em que se insere.

No que tange aos fatos jurídicos, Pontes de Miranda ainda destaca os planos da validade e da eficácia. O plano da validade seria um plano atinente apenas aos atos jurídicos lícitos, pois trata-se de um plano relativo à conformidade da manifestação de vontade, que aparece como elemento cerne deste tipo de fato jurídico, com as regras estabelecidas⁷⁰. Como as normas jurídicas são, em geral, manifestadas em atos jurídicos – como leis, contratos, tratados internacionais, atos unilaterais e costumes, que são reconhecidos no sistema como aptos para a comunicação das normas jurídicas –, a validade desses atos é o requisito formal de eficácia das normas jurídicas de um sistema de direito.

Os fatos jurídicos que não trazem a manifestação de vontade como elemento cerne do suporte fático não passam pelo plano da validade, indo direto para o plano da eficácia. No caso destes fatos (fatos jurídicos em sentido estrito, atos-fatos jurídicos e atos jurídicos ilícitos), a sua eficácia normativa dependerá apenas da validade, formal e material, da própria norma jurídica, que estabelece, de maneira abstrata, uma prescrição na hipótese de sua ocorrência, como é o caso do nascimento com vida de uma pessoa, ou da aquisição originária de uma coisa sem dono, por ocupação.

⁶⁹ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico**: plano de existência. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 74.

⁷⁰ MELLO, M. B. Op. Cit., 2007, p. 52-55.

Já a validade dos atos jurídicos, considerados pelo sistema como legitimados para descrever normas, depende da observância das normas que lhe conferem essa legitimidade. Assim, estes fatos, além de preencherem os pressupostos de existência – o que faz com que se tornem parte da estrutura do sistema –, precisam observar os requisitos de validade para se tornarem aptos a produzirem os efeitos almejados. No caso dos negócios jurídicos, unilaterais ou bilaterais, o preenchimento de tais requisitos funciona como uma chancela do sistema para que as manifestações de vontade de particulares recebam a tutela das instituições do direito e possam, com isso, efetivar operações. Assim, tomando como exemplo um contrato, além dos elementos existenciais, como a manifestação de vontade por um agente acerca de determinado objeto, a norma circunscreve uma estrutura⁷¹ que deve ser observada para que a regra, criada pela vontade, tenha eficácia de norma jurídica aplicável à relação obrigacional estabelecida entre as partes. Já as leis, como atos do poder público, para serem válidas, precisam respeitar o procedimento formal estabelecido para sua aprovação e entrada em vigor. Além da validade formal, todos estes atos jurídicos lícitos também precisam ser válidos materialmente, em conformidade com a organização da estrutura normativa do sistema, que normalmente é hierarquizada. Assim, tomando o sistema jurídico brasileiro como exemplo, as manifestações de vontade precisam estar em conformidade com as leis, assim como os atos infralegais (decretos, portarias, regulamentos, editais, resoluções etc.) do poder público; as leis, de qualquer natureza, devem observar as normas constitucionais, que se situam no topo da estrutura normativa da ordem jurídica interna.

Pontes de Miranda diferencia a inexistência da invalidade. Para o autor, o que não existe sequer chega a ser apreciado pelo sistema jurídico. O inválido, por outro lado, seria aquele ato que, preenchendo os pressupostos de existência, sucumbe diante das exigências normativas do plano de validade. Por não preencher os requisitos da validade, o ato, embora integrante do sistema, verá frustradas as suas pretensões de eficácia (tutela) pelas instituições que integram a estrutura do sistema jurídico. Assim, enquanto a inexistência denota uma insuficiência do fato, a invalidade revela uma deficiência do ato⁷². Partindo desta premissa, a nulidade, como espécie de invalidade, não se confunde com a inexistência. Isso se comprova pela previsão, por exceção, de eficácia jurídica para determinados atos nulos⁷³, o que não pode ocorrer em relação aos atos inexistentes, que sequer são enxergados na auto-observação

⁷¹ Como a capacidade civil dos agentes, a licitude do objeto e, eventualmente, a observância de uma forma para a manifestação da vontade.

⁷² MIRANDA, Op. Cit., 1970, p. 5. Cf. MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do Fato Jurídico**: plano de validade. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 4-6.

⁷³ Por exemplo, no casamento putativo, previsto no artigo 1.561 do Código Civil brasileiro.

do sistema jurídico. A eficácia de determinados atos nulos, assim como a convalidação dos atos anuláveis, só pode ser determinada por normas jurídicas, como situações excepcionais, já que, no mesmo sentido, somente a norma jurídica pode determinar a ineficácia de um ato em decorrência da sua invalidade.

A validade também se distingue da eficácia. A validade de um ato é verificada no momento da incidência, isto é, no momento em que o ato é praticado. A eficácia será toda a produção de efeitos jurídicos em decorrência da comunicação do fato na sociedade em conformidade com as previsões normativas do sistema do direito. Como já foi visto, o ato inválido tende a ser ineficaz, exceto quando uma norma jurídica lhe confere determinado efeito jurídico. Pode acontecer, ainda, de o ato válido ser ineficaz. A causa da ineficácia do ato pode ser a existência concomitante de algum fator previsto na programação do sistema jurídico, considerado determinante para a produção ou não dos efeitos jurídicos previstos para o ato, mas que não compromete, necessariamente, a sua validade. É o caso de um negócio jurídico sujeito a uma condição suspensiva, cuja eficácia dependerá de um acontecimento futuro e incerto. Outro exemplo é o registro do título aquisitivo de um bem imóvel para produzir efeitos perante terceiros. A ineficácia, nestes casos, não decorre de uma deficiência do ato praticado, que é válido, mas da existência de um fator impeditivo dos seus efeitos em conformidade com a programação normativa do sistema do direito.

Para a compreensão das consequências das relações de interação entre as diferentes ordens jurídicas que integram o sistema do direito, é preciso compreender o sentido da validade na perspectiva positivista. A noção de validade, como aptidão para a produção de efeitos de uma norma jurídica, é essencial para entender a diversidade de possibilidades de autodescrição do sistema do direito em suas operações, o que revela o caráter historicamente contingente de sua programação. O positivismo descarta do conceito de direito a correção material do seu conteúdo, mas pode definir, de maneiras muito diferentes, a relação entre os elementos de legalidade em conformidade com a estrutura normativa e a eficácia social das normas⁷⁴.

2.3 A VALIDADE DAS NORMAS JURÍDICAS NA DOCTRINA DE Kelsen

Na sua explicação sobre a dinâmica jurídica, Hans Kelsen expõe as premissas de sua teoria relativa à validade. A primeira premissa é que o fundamento de validade de uma

⁷⁴ ALEXY, Op. Cit., 2018, p. 15.

norma não pode ser decorrente da verificação de um fato da ordem do ser. Logo, “do fato de algo *ser* não pode seguir-se que algo *deve ser*; assim como do fato de algo *dever ser* não se pode seguir que algo *é*”⁷⁵⁻⁷⁶. A segunda premissa é que “o fundamento de validade de uma norma apenas pode ser a validade de outra norma”⁷⁷, indicando a estrutura hierarquizada da ordem jurídica, em que uma norma superior serve de fundamento para normas inferiores. A terceira premissa é que a validade de uma norma decorre da competência de uma autoridade para ordenar tal comando, estabelecida em uma norma que lhe confira poder para fixar normas. Por fim, a última premissa, o reconhecimento de uma norma fundamental, cuja validade é pressuposta e não pode ser posta em questão, que se apresenta como fechamento do sistema normativo como norma mais elevada. Disto, Kelsen conclui que “todas as normas cuja validade pode ser reconduzida a uma e mesma norma fundamental formam um sistema de normas, uma ordem normativa”⁷⁸.

Uma norma fundamental pode reunir os princípios estático e dinâmico, isto é, orientar o conteúdo das demais normas e fixar regras acerca da criação de normas, conferindo poderes a uma autoridade legisladora. No entanto, a ordem jurídica teria um caráter essencialmente dinâmico, já que sua validade decorre da forma como foi criada, sendo necessário que seja correspondente à forma fixada por uma norma fundamental. Por isso é que, para Kelsen, o direito não se define pelo seu conteúdo, que não pode ser deduzido de uma norma fundamental. A questão da validade jurídica está adstrita às normas jurídicas e não às proposições normativas, sendo a norma compreendida no sentido objetivo de um ato de vontade⁷⁹.

Quando trata do conflito entre normas, Kelsen reconhece que uma norma não é verdadeira nem falsa, mas válida ou não válida, porém insiste em aplicar a regra da contradição lógica (relativa a proposições verdadeiras ou falsas) às situações em que duas proposições normativas igualmente válidas prescrevem uma o deve ser-N e a outra o não deve ser-N. Para o autor, “dizer que A deve ser e que não deve ser ao mesmo tempo é tão sem

⁷⁵ KELSEN, Op. Cit., 1996, p. 215 (grifos no original).

⁷⁶ O direito positivo pode assumir estruturas de diversos tipos. Ele é descrito pela ciência do direito, mas constitui uma contrapartida normativa do substrato social ao qual está relacionado. O suporte factual e sua capa normativa formam, em conjunto, uma estrutura social inseparável, pois não há fato social sem normatividade. O direito positivo é, assim, “um sistema social, e dentro do sistema global que é a sociedade, cumpre a função de subsistema ou sistema-parte desse todo” (VILANOVA, Op. Cit., 2010, p. 53).

⁷⁷ KELSEN, Op. Cit., 1996, p. 215.

⁷⁸ Idem, p. 217.

⁷⁹ Neste sentido, MENDES, Sônia Maria Broglia. **A Validade Jurídica: pré e pós giro linguístico**. São Paulo: Noesis, 2007, p. 115. Em Teoria Pura do Direito, Kelsen afirma que “‘dever ser’ é o sentido subjetivo de todo ato de vontade de um indivíduo que intencionalmente visa a conduta de outro. Porém, nem sempre um tal ato tem também objetivamente este sentido. Ora, somente quando esse ato tem também objetivamente o sentido de dever-ser é que designamos o dever-ser como ‘norma’” (Op. Cit., 1996, p. 8).

sentido como dizer que A é ou não é ao mesmo tempo”, disso concluindo que tais normas se “contradizem” e, portanto, “somente uma delas pode ser tida como objetivamente válida”⁸⁰.

Como já foi dito, essa conclusão de Kelsen é equivocada, já que não há inconsistência em um sistema conter comandos opostos para um mesmo fato. A contradição lógica aplicável ao sistema normativo será a consideração simultânea como válida e inválida uma mesma norma. Como afirma Vilanova, havendo duas normas conflitantes (N e não-N) em um sistema, estas permanecem válidas até que uma norma do próprio sistema cancele a validade de uma delas⁸¹. Esta é uma conclusão a que se pode chegar pela própria teoria pura de Kelsen, que afirma em suas premissas que a validade de uma norma só pode derivar de outra norma, logo, o mesmo deve se dar com a invalidade.

Na obra póstuma “Teoria Geral das Normas”, Kelsen reviu o seu posicionamento acerca do conflito de normas, ao reconhecer que um conflito de normas pode não ser resolvido pelo princípio *lex posterior derogat legi priori*, sem que isso signifique um absurdo. Em teoria pura do direito, Kelsen considerava que, nesta situação, ambas as normas seriam sem validade. Na obra posterior, ele assentiu que “cada uma de ambas as normas gerais é razoável e ambas valem”⁸². O autor admite, assim, que normas conflitantes podem ser concomitantemente válidas.

2.3.1 Relação entre existência, validade e eficácia

Em todas as suas obras, Kelsen indica que a validade significa a existência e a obrigatoriedade de uma norma jurídica. Em “Teoria Pura do Direito”, ele afirma que “com a palavra ‘vigência’ designamos a existência específica de uma norma”⁸³. O autor repete esta ideia em “Teoria Geral das Normas”, ao dizer que, quando uma norma vale, é porque se admite que ela exista⁸⁴, e em “Teoria Geral do Direito e do Estado”, onde sustenta que a “validade do Direito significa que as normas jurídicas obrigatórias”⁸⁵. No mesmo sentido,

⁸⁰ KELSEN, Op. Cit., 1996, p. 229.

⁸¹ VILANOVA, Op. Cit., 2010, p. 168-169, citado acima.

⁸² KELSEN, Hans. **Teoria Geral das Normas**. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Antônio Fabris, 1986, p. 264.

⁸³ KELSEN, Op. Cit., 1996, p. 11. Sônia Mendes acha atenção para o fato de que Kelsen se refere neste caso a *geltung*, que pode ser traduzido para o português como “vigência” ou como “validade”, a depender do contexto (MENDES, S. Op. Cit., p. 21).

⁸⁴ KELSEN, Op. Cit., 1986, p. 3.

⁸⁵ KELSEN, Op. Cit., 1998, p. 55.

Norberto Bobbio afirma que “a validade jurídica de uma norma equivale à existência daquela norma enquanto regra jurídica”⁸⁶.

Por outro lado, Kelsen distingue validade e eficácia, embora identifique uma relação de dependência entre elas. Se é certo que, para uma norma ser eficaz, ela precisa ser válida, o inverso, para o autor, também é verdadeiro, pois uma norma que não seja eficaz em uma certa medida, não será considerada como norma válida⁸⁷. Pela teoria pura do direito, a validade de dever-ser de uma norma jurídica não depende da sua eficácia na ordem do ser. São condições de validade, a eficácia social da ordem jurídica como um todo e a eficácia jurídica de uma norma singular⁸⁸. A eficácia, portanto, não pode ser considerada como um fundamento da validade, mas como uma condição. Uma ordem jurídica não perde a sua validade pelo fato de uma norma jurídica singular perder a sua eficácia, nem uma norma jurídica singular perde a sua validade apenas pelo fato de não ser eficaz em casos particulares, se mantém a força do dever-ser.

A relação estabelecida por Kelsen entre validade e eficácia contraria a premissa da teoria pura do direito de separação entre o ser e o dever-ser, pois o autor sustenta que a validade da norma (seu dever-ser) depende do ser. Capella considera vaga e indeterminada a relação entre validade e eficácia na obra de Kelsen⁸⁹. Vilanova aponta para a distinção entre a ineficácia por inaplicação, como no caso de uma norma tributária protecionista, que tem por objetivo desestimular a comercialização de determinado produto, e a ineficácia por descumprimento, que significa um estado de coisas discordante do preceituado⁹⁰. O problema da relação entre validade e eficácia formulada por Kelsen está no fato de que a validade deve ser decidida pela programação do sistema. Para que uma ineficácia seja um condicionante da validade seria necessário que uma norma jurídica expressamente o determinasse, pois é sempre o próprio sistema que suprime a validade. Não havendo tal norma, a ineficácia, por si só, seja ela por inaplicação, seja por descumprimento, não pode atingir a validade.

2.3.2 A compreensão de Hans Kelsen a partir de L. Wittgenstein I e L. Vilanova

Para Kelsen, o conteúdo do dever-ser, que é aquilo que uma ordem jurídica prescreve, é determinado por um ato de vontade e só pode ser conhecido depois de

⁸⁶ BOBBIO, Op. Cit., 2010, p. 38.

⁸⁷ KELSEN, Op. Cit., 1986, p. 12. Neste mesmo sentido, Alexy sustenta que quando uma norma não desenvolve eficácia social ela não pode ter validade jurídica (ALEXY, Op. Cit., 2018, p. 103).

⁸⁸ FERRAZ JR., Op. Cit., 2017, p. 186. Cf. KELSEN, Op. Cit., 1996, p. 236.

⁸⁹ CAPELLA, Op. Cit., 1968, p. 106.

⁹⁰ VILANOVA, Op. Cit., 2010, p. 68

comunicado em forma de linguagem. Autores como Vilanova e Dubouchet⁹¹ apontam que Kelsen teria sofrido importante influência das discussões sobre o positivismo lógico no Círculo de Viena, cujos autores debatiam a obra de Ludwig Wittgenstein, especialmente o *Tractatus logico-philosophicus*, conhecido como “Wittgenstein I”.

Para Wittgenstein, somente as proposições⁹² têm sentido⁹³. As proposições com sentido representam possibilidades lógicas, independentemente de serem verdadeiras ou falsas. Isto quer dizer que o sentido da proposição é anterior à sua verdade ou falsidade, porque, antes de ser verdadeira ou falsa, a proposição precisa ter sentido. Em outras palavras, uma proposição com sentido descreve estados de coisas subsistentes ou não subsistentes. Isto significa que proposição com sentido indica possibilidades lógicas, que independem daquilo que é descrito conforme ocorre no mundo. A proposição com sentido verdadeira será aquela que corresponder ao acontecimento descrito e a falsa, a que não corresponder.

No caso do direito, uma proposição normativa é válida ou não válida de acordo com critérios de validade que o sistema jurídico estabelece. O ser-válido e o não-ser-válido são propriedades análogas ao ser-verdadeiro e ser-falso das proposições descritivas da teoria de Wittgenstein⁹⁴. De acordo com Kelsen, a proposição jurídica descreve o sentido da norma, indicando uma possibilidade jurídica de sentido. Cabe ao intérprete escolher um dos sentidos possíveis no momento da aplicação. Esta escolha não exclui das outras proposições a sua possibilidade de verdade, enquanto descrição dos possíveis sentidos da norma. Se as proposições jurídicas em questão descrevem normas com sentido, isto é, se elas continuam descrevendo possibilidades lógicas, novas decisões podem recorrer a elas e escolher novos sentidos. Se as normas devem ser extraídas dos textos jurídicos, todas as proposições com sentido, que podem ser encontradas a partir deles, são consideradas normas válidas. A escolha do intérprete⁹⁵ irá conferir eficácia a um desses sentidos, que será a norma válida para um determinado estado de coisas, ou situação concreta. Os outros sentidos logicamente possíveis

⁹¹ DUBOUCHET, Paul. *Sémiotique Juridique*. Paris: Presses Universitaires de France, 1990, p. 190.

⁹² “4.01 The proposition is a picture of reality. The proposition is a model of the reality as we think it is” (WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus Logico-philosophicus*. Trad. para o inglês C. K. Ogden. Mineola: Dover Publications, 1999, p. 45). Tradução livre: A proposição é uma figuração da realidade. A proposição é um modelo da realidade tal como pensamos que seja.

⁹³ “4.064 Every proposition must *already* have a sense; assertion cannot give a sense, for what it asserts is the sense itself. And the same holds of denial, etc.” (WITTGENSTEIN, Op. Cit., 1999, p. 51) Tradução livre: Toda proposição precisa já ter um sentido; a afirmação não pode dar sentido, pois o que ela afirma é o sentido em si. E o mesmo vale de negação etc.

⁹⁴ Neste sentido, também, ver VILANOVA, Op. Cit., 2010, p.44.

⁹⁵ Para Kelsen, uma interpretação é autêntica quando feita por um órgão jurídico com competência para aplicar o direito. Ela é necessária ante a indeterminação da norma, que pode ser intencional – quando possibilita ao intérprete a determinação – ou não intencional, resultante do uso de expressões polissêmicas que exigem do intérprete escolhas entre os sentidos possíveis. A interpretação não autêntica é aquela feita por pessoa ou entidade não jurídica, ou pela ciência do direito (KELSEN, Op. Cit., 1996, p. 393-395).

não perdem a validade e podem se tornar eficazes se escolhidos por outros intérpretes, ou se o intérprete em questão mudar de entendimento acerca da verdade da proposição. Trata-se, portanto, de uma situação de contingência, pois a eficácia jurídica se dá de uma maneira, mas poderia ser igualmente de outra maneira, com base no mesmo texto jurídico.

O positivismo lógico de Wittgenstein permite alcançar uma relação entre validade e eficácia mais consistente do que aquela explicada na teoria pura do direito de Kelsen. Da mesma forma que é a possibilidade de ocorrer no mundo que permite que uma proposição tenha sentido, é a possibilidade de se tornar eficaz que confere à norma sua validade. Assim, só pode ser considerada válida uma norma da qual se possa extrair dentre os seus sentidos pelo menos um que possa se tornar juridicamente eficaz⁹⁶. Caso contrário, não havendo possibilidade de aplicabilidade (e, portanto, ineficácia) por insuficiência de sentido, a norma será inválida.

No que tange à relação entre a existência e a validade da norma, a invalidação de uma norma encontra uma similaridade com a noção de falsidade de uma proposição por contradizer a uma proposição verdadeira, conforme proposto por Wittgenstein. Da maneira como proposto por Kelsen, não há nenhuma diferença entre a invalidação e a retirada da norma do sistema. Invalidar uma norma é declará-la juridicamente defeituosa. A retirada de uma norma do sistema se dá pela terminação de sua validade porque sua continuidade é indesejada. Em Kelsen, a invalidade se dará quando uma norma estiver em conflito com uma ou mais normas que se sobrepõem a ela na estrutura hierárquica do sistema, ou quando uma norma posterior, da mesma hierarquia, afastar a sua validade. A declaração de invalidade terá os mesmos efeitos de uma inexistência, o que torna a contradição invalidante de uma norma similar à contradição entre verdade e falsidade das proposições em Wittgenstein⁹⁷.

Por um lado, a teoria kelseniana reconhece que a validade das normas jurídicas é seu modo específico de existência. Por outro lado, entretanto, não é, já que considera os sistemas jurídicos como imunes às leis da lógica. Pode ser que a lógica não se aplique às normas jurídicas porque a validade não é um valor adequado para assumir a condição de verdade. Ao mesmo tempo, a teoria mostra que os juízos jurídicos elementares possuem valores que os relacionam com as normas jurídicas de uma maneira que se assemelha ao modo como os valores de verdade relacionam proposições elementares com sentido a situações ou estado de coisas.

⁹⁶ MENDES, S. Op. Cit., 160-163.

⁹⁷ RUITERX, Dick W. P. "A conception of legal validity qua specific mode of existence" em **Law and Philosophy**, Vol. 16, n. 5, 1997, pp. 479-505.

É, portanto, perceptível uma similaridade entre a teoria da relação que se estabelece entre os juízos jurídicos elementares e as normas jurídicas, e a relação entre proposições elementares decorrentes de uma teoria empírica e os fatos aos quais se referem. Consequentemente, um aparente conflito de normas jurídicas deve ser observado como um conflito entre juízos jurídicos elementares que devem ser resolvidos declarando-se um deles defeituoso. Isso deixa claro que é preciso diferenciar, na estrutura do sistema jurídico, sua programação de suas operações. Por um lado, estão as operações que envolvem os juízos jurídicos elementares sobre fatos, que podem mostrar inconsistências que devem ser resolvidas, mantendo um dos juízos jurídicos inconsistentes com defeito. Por outro lado, distingue-se a programação de normas jurídicas válidas, que é, como a realidade, considerada livre de conflitos. A razão pela qual a programação de normas legais válidas é tomada como livre de conflitos é, em última análise, por não ser concebível uma situação ser existente e inexistente ao mesmo tempo, ou seja, o mesmo fundamento subjacente ao princípio clássico da contradição.

O tema da validade é central na obra de Lourival Vilanova. Para o autor, uma norma procedente de fora do sistema jurídico, ou com conteúdo não jurídico, requer uma regra-de-regra que a juridicize para ingressar no sistema. Sobre a relação entre validade e eficácia, Vilanova afirma que a incoerência de uma situação que venha a confirmar o previsto no enunciado de uma norma não tem implicações sobre sua validade. “Norma incidente no suporte fático *F*, sem acarretar o efeito *E* (ineficácia), que é deonticamente implicado (*deve-ser a implicação de E por F*), continua válida no sistema”⁹⁸. Como uma norma só pode ser revogada por outra norma, para que uma norma deixe de ser válida por ineficácia é necessário que o próprio sistema atribua ao suporte fático da não-aplicação o caráter de fato gerador de norma revogante conflitante no interior do sistema.

A revogação de uma norma por outra norma não decorre de uma relação meramente lógica, mas como consequência de um fato jurídico que permite que a norma produza o efeito revogante⁹⁹. Um conflito entre normas só pode se dar no interior de um só sistema, pois “conflitos inter-sistêmicos são extralógicos”¹⁰⁰. Para uma norma ser trazida do sistema *S'* para o sistema *S* é necessário operar-se a interiorização da norma por meio do reenvio, como previsto para a aplicação do direito estrangeiro em situações regidas pelo direito internacional privado.

⁹⁸ VILANOVA, Op. Cit., 2010, p. XXXI a XXXIII (grifos no original).

⁹⁹ FERRAZ JR., Op. Cit., 2017, p. 190-192.

¹⁰⁰ VILANOVA, Op. Cit., 2010, p. XXXV.

Quanto ao conflito de normas, Vilanova afirma que a validade simultânea de normas contraditórias seria impossível pela lei da lógica, mas a aplicação da lei deôntica nega a disjunção excludente. Por isso, a coerência interna do sistema, embora exprima seu grau de racionalidade, não é um dado objetivo sempre encontrado nos sistemas jurídicos, que são potencialmente abertos a inconsistências. A estrutura hierárquica impõe critérios extralógicos de revogação tácita ou expressa das normas inferiores pelas normas superiores, mas segue a premissa de que norma revoga norma. No entanto, para Vilanova, “é *um fato* que o sistema jurídico abriga *p-normativas* [proposições normativas] *que se contradizem e são juridicamente válidas*”¹⁰¹. Mesmo contendo proposições normativas de valências contraditórias, a invalidade só elimina uma proposição quando o próprio sistema diz como e quando. Por isso, o autor critica a relação estabelecida por Kelsen entre validade e eficácia. O fato de um acontecimento correspondente à hipótese prevista na norma não ocorrer ou o fato da inobservância do que foi preceituado no dispositivo da norma são fatores motivadores para o sistema político atuar no sentido de suprimir a norma que seja não condizente com a realidade social. A invalidade por esses fatos só se dará quando eles preencherem o suporte fático de uma norma que tiver previsto um deles abstratamente como fato desconstitutivo da norma ineficaz¹⁰².

2.4 A VALIDADE DA NORMA JURÍDICA NA DOUTRINA DE H. L. A. HART

A validade também possui uma centralidade na construção teórica de Herbert L. A. Hart, em “O Conceito de Direito”. O autor começa questionando a teoria da soberania que afirma que o soberano teria um poder ilimitado de legislar, já que os limites jurídicos a seu poder só existiriam se ele tivesse que se sujeitar às ordens de outro legislador que o subordinasse¹⁰³. Para Hart, na ordem jurídica interna, uma constituição escrita restringiria a competência desse poder de legislar do soberano, não apenas especificando a forma e a maneira de legislar, o que ele reconhece que não são, propriamente, limitações, mas, também, excluindo totalmente certas matérias do âmbito de competência legislativa e impondo, assim, limitações de conteúdo. Neste sentido, uma constituição que restringisse, de fato, os poderes

¹⁰¹ VILANOVA, Op. Cit., 2010, p. 44. No mesmo sentido, cf. CAPELLA, Op. Cit., 1968.

¹⁰² VILANOVA, Op. Cit., 2010, p. 51. No mesmo sentido, Losano, Mario G. **Sistema e Estrutura do Direito**. Volume 2: o Século XX. Trad. Luca Lamberti. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 100-103.

¹⁰³ HART, Herbert L. A. **O Conceito de Direito**. Trad. Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 87.

do órgão legislativo supremo no interior do sistema iria determinar, em vez disso, que qualquer legislação em sentido contrário ao estabelecido seria nula.

A constituição, assim, não impõe deveres jurídicos, mas uma inabilitação jurídica (*legal disability*). Nesse caso a palavra “limites” não implica a presença de um *dever*, mas a ausência de um poder jurídico. Tais limitações não significam que o legislador soberano deve obedecer a um legislador superior, mas sim o reconhecimento de que as normas que o qualificam a legislar trazem certas inabilitações jurídicas. Para que um ato legislativo seja reconhecido como lei, é necessário demonstrar que a lei foi editada por um legislador qualificado para legislar de acordo com uma norma existente, e que ou a norma não contém restrições, ou as restrições não se aplicam àquela lei específica. A soberania fica resguardada, uma vez que a independência jurídica do sistema normativo é garantida pelo fato de que as normas que qualificam o legislador a legislar não atribuem poder igual ou superior a outras autoridades com poderes de legislar em outro território¹⁰⁴.

A premissa da teoria de Hart sobre o sistema jurídico é que ele necessita de uma norma que outorga poderes (que podem ser limitados ou ilimitados) a pessoas dotadas de determinadas qualificações para legislar, desde que observem determinados procedimentos¹⁰⁵. Com isso, ele identifica dois tipos diferentes de normas, embora relacionados. As normas chamadas de primárias exigem que os seres humanos pratiquem ou se abstenham de praticar certos atos, independentemente de suas vontades. Já as normas secundárias estipulam que, reunidas determinadas condições, (i) novas normas do tipo principal podem ser introduzidas, ou (ii) pode-se extinguir ou modificar normas antigas ou determinar, de várias formas, sua incidência, ou, ainda, (iii) controlar sua aplicação. As normas do primeiro tipo impõem deveres; as do segundo tipo outorgam poderes, sejam estes públicos ou privados¹⁰⁶. As normas secundárias são as normas (i) de reconhecimento, (ii) de modificação e (iii) de julgamento. O cerne do sistema jurídico estaria na combinação destes três tipos de norma com as normas primárias¹⁰⁷.

Para discutir a validade das normas, o elemento crucial do sistema hartiano é a norma de reconhecimento, que não é necessariamente expressa, mas “sua existência fica

¹⁰⁴ HART, Op. Cit., 2012, pp. 90-93.

¹⁰⁵ De acordo com Ferraz Jr., essa distinção entre normas primárias e secundárias não é rigorosa, admitindo outras distinções (Op. Cit., 2017, p. 105).

¹⁰⁶ HART, Op. Cit., 2012, p. 105.

¹⁰⁷ John Gardner afirma que, para Hart, “laws are not merely norms but rules; i.e. norms capable of repeated application from case to case. This fact of their normative generality, he thought, means that wherever laws go a kind of justice (and hence a kind of merit) automatically follows, for the correct re-application of any law entails that like cases are treated alike (GARDNER, John. **Law as a leap of Faith**. Oxford: Oxford University Press, 2012, Kindle Edition, p. 38).

demonstrada pela forma como se identificam normas específicas, seja pelos tribunais ou outras autoridades, seja por indivíduos particulares ou seus advogados e assessores jurídicos”¹⁰⁸. De acordo com Bulygin, as regras de reconhecimento são de caráter conceitual, preveem definições, mas não ordenam, nem prescrevem nada¹⁰⁹. A validade da norma decorre da observação de que ela satisfaz a todos os critérios propostos pela norma de reconhecimento e é, por isso, uma norma do sistema. É possível afirmar que os critérios estabelecidos para se determinar a validade de uma norma serão supremos se as normas identificadas com referência a eles são reconhecidas como normas do sistema, mesmo quando entram em conflito com normas identificadas com referência a outros critérios. Se, diante deste conflito, as primeiras prevalecerem, será porque seus critérios de reconhecimento são supremos¹¹⁰.

A noção de validade, como proposta por Hart, só tem sentido quando questionada *dentro* de um sistema de normas no qual o *status* de uma norma como elemento do sistema depende de satisfação de certos critérios estabelecidos pela norma de reconhecimento¹¹¹. O autor, no entanto, não admite a possibilidade de se questionar sobre a validade da própria norma de reconhecimento que provê os critérios. Para ele, este tipo de norma não pode ser válida, nem inválida, mas seu uso para esse fim é simplesmente aceito como apropriado¹¹².

Nos sistemas jurídicos considerados por Hart como sistemas mais amadurecidos, a ideia de existência de uma norma está diretamente ligada à noção de validade, pois decorre de um enunciado interno, que aplica uma norma de reconhecimento aceita, mas não explícita, o que significa, simplesmente, que a norma é válida segundo os critérios de validade do sistema, logo, existe como norma pertencente ao sistema. Esta operação, no entanto, não se aplica à norma de reconhecimento, pois a sua existência só pode ser um enunciado factual externo. Assim, enquanto uma norma subordinada de um sistema pode ser válida e, nesse sentido, existir, mesmo que seja geralmente desrespeitada, a norma de reconhecimento só existe como uma prática complexa. Sua existência é uma questão de fato¹¹³. Pode-se concluir, então, que, do ponto de vista interno, a regra de reconhecimento é uma norma, mas, do ponto de vista externo, ela é um fato, já que sua existência é comprovada em uma base factual.

Hart diferencia as noções de validade e eficácia da norma, apontando que não existe uma ligação necessária entre uma e outra. A ineficácia social de uma norma só terá

¹⁰⁸ HART, Op. Cit., 2012, p. 131.

¹⁰⁹ ALCHOURRON, Carlos Eduardo; BULYGIN, Eugenio. **Normative Systems**. Viena/New York: Springer Verlag, 1971, p. 73.

¹¹⁰ HART, Op. Cit., 2012, p. 133-137.

¹¹¹ BIX, Brian H. “Kelsen, Hart, and legal normativity” em **Revus**, n. 34, 2018, p. 6.

¹¹² HART, Op. Cit., 2012, p. 140.

¹¹³ HART, Op. Cit., 2012, p. 141-142.

repercussão sobre sua validade se uma norma de reconhecimento do sistema incluir, entre seus critérios, a condição geral de que nenhuma norma seja considerada como pertencente ao sistema se houver deixado de ser eficaz, ou a condição especial de que a ineficácia persistente de determinada norma tenha por efeito direto a perda de sua validade. O autor, no entanto, chama atenção para a diferença entre a ineficácia de uma norma em particular, que pode ou não afetar sua validade, e uma desconsideração generalizada pelas normas do sistema no comportamento da sociedade. No caso de uma desconsideração total e prolongada das normas do sistema, se ele for um sistema novo, poder-se-ia dizer “que ele nunca chegou a se firmar como o sistema jurídico de determinado grupo; e, no caso de um sistema estabelecido há longo tempo, que ele deixou de ser o sistema jurídico do grupo”¹¹⁴, o que implica em uma revolução.¹¹⁵

Hart aponta que “seria incorreto dizer que os enunciados de validade ‘significam’ que o sistema é, de modo geral, eficaz”¹¹⁶. Ele sustenta que são exigidas duas condições mínimas para a existência de um sistema jurídico. Primeiro, as normas de comportamento válidas de acordo com critérios últimos de validade do sistema, estabelecidos pelas normas de reconhecimento, devem ser geralmente obedecidas; por outro lado, as normas de reconhecimento que especificam os critérios de validade jurídica e as normas de modificação e julgamento devem ser efetivamente aceitas como padrões públicos comuns de comportamento oficial por parte das autoridades do sistema¹¹⁷.

Observa-se, assim, que a existência do sistema jurídico para Hart tem uma direta conexão com a noção de eficácia, seja porque as normas primárias precisam ser obedecidas, além de serem existentes e válidas, seja porque as regras de reconhecimento, de modificação e de julgamento precisam ser aceitas por aqueles que irão exercer o papel de autoridades públicas. Isso quer dizer que ele assume que o déficit de cumprimento das normas pelos seus destinatários terá um impacto direto sobre a existência e a validade do sistema jurídico como um todo.

2.4.1 A compreensão de H. L. A. Hart a partir de L. Wittgenstein II

¹¹⁴ HART, Op. Cit., p. 133-134.

¹¹⁵ Bobbio afirma que “segundo a experiência histórica, as revoluções começam por destruir a ordem (uma certa ordem: a existente) e acabam por instaurar a ordem (uma nova ordem, inspirada na ideologia própria da revolução); aqueles que eram, primeiramente, adversários do direito, tornam-se os seus valentes defensores” (BOBBIO, Norberto. **Positivismo Jurídico**: lições de filosofia do direito. Trad. Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995, p. 232).

¹¹⁶ HART, Op. Cit., 2012, p. 134.

¹¹⁷ HART, Op. Cit., 2012, p. 150.

A explicação de Hart sobre a validade das normas se assemelha com a teoria dos jogos de linguagem de Wittgenstein¹¹⁸, ao estabelecer que as regras do sistema jurídico só podem ter a sua validade questionada internamente ao sistema jurídico. De acordo com a teoria dos jogos de linguagem, a linguagem comum passou a ter prevalência sobre a linguagem lógica. Com isso, a linguagem passa a ter múltiplos usos, servindo como um instrumento que pode ser usado em diferentes atividades. “A linguagem é sempre utilizada como meio social e cada atividade se utiliza de uma linguagem comum”¹¹⁹. Transportando esta concepção para a compreensão da validade das normas no sistema jurídico, as regras de outros sistemas, como o econômico, o político, o cultural ou o tecnológico, não podem ser utilizadas pelo sistema jurídico para a tomada de decisões e, portanto, não podem ter sua validade aferida. Da mesma forma, argumentos válidos em outros sistemas não podem ser utilizados no sistema jurídico para fundamentar a validade das normas jurídicas. A validade das normas jurídicas será determinada exclusivamente pelas regras do sistema jurídico.

Wittgenstein afirma que “a linguagem é um labirinto de caminhos. Vindo de um lado, você conhece o caminho; vindo de outro lado, para o mesmo ponto, você já não conhece o caminho (PI § 203)”¹²⁰. Esta ideia permite perceber como os jogos de linguagem podem permitir a atualização dos sistemas sociais parciais, entre eles o sistema jurídico. A existência de convergências de linguagem é o que permite que as regras jurídicas sejam observadas como tal nos demais sistemas sociais, influenciando e sendo influenciada pelas regras da linguagem destes outros sistemas, com a regra jurídica retornando ao sistema jurídico enriquecida pela contribuição dos outros sistemas. Todos os sistemas podem lidar, por meio dos seus jogos de linguagem, com os mesmos conceitos, a linguagem sendo o caminho e o lugar sendo o conceito, na imagem criada por Wittgenstein.

Por meio deste processo comunicativo entre os sistemas é que os jogos de linguagem podem interferir no entorno interno do sistema jurídico, promovendo modificações na programação normativa, o que pode resultar na invalidação de determinadas normas primárias pela aplicação da norma de reconhecimento, quando se entender que elas já não mais atendem às demandas da sociedade. Do mesmo modo, a convergência da linguagem, mediada pelo símbolo da validade, permite a comunicação entre as diferentes ordens jurídicas que integram o sistema do direito.

¹¹⁸ Baseado na obra “Philosophical Investigations”, conhecido como Wittgenstein II.

¹¹⁹ MENDES, S. Op. Cit., 2010, p. 62.

¹²⁰ WITTGENSTEIN, Ludwig. **Philosophical Investigations**. Trad. para o inglês G. E. M. Anscombe; P. M. S. Hacker; Joachim Schulte. Singapura: Blackwell Publishing, 2009, p. 88°. Na versão em inglês: *Language is a labyrinth of paths. You approach from one side and know your way about; you approach the same place from another side and no longer know your way about.*

Além disso, as normas de reconhecimento em Hart podem ser regras escritas, mas não necessariamente. Em função da textura aberta da linguagem do direito¹²¹, por vezes, a determinação da validade pode exigir um trabalho de descoberta de relações em diferentes níveis gramaticais, inclusive nas relações pragmáticas que decorrem da prática jurídica, dos órgãos judiciais, dos advogados e até da ciência jurídica. Como na teoria de Wittgenstein, a linguagem segue o sentido do seu uso habitual¹²², a regra se aplica de acordo com o aquilo que se procede habitualmente na prática do direito. De maneira semelhante à interpretação autêntica proposta por Kelsen, Hart afirma que “quando os tribunais chegam a uma conclusão específica, com base no fato de que certa norma foi corretamente identificada como norma jurídica, aquilo que declaram tem caráter especial de autoridade imperativa, que lhe é conferido por outras normas”¹²³. Mas o uso correto da linguagem será sempre aquele uso de acordo com as regras do jogo ao qual pertence; do contrário, haverá corrupção do sistema jurídico pela influência indevida da linguagem de outros sistemas sociais.

2.4.2 Crítica de Ronald Dworkin à doutrina positivista

Ronald Dworkin parte do pressuposto de que os princípios desempenham um papel nos argumentos sobre a obrigação jurídica. Argumenta que esse pressuposto é empiricamente verificável, principalmente nas decisões sobre casos difíceis. A partir disso, questiona a teoria da regra de reconhecimento, uma vez que o princípio não pode ser submetido a ela, logo, ele entende sem explicação pelas teorias positivistas do seu pressuposto: o positivista não consegue explicar como um princípio pode ser considerado em uma decisão jurídica e, ao mesmo tempo, não contar como parte do direito¹²⁴.

Dworkin contesta a formulação teórica de Hart ao demonstrar que o reconhecimento do costume como norma jurídica retira toda a força da norma de

¹²¹ Hart afirma que “boa parte da teoria do direito do século XX consistiu na gradativa compreensão (e algumas vezes no exagero) do fato importante de que a diferença entre as incertezas da comunicação feitas por exemplos dotados de autoridade (precedente), de um lado, e as certezas da transmissão feita por uma linguagem geral vinculante (legislação), por outro, é muito menos sólida do que sugere essa contraposição ingênua” (HART, Op. Cit., 2012, p. 163).

¹²² WITTGENSTEIN, Op. Cit., 2009, p. 43e. No original: *What do I call ‘the rule according to which he proceeds’? – The hypothesis that satisfactorily describes his use of words, which we observe; or the rule which he looks up when he uses signs; or the one which he gives us in reply if we ask him what his rule is? – But what if observation does not clearly reveal any rule, and the question brings none to light? – For he did indeed give me an explanation when I asked him what he meant by “N”, but he was prepared to withdraw this explanation and alter it. – So how am I to determine the rule according to which he is playing? He does not know it himself. – Or, more correctly, what is left for the expression “the rule according to which he proceeds” to say?*

¹²³ HART, Op. Cit., 2012, p. 131.

¹²⁴ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. 3. ed. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010, pp. 56-59.

reconhecimento. Para Dworkin, se o teste de reconhecimento consiste em saber se a comunidade aceita como juridicamente obrigatória determinada prática, ou seja, que o comportamento não condizente com ela esteja sujeito a uma sanção, a regra de reconhecimento perderia o seu sentido de existir, já que a conclusão a que se chegaria seria a mesma caso não existisse tal regra, ou seja, que tudo que é aceito como juridicamente obrigatório pela comunidade é obrigatório. Dworkin afirma, então, que esta conclusão seria uma “confissão” de Hart de que existem pelo menos algumas regras de direito que não são obrigatórias, pelo fato de terem sua validade reconhecida pelos padrões de uma norma suprema. Em outras palavras, existem regras que são obrigatórias porque são aceitas pela comunidade – assim como acontece com a própria regra de reconhecimento proposta por Hart¹²⁵.

Dworkin rechaça a teoria analítica de Hart ao defender que a separação entre direito e moral em dois sistemas não se sustenta. Ele afirma que o conceito doutrinário do direito é um conceito interpretativo e, assim, qualquer análise do conceito deve partir da identificação das práticas políticas, comerciais e sociais em que esse conceito figura. Essas práticas seriam capazes de permitir diferenciar os direitos políticos dos direitos jurídicos, sendo estes aqueles que se constituem como vias comunicativas capazes de iniciar operações no centro da ordem jurídica. Portanto, a construção de uma concepção de direito passaria por encontrar uma justificativa para essas práticas em uma rede integrada de valores políticos¹²⁶. Essa proposta de Dworkin de impregnar o direito com princípios morais foi posteriormente debatida por autores positivistas que aprofundaram os argumentos de Kelsen e Hart, visando preservar a autonomia do sistema do direito.

2.5 A VALIDADE DAS NORMAS NO POSITIVISMO CONTEMPORÂNEO

A teoria ampla do juspositivismo (positivismo jurídico *lato sensu*), em oposição ao jusnaturalismo, define-o como o resultado de uma criação decorrente da racionalidade humana¹²⁷ e como produto da manifestação de vontade da autoridade legislativa. Assim, o ordenamento jurídico não é dependente de elementos metafísicos, como mandamentos divinos, nem mesmo imperativos da razão humana. No positivismo, a noção de validade das

¹²⁵ Idem, pp. 69-70.

¹²⁶ DWORKIN, Ronald. **A Raposa e o Porco-Espinho**: justiça e valor. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 616-619.

¹²⁷ COLEMAN, Jules. **The practice of principle**: in defense of a pragmatist approach to legal theory. Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 143.

normas jurídicas depende de fatos sociais, isto é, fatos que decorrem de condutas humanas que criam estas normas. O direito é criado a partir de determinadas condutas consideradas pelo sistema jurídico como aptas para a criação de normas.

Não há, contudo, total convergência entre os juspositivistas acerca de diversos pontos da teoria. Não existe acordo sobre a ideia de “legislador”, pois, para uns, a positividade do direito está ligada ao monopólio legiferante do Estado, como no caso de Kelsen, enquanto, para outros, não é limitada à autoridade estatal, admitindo-se que normas válidas sejam criadas por atores não estatais, como defendido por Günther Teubner. Para Kelsen, a unidade do sistema jurídico depende de sua unicidade, não sendo admissível a multiplicidade de sistemas normativos, o que se caracteriza como um monismo¹²⁸. Para Teubner, um sistema normativo pode emanar de entidades não estatais, no contexto do que ele chama de um constitucionalismo global, que se evidencia no conjunto de regras que regula relações privadas de mercado à margem dos Estados¹²⁹. Para Dimoulis, é possível admitir a presença de ordens jurídicas concorrentes sem abandonar a visão do juspositivismo em sentido amplo¹³⁰.

Outra questão se refere à definição dos fatos sociais decisivos para a validade das normas, pois, apesar de sempre se relacionarem à ideia de poder político, alguns entendem que eles decorrem da vontade e da ação de grupos sociais que possuem o poder de fazer valer a sua vontade como direito válido¹³¹. No entanto, a criação do direito por manifestação de vontade de uma pessoa ou de um grupo decorre de um conjunto de ações e posturas sociais que, em determinada situação histórica e sob determinadas condições, atribui a essa pessoa ou a esse grupo o poder de criar o direito¹³². As fontes formais do direito são dotadas de autoridade social¹³³.

Uma terceira divergência pode ser percebida em relação à importância que se deve atribuir à vontade do legislador no momento da aplicação do direito, pois uma parte da doutrina defende que esta deve prevalecer, como foi na Escola da Exegese, enquanto outros

¹²⁸ KELSEN, Hans. **Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public**. *Recueil des Cours*, IV, t.14, 1926, p. 270-276.

¹²⁹ TEUBNER, Günther. **Fragmentos Constitucionais: constitucionalismo social na globalização**. São Paulo: Saraiva, 2016, *passim*. Cf. THORNHILL, Chris. **A Sociology of Transnational Constitutions: Social Foundations of the Post-National Legal Structure**. Cambridge: Cambridge University Press, 2016.

¹³⁰ DIMOULIS, Op. Cit., 2018, p. 37. Esta é também uma concepção adotada em FISCHER-LESCANO, Andreas; TEUBNER, Gunther. “Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law” em *Michigan Journal of International Law*, Vol. 25, 2004, pp. 999-1046.

¹³¹ Como na tese de Lassale sobre os fatores reais de poder na explicação do conceito de Constituição (LASSALE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. 9. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2014).

¹³² DIMOULIS, Op. Cit., 2018, p. 34.

¹³³ MACCORMICK, Neil. **Institutions of Law: An Essay in Legal Theory**. Oxford: Oxford University Press, 2007.

autores preferem conceder mais importância à vontade do intérprete, que poderia se sobrepor, pelo menos parcialmente, à do criador da norma, como sustenta Hart, ao se referir à textura aberta do direito¹³⁴.

As diversas correntes que se formam dentro do positivismo jurídico em sentido amplo exigem uma definição de uma orientação mais restrita. Dimitri Dimoulis sugere critérios para a compreensão contemporânea do positivismo jurídico, que ele denomina de positivismo jurídico em sentido estrito (*stricto sensu*). A característica central desta corrente é a sua diferenciação da abordagem denominada de moralismo jurídico¹³⁵. Em síntese, Dimoulis chama de moralismo jurídico a tese da necessária conexão entre direito e moral. Com isso, o direito formalmente válido poderia ser corrigido por considerações de ordem moral do aplicador, já que os sistemas jurídicos têm a pretensão de ser moralmente corretos ou justos, sendo este um atributo da juridicidade. A correção, nestes casos, implica a modificação dos conteúdos normativos. Uma tese moderada do moralismo pugna pela correção do direito apenas quando necessário (em casos de extrema, intolerável ou proposital imoralidade ou injustiça), o que pode incidir na interpretação e implicar a validade das normas jurídicas¹³⁶. Já a tese radical do moralismo jurídico considera direito e moral como inseparáveis, assumindo que “nenhuma distinção definitiva pode ser feita entre padrões jurídicos e morais”, como afirma Dworkin¹³⁷. As teses do moralismo jurídico estão sujeitas a críticas (i) pelo excesso de subjetivismo que carregam, (ii) pela inexactidão conceitual, pois restringem o conteúdo do direito positivo, ao excluir normas que sejam interpretadas como imorais, e ampliam o campo de juridicidade para além do direito positivo ao atribuir sentido jurídico a imperativos que não foram estabelecidos por autoridades amparadas pelo poder

¹³⁴ Para Hart, “boa parte da teoria do direito do século XX consistiu na gradativa compreensão (e algumas vezes no exagero) do fato importante de que a diferença entre as incertezas da comunicação feita por exemplos dotados de autoridade (precedente), de um lado, e as incertezas da transmissão feita por uma linguagem geral vinculante (legislação), por outro, é muito menos sólida do que sugere essa contraposição ingênua” (HART, Op. Cit., p. 163).

¹³⁵ DIMOULIS, Op. Cit., 2018, p. 38.

¹³⁶ Posição adotada por Gustav Radbruch, que defende que “o conflito entre a justiça e a segurança jurídica deveria ser resolvido no sentido de que o direito positivo, garantido no sentido da legislação e do poder, deve prevalecer mesmo quando, do ponto de vista do conteúdo, é injusto ou inadequado. A não ser que a contradição entre a lei positiva e a justiça alcance um nível tão insuportável, que a lei, enquanto ‘direito injusto’, deve recuar diante da justiça” (RADBRUCH, Op. Cit., 2010, p. 345). Cf. CANARIS, Op. Cit., 2002; ALEXY, Op. Cit., 2018, p. 43-48.

¹³⁷ DWORKIN, Op. Cit., 2010, p. 73. Dworkin nesta passagem se refere especificamente a “sistemas jurídicos complexos, como os que vigoram nos Estados Unidos e na Grã-Bretanha”, recusando a possibilidade da aplicação de um teste fundamental de reconhecimento do direito. Cf. DWORKIN, Op. Cit., 2014, p. 620, onde sustenta que o direito é uma parte da moral política.

político, e (iii) pelo apologismo do direito vigente, considerado como legitimado pela justiça das decisões que são tomadas pelos detentores do poder¹³⁸.

Para o positivismo jurídico em sentido estrito, o estudo e a compreensão do direito não levam em consideração a sua avaliação moral¹³⁹. Da mesma forma, o reconhecimento da validade de um sistema jurídico (ou de uma norma) não depende da sua conformidade a critérios sobre o justo e o correto. A tese da separação entre direito e moral não descarta a influência da moral na formação do direito, nem da sua interferência no momento da interpretação, mas descarta que a moral possa ser considerada como uma condição da validade do direito ou como fonte de criação de imperativos jurídicos válidos¹⁴⁰.

A este respeito, Dimoulis afirma que os legisladores não têm interesse em contrariar a moral dominante, pois isso comprometeria a legitimidade política e, conseqüentemente, a eficácia social do sistema jurídico¹⁴¹. Parece, no entanto, que se trata, aqui, de uma interação entre a moral e a política, na medida em que a observância da moral pelo detentor do poder de decidir está diretamente ligada à manutenção deste poder, muito mais do que à estabilidade do sistema jurídico. Ao contrariar a moral dominante, possivelmente o legislador encontraria dificuldades em manter sua posição de poder. O que vai permitir que o legislador contrarie a moral dominante pela imposição de sua moral pessoal será o nível da força que garante o seu poder.

O direito des-moraliza conceitos morais ao incorporá-los ao direito como elementos de normas jurídicas. Trata-se de uma colonização da moral pelo direito, já que as conseqüências da conduta, que antes se davam apenas no campo da moral, passaram também a se produzir no âmbito do direito, que tende a ter uma força muito maior, absorvendo a própria moral. Com isso, a moral nunca tem uma relevância autônoma quando incorporada por uma norma jurídica. Entre seus imperativos e o aplicador do direito situa-se sempre uma norma jurídica que autoriza, ou mesmo impõe, o recurso à moral, sendo este o aspecto relevante para o positivismo jurídico¹⁴². Assim, o positivismo jurídico interessa-se pela validade do direito, e não pelo seu valor, já que considera o direito como historicamente contingente, não se vinculando a concepções culturais, éticas ou políticas¹⁴³.

¹³⁸ DIMOULIS, Op. Cit., 2018, pp. 38-49.

¹³⁹ Para Shapiro, “to build or operate a legal system one need not possess moral legitimacy to impose legal obligations and confer legal rights: one need only have the ability to plan” (SHAPIRO, Op. Cit., 2011, p. 156).

¹⁴⁰ A diferenciação entre direito e moral indica que as decisões jurídicas, tomadas com base exclusivamente no código do direito, não têm pretensões de acesso ao ideal de justiça (LADEUR, Op. Cit., 1999, p. 14).

¹⁴¹ DIMOULIS, Op. Cit., 2018, p. 101.

¹⁴² MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. **Inclusivismo Lógico-Jurídico**. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 120. Cf. DIMOULIS, Op. Cit., 2018, p. 105.

¹⁴³ BIX, Op. Cit., 2018, p. 7-8. Cf. DIMOULIS, Op. Cit., 2018, pp. 49-51; LUHMANN, Op. Cit., 2016a.

O positivismo jurídico em sentido estrito não recusa, também, a aproximação entre direito e política, já que considera que a validade das normas decorre de uma imposição de autoridades amparadas pelo poder político e, neste sentido, a criação de normas gerais seria uma expressão de vontade política e objetiva finalidades políticas. Deste modo, enquanto as implicações do direito com a política são essenciais¹⁴⁴, as relações do direito com a moral são circunstanciais. O direito positivo válido sempre será resultado de uma manifestação de vontade política, mas a imposição da moral pessoal do legislador, que pode acontecer por ele deter o poder de decisão, não significa que a sua convicção moral seja a melhor ou a mais aceita. Por isso, as finalidades políticas devem ser muito mais decisivas do que as ponderações de ordem moral para a tomada de decisões com base no direito positivo, pois a eventual origem moral da norma fica encoberta pela sua natureza política¹⁴⁵.

O reconhecimento da interação comunicativa entre direito e política não impede o reconhecimento da diferenciação funcional entre estes subsistemas sociais na doutrina do positivismo jurídico em sentido estrito. O aplicador do direito não deve fazer considerações de ordem política em suas decisões, garantindo a diferenciação funcional do direito, cujas operações se baseiam no binômio lícito/ilícito. O direito positivo é o produto das decisões tomadas sob o binômio poder/não poder que configura as operações do sistema político¹⁴⁶. Uma vez estabelecida a programação normativa do direito, considerações de natureza política devem ser totalmente evitadas nas operações do sistema do direito para que ele não seja corrompido.

Em sentido contrário, Dimoulis aponta que “o aplicador e o estudioso devem entender e implementar a vontade dos criadores de normas, distanciando-se de suas convicções morais e políticas”¹⁴⁷. No entanto, esta proposta de interação entre as razões de decidir da política e a codificação do sistema do direito nas tomadas de decisões de suas instituições configura uma alopoiese e compromete o fechamento operacional do sistema jurídico¹⁴⁸. Não se trata de confiar em uma neutralidade política do direito, mas de manter a

¹⁴⁴ LUHMANN, Niklas, “A Constituição como Aquisição Evolutiva”. Tradução livre feita por Menelick de Carvalho Netto a partir do original LUHMANN, Niklas. “La costituzione come acquisizione evolutiva” em ZAGREBELSKY, Gustavo (coord). **II Futuro Della Costituzione**. Torino: Einaudi, 1996.

¹⁴⁵ DIMOULIS, Op. Cit., 2018, p. 54.

¹⁴⁶ LUHMANN, Op. Cit., 2016a; THORNHILL, Chris. “Niklas Luhmann and the sociology of the constitution” em **Journal of Classical Sociology**, n. 10(4), 2010, pp. 315-337; CARNEIRO, Wálber Araujo. “Estado do Direito no Estado de Direito: por uma ecologia de suas possibilidades” em MORAIS, José Luis Bolzan de (org.). **Estado & Constituição: o “fim” do Estado de Direito**. Florianópolis: Tirant lo blanch, 2018; Cf. CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Direito e diferenciação social**. São Paulo: Saraiva, 2011.

¹⁴⁷ DIMOULIS, Op. Cit., 2018, p. 55.

¹⁴⁸ A alopoiese ocorre quando há uma assimetização externa ao nível da orientação normativa. Com isso, o sistema passa a ser determinado por prescrições do mundo exterior (ambiente), perdendo o significado da própria

observação do direito centrada apenas em sua programação, mesmo reconhecendo que as operações do direito poderão produzir consequências no ambiente interno de outros sistemas sociais parciais, como no sistema político. Da mesma forma que acontece com a moral, sendo o direito positivo historicamente contingente, não é possível recorrer à vontade do legislador no momento da criação do direito para sua aplicação, pois isso pode não ter o mesmo sentido da vontade política predominante no momento da tomada de decisão.

Delimitado o positivismo jurídico em sentido estrito, diferenciando-o da moral e da política, deve-se analisar a sua função. O direito é um sistema de normas que estão voltadas para o estabelecimento de expectativas congruentes de conduta. Em sua programação, as regras de conduta são conjugadas com a previsão normativa de sanção para os comportamentos que frustrem as expectativas do sistema, por meio de procedimentos operacionais que ocorrem em instituições legitimadas para aplicar o direito. Como a maioria dos sistemas normativos opera com funções semelhantes, a identificação da função do direito, por si só, não é suficiente para diferenciar sua programação de outras programações como as dos sistemas da moral, da religião, da política ou da economia, por exemplo. Uma abordagem descritiva do direito, como a do positivismo jurídico em sentido estrito, não incorpora a análise de sua função, que não é ontológica.

Para o positivismo jurídico em sentido estrito, a diferenciação do sistema do direito, portanto, está ligada às condições de criação das normas que integram a sua programação, o que é compreendido a partir da noção de validade¹⁴⁹. A validade se identifica com a noção de existência da norma enquanto elemento do sistema jurídico capaz de estabelecer relações com outros elementos para produzir operações de seleção a partir do binômio lícito/ilícito. Assim, a validade se refere ao pertencimento de uma norma a um sistema jurídico cuja programação lhe garante uma coercitividade como resultado de suas operações. A programação do sistema jurídico cria, para as instituições responsáveis pelas operações do sistema, a atribuição de reconhecer a validade de uma norma, conferindo-lhe a eficácia pela tomada de decisões com fundamento em suas prescrições.

De um modo geral, a verificação da validade das normas pelas instituições do sistema do direito se dá a partir das condições estabelecidas em outras normas, o que envolve o estabelecimento de procedimentos formais para sua criação, mas não só. Além da determinação da competência de autoridades, ou pessoas com poderes para estabelecer as

diferença. (NEVES, Marcelo. "De la autopoiesis a la alopoiesis del Derecho". *Doxa*. n. 19 (1996), pp. 403-420, p. 413).

¹⁴⁹ Conforme Gardner, "legal positivism is not a proposition specifically about laws. It is a proposition about what makes norms valid as legal norms, and hence as part of the law" (GARDNER, Op. Cit., 2012, p. 38).

normas, e dos trâmites processuais para se chegar à decisão política traduzida na forma de norma jurídica¹⁵⁰, são também condições de validade os limites espaciais e temporais de sua eficácia e as regras do sistema para resolver casos de incompatibilidade entre o conteúdo de diferentes normas¹⁵¹.

A incompatibilidade de conteúdo com outras normas, como já se viu, não é, por si, uma causa de invalidade de uma norma, salvo quando existe uma regra que determina que, em caso de incompatibilidade de conteúdo entre determinadas normas do sistema, uma delas deva ser considerada inválida a partir de critérios estabelecidos. As antinomias resultantes da contradição entre proposições jurídicas são eliminadas por três critérios apontados por Bobbio: o hierárquico, o cronológico e o da especialidade. Pelo hierárquico, a regra é *lex superior derogat inferior*; pelo cronológico, aplica-se a regra *lex posterior derogat priori*; e pelo da especialidade, a regra *lex specialis derogat generali*.

Nos sistemas jurídicos contemporâneos, o critério hierárquico tem prevalência sobre o critério cronológico, o que significa que uma norma superior possa invalidar uma norma inferior, ainda que esta seja posterior. Já em relação ao conflito entre o critério cronológico e o da especialidade, o autor indica que prevalece o critério da especialidade, pois a lei geral sucessiva não elimina a lei especial anterior. No entanto, quando a colisão se dá entre o critério hierárquico e o da especialidade, Bobbio afirma que “não existe uma regra geral consolidada” e a solução ficará a cargo do intérprete, “que irá aplicar ora um ora outro critério segundo as circunstâncias”¹⁵². A gravidade deste conflito, para o professor italiano, estaria na colisão entre os valores da ordem, que seria garantida pelo critério hierárquico, e da justiça, que seria atendida pela adaptação gradual do direito às necessidades sociais, que é atinente ao critério da especialidade.

Deve-se notar, contudo, que, em termos de verificação de validade das normas em uma antinomia, a aplicação do critério da especialidade não altera a validade da norma preterida. No caso da prevalência de uma norma especial sobre uma norma geral, a norma geral não se torna inválida, mas apenas ineficaz em relação ao fato a que diz respeito a norma especial. Nesse caso, a norma geral permanece válida e aplicável a todos os outros fatos que não sejam objeto de normas especiais. O mesmo se dá em caso de colisão entre critérios. No

¹⁵⁰ A teoria normativa de J. Austin define o direito como a totalidade dos comandos de um soberano que são reforçados por sanções (RUMBLE, Wilfrid E. (ed.). **John Austin: The province of jurisprudence determined**. New York: Cambridge University Press, 2007). Cf. ALEXY, Op. Cit., 2018, p 21; BOBBIO, Op. Cit., 1995, p. 105-109.

¹⁵¹ Neste sentido, John Gardner afirma que “in any legal system, whether a given norm is legally valid, and hence whether it forms part of the law of that system, depends on its sources, not its merits” (GARDNER, Op. Cit., 2012, p. 33). Cf. DIMOULIS, Op. Cit., 2018.

¹⁵² BOBBIO, Op. Cit., 2010, p. 265.

caso da prevalência do critério da especialidade sobre o cronológico, a norma posterior geral preterida não perderá a validade por ter prevalecido, em concreto, uma norma anterior especial. No caso da colisão entre os critérios da hierarquia e da especialidade, somente a prevalência da norma superior geral sobre a inferior especial terá como consequência a invalidade da segunda. Quando a decisão for de prevalência de uma norma inferior especial sobre uma norma superior geral, esta segunda não será considerada inválida, mas apenas ineficaz em relação à situação prevista na lei inferior especial. Disto pode-se concluir que o critério hierárquico tem preponderância em termos de determinação da validade sobre os demais critérios, cronológico e da especialidade, pois submete a ambos e não se submete a nenhum deles. Isto indica que, em geral, a programação dos sistemas jurídicos prioriza a ordenação das normas como um critério para tomada de decisão acerca do reconhecimento das normas jurídicas que integram a programação do sistema.

É neste sentido que Dimoulis afirma que o fundamento de validade de uma norma isolada se “encontra em outra norma, superior na hierarquia das fontes do direito. Motivo de validade da norma N2 é a N1, hierarquicamente superior e fixando competência para a criação de N2”¹⁵³. Daí decorre que uma lei é instituída em conformidade com o estabelecido na Constituição, o decreto em conformidade com a lei, a portaria em observância ao previsto no decreto que a autoriza e o edital nos termos da portaria que determinou sua publicação.

A ordenação hierárquica das normas quer dizer, segundo Bobbio, que uma norma inferior tem um poder normativo mais fraco, isto é, “essa menor força manifesta-se justamente na incapacidade de estabelecer uma regulamentação que esteja em contraste com a regulamentação de uma norma hierarquicamente superior”¹⁵⁴. Trata-se de um argumento insuficiente: é mais fraco porque incapaz de estabelecer uma regulamentação que prevaleça diante de outra, considerada superior. É o mesmo que dizer que é mais fraca porque a outra é mais forte. A questão é encontrar uma explicação do porquê se considera que uma norma é incapaz de estabelecer uma regulamentação que contrarie outra. A ordenação hierárquica da programação do sistema jurídico é aleatória e reflete uma decisão do sistema político no momento da estruturação do sistema jurídico. Assim, a questão da verificação da validade das normas em razão de seu conteúdo retorna aos critérios procedimentais para verificar a posição hierárquica das normas, a partir da verificação da autoridade designada para sua instituição e dos procedimentos estabelecidos para tanto, pois serão estas as condições observadas para se determinar a ordem hierárquica das normas jurídicas.

¹⁵³ DIMOULIS, Op. Cit., 2018, p. 62.

¹⁵⁴ BOBBIO, Op. Cit., 2010, p. 251.

Com efeito, a ordem hierárquica das normas jurídicas é estabelecida essencialmente pela verificação da autoridade competente e do procedimento utilizado para sua instituição. Uma norma constitucional somente é reconhecida como tal se resultante de um processo constituinte. A Constituição legítima, como resultado da manifestação do poder constituinte do povo, somente será reconhecida como norma superior de um sistema jurídico estatal se tiver sido aprovada por uma organização da sociedade criada para o fim de manifestar o poder constituinte, como, por exemplo, uma Assembleia Nacional Constituinte, respeitados os procedimentos estabelecidos para sua aprovação de acordo com a programação da organização. Portanto, a validade da Constituição é determinada pelo reconhecimento nas operações do sistema jurídico da autoridade competente e do procedimento seguido para sua criação e a superioridade do seu conteúdo em relação ao das outras normas derivará do reconhecimento desta superioridade pelas instituições do sistema do direito com fundamento na preponderância da autoridade e do procedimento sobre as demais autoridades e procedimentos que serão observados na instituição das demais normas que irão integrar a programação do sistema. A partir da ordem estabelecida para a força das autoridades e para a predominância dos procedimentos na Constituição, toda a estrutura hierárquica se formará.

Pode-se concluir que um conteúdo não é hierarquicamente superior em relação a outros conteúdos pelo sentido semântico que lhe é atribuído, mas pela sua posição hierárquica na ordenação do sistema jurídico, que é baseada no reconhecimento da competência da autoridade e da adequação do procedimento adotado para o estabelecimento da norma jurídica que abriga o conteúdo em questão.

2.6 A VALIDADE DO DIREITO NA TEORIA DOS SISTEMAS SOCIAIS

O conceito de validade não é utilizado por Luhmann, cuja teoria da autopoiese e do fechamento operacional descreve um sistema que se autodescreve, logo, se utiliza apenas de elementos do próprio sistema do direito segundo o seu código binário de comunicação de lícito/ilícito¹⁵⁵. A autopoiese é necessária para garantir a diferenciação funcional do direito em relação aos outros sistemas, o que impede que as operações do direito se deem com base nos binômios da economia (ter/não ter), da política (poder/não poder) ou da moral (bem/mal, ou bom/mau), pois, nestes casos, a comunicação não seria do direito, mas de outro sistema social, o que resultaria em uma corrupção do sistema do direito.

¹⁵⁵ Na verdade, *Recht* e *Unrecht* seriam melhor traduzidos como “conforme o direito” e “não conforme o direito”.

O que garante a diferenciação funcional do direito é a possibilidade de ele se autodescrever a partir de uma auto-observação das redundâncias de suas operações que se comunicam com a sociedade a partir do binômio lícito/ilícito conforme a sua programação normativa e a atividade decisória de suas instituições. Portanto, ao negar a influência de fatos sociais, inclusive da política, na determinação do direito, Luhmann afirma que a validade é um conceito simbólico da unidade do sistema jurídico, uma vez que todas as operações relacionadas ao conceito de validade pertencem ao sistema do direito¹⁵⁶.

Deste modo, a noção de validade do direito na teoria dos sistemas está relacionada à estabilização, que se dá, essencialmente, no centro do sistema (decisões das instituições). No entanto, a discussão sobre a validade transita da periferia (estrutura normativa) para o centro e de volta para a periferia, mantendo-se reflexivamente ligada ao induzimento da função baseada no binômio lícito/ilícito. A determinação do que é válido e do que é inválido é essencial para a estabilização do sistema, pois é decisivo para que as operações do sistema atendam às expectativas congruentes de conduta. O que é considerado inválido no centro do sistema modifica a programação normativa da periferia, mantendo a diferenciação entre o que é direito e o que não é. Logo, também em Luhmann, a existência e a validade estão diretamente ligadas. O reconhecimento de uma norma como pertencente ao sistema do direito passa tanto pela conformidade procedimental de sua inclusão no sistema (licitude formal), que é resolvida na periferia, quanto pela conformidade de conteúdo em face da hierarquia interna do sistema (licitude material), que é decidida no centro do sistema¹⁵⁷.

A teoria dos sistemas considera que a função do direito é realizar operações mobilizadas pelo binômio lícito/ilícito que recaem sobre comportamentos humanos avaliados de acordo com as expectativas congruentes de conduta estabelecidas na programação do sistema. As instituições do sistema devem realizar operações de acordo com sua programação, que é formada por expectativas congruentes de conduta que, quando não atendidas, ensejam novas operações no sentido de se atender às expectativas. Assim, não haveria uma “norma de reconhecimento”¹⁵⁸, mas a possibilidade de reconhecimento do caráter jurídico das normas

¹⁵⁶ LUHMANN, Niklas. “A Restituição do Décimo Segundo Camelo: Do Sentido de uma Análise Sociológica do Direito”, em ARNAUD, André-Jean; LOPES JR., Dalmir. **Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica**. Rio de Janeiro:Lumen Juris, 2004, pp. 40-42

¹⁵⁷ Isso não quer dizer que o direito dependa de um conjunto de princípios ou que detenha uma finalidade especial. Não existem normas pressupostas que comandam a sua autopreservação e a sua auto-reprodução. Como afirma Ladeur, “there is no absolute beginning of the system (...). There is no essence” (LADEUR, Op. Cit., 1999, p. 11).

¹⁵⁸ Ladeur afirma que “every approach to the establishment of a meta-norm as a stable source of validity runs counter to the necessary function of a positive validity which is self-generated by the system” (Op. Cit., 1999, p. 14).

que integram uma programação, por meio da qual se produzem e reproduzem operações reconhecidas como jurídicas no processo de auto-observação. A validade seria a aptidão para dinamizar as operações.

A validade de uma norma deve ser observada no sentido formal e material. A decisão sobre a validade ou invalidade de uma norma será tomada pelas instituições responsáveis pelo reconhecimento do direito. Por exemplo, uma lei municipal que declare ter efeitos revogatórios da constituição não terá o seu comando reconhecido pelas instituições centrais e, logo, não terá validade no sistema. A validade das normas no direito internacional é determinada pelos comandos das normas que integram a sua estrutura e pelo reconhecimento desta validade pelas instituições centrais responsáveis pela tomada de decisões no plano internacional.

A existência de condutas desconformes às expectativas da programação normativa de uma ordem jurídica não se configura como causa de invalidade da norma jurídica, mas, pelo contrário, de sua eficácia, por meio de novas operações direcionadas para o atendimento daquelas expectativas. A identificação do comportamento como desviante, ao contrário de ser considerado como um fator de enfraquecimento do sistema, serve para o fortalecimento de sua função ao ensejar novas operações voltadas para a imposição da prescrição da norma, com o objetivo de promover o comportamento conforme as expectativas da programação, rechaçando as condutas desviantes. Uma norma não será considerada ineficaz por acontecerem comportamentos desconformes, e sim quando não for utilizada nas operações do sistema, isto é, quando sua prescrição for desconsiderada pelas instituições centrais.

2.6.1 As relações do sistema do direito com o ambiente

De um modo geral, os sistemas sociais são irritados por comunicações inesperadas, o que resulta em variações nos elementos constantes da estrutura do sistema. Assim, novas seleções são realizadas por parte da estrutura, que é formada por expectativas de comportamento que orientam a comunicação. A variação dos elementos leva o sistema a selecionar referências de sentido que sejam apropriadas para conformar estruturas capazes de estabelecer e condensar expectativas. Com isso, torna-se necessário repudiar o que for incapaz de estruturar o sistema no sentido de garantir que haja o encadeamento de comunicações anterior e posterior. Ao final, a reestabilização se dá no relacionamento do sistema com seu ambiente, ao comunicar o estado atualizado do sistema em evolução após uma operação de seleção e, portanto, trata sobre o modo pelo qual os subsistemas sustentam-se no ambiente.

“A variação relaciona-se aos elementos, a seleção às estruturas, e a reestabilização à unidade do conjunto da reprodução”¹⁵⁹.

Existem diversas hetero-observações do direito a partir dos outros sistemas sociais parciais que assimilam a programação e as operações do direito e a submetem à sua respectiva função. Muitas dessas observações externas do direito, ocorridas em uma pluralidade de posições de observação, são capazes de se comunicar entre si e de volta com o direito. Entretanto, ao direito, como a qualquer outro sistema social parcial, interessa apenas a observação de um observador: o sistema que observa a si próprio, isto é, sua auto-observação. A interação comunicativa com o ambiente presta-se a assimilações que geram aprendizagens e novas decisões no centro do sistema, que modificam ou reafirmam a programação do sistema, mantendo a sua diferenciação funcional¹⁶⁰. Portanto, o direito se reconhece e se reproduz como o direito resultante de sua auto-observação.

Todas as descrições do direito, vindas de fora do sistema do direito, as hetero-observações, não são consideradas pelo direito em sua auto-descrição, mas são levadas em conta nas suas operações de construção, manutenção e atualização da programação do sistema, que se dá no entrelaçamento do direito com a política. A preservação da diferenciação está no fechamento operacional que resulta da tradução das hetero-observações para a linguagem do direito e a sua consideração a partir do binômio lícito/ilícito. O direito se reproduz, assim, a partir da diferença entre direito e não-direito estabelecida pelo próprio direito (auto-referência), produzindo novas redundâncias que permitem que a auto-observação do sistema faça novas auto-descrições, o que implica atualizações que representam a sua evolução¹⁶¹.

Logo, pode-se afirmar que a validade do direito decorre daquilo que o direito, em sua auto-referência, a partir da auto-descrição que decorre de sua auto-observação, reconhece como válido a partir dos parâmetros atuais da programação vigente no sistema do direito em questão. Qualquer tentativa de questionar o funcionamento do sistema jurídico a partir de premissas que não podem ser observadas de dentro do sistema jurídico, como hetero-observações, como foi visto, não é considerada pelo direito em sua auto-descrição e, portanto, são não-direito.

¹⁵⁹ PALMA, Maurício. “Heterarquias Hierárquicas: Semântica e Paradoxos de Atuais Arranjos Jurídicos Globais”, em CALABRIA, Carina; PALMA, Maurício (org.). **Fugas e Variações Sobre o Transconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 139.

¹⁶⁰ SIMIONI, Op. Cit., 2006, p. 50.

¹⁶¹ LUHMANN, Op. Cit., 2006, *passim*.

As hetero-observações da auto-referência do direito, partindo de linguagens de outros sistemas sociais, podem ser capazes de descrever paradoxos no funcionamento do direito. Mas esses paradoxos não trazem problemas para o funcionamento do direito, porque não são comunicados na linguagem do direito. O próprio sistema jurídico trata de se desparadoxar em suas operações pela sua auto-referência, ao determinar o que é direito e o que não é, o que produz novas, e mantém velhas, redundâncias.

Um exemplo disso seria o reconhecimento de um novo direito subjetivo pelo sistema jurídico, a partir da adoção de uma norma jurídica que protege uma pretensão que, antes, não era reconhecida. A hetero-observação pode apontar para o paradoxo do não reconhecimento, pelo sistema do direito, de um direito (não jurídico) que preenche as condições para fazer parte da programação do sistema do direito para ser considerado como um direito (*right*). Logo, a hetero-observação é capaz de descrever um direito (*right*) observado pelo sistema do direito como não conforme ao direito (e, portanto, sequer descrito), porquanto o sistema do direito só observa o direito (auto-referência) porque o não-direito não pertence a sua programação. Realizada a comunicação do ambiente com o sistema jurídico, que assimila a hetero-observação e é capaz de aprender (abertura cognitiva), uma nova decisão, no sentido de incluir na programação do sistema do direito esse novo direito, desparadoxiza o sistema. O paradoxo é neutralizado na forma de contradição e eliminado por um procedimento do próprio sistema¹⁶². Mesmo uma decisão no sentido de não incluir tal direito não é problemática, uma vez que a não inclusão não tem repercussão no funcionamento do sistema, que permanece sem o paradoxo (e não reconhece a contradição) em sua auto-descrição. A autonomia e a diferenciação do direito estão em lhe ser atribuído o tratamento de seu próprio paradoxo conforme sua própria linguagem.

Deste modo, o conceito de validade é essencial para a concepção de fechamento operativo do sistema do direito, servindo como regra de reconhecimento da juridicidade por meio da autopoiese. “O sistema reproduz a si próprio através de operações recursivas fechadas, de forma que ele produz o sentido normativo a partir da base do sentido normativo”¹⁶³. Isso quer dizer que a normatividade não pode advir do ambiente, pois toda a comunicação que se refere às normas jurídicas será comunicação interna e própria do sistema. As comunicações com o ambiente também não reproduzem a qualidade normativa, sendo que os *inputs* e os *outputs* produzem apenas expectativas cognitivas, que permitem a aprendizagem recíproca, sem comprometer o fechamento operacional dos sistemas.

¹⁶² LUHMANN, Op. Cit., 2004, pp. 56-57.

¹⁶³ LUHMANN, Op. Cit., 2004, p. 63.

O reconhecimento da validade de uma norma pelo sistema do direito é comunicado para os outros sistemas sociais parciais que, ao assimilar esta informação, promoverão as adaptações necessárias, se houver adaptações a fazer, em suas programações, com base em suas respectivas funções, pois há uma nova perspectiva de expectativas de conduta resultante da aplicação da norma jurídica. A proibição de circulação de um determinado produto, ou da realização de certa atividade, irá produzir efeitos na programação de outros sistemas sociais, que terão que se adaptar a essa realidade. Abertura e fechamento dos sistemas se completam, tomando-se a complexidade crescente como variável do desenvolvimento promovido pela comunicação.

No sistema do direito, o conceito de validade garante a estabilização da abertura e do fechamento do sistema. A norma é concebida na periferia do sistema, onde ocorre a comunicação com o ambiente na forma de *input*, para ser submetida às instituições que se situam no centro, onde serão tomadas decisões com fundamento nela. A operação impulsionada pela existência da norma depende de uma decisão preliminar sobre sua validade, isto é, sobre a conformidade de sua criação com a autoridade legiferante e com o procedimento previsto na programação, além da conformidade com a hierarquia interna do sistema, estabelecida por uma diferenciação de níveis normativos na periferia do sistema.

Considerada válida, a comunicação passa, de volta, à periferia na forma de norma jurídica, que interage comunicativamente com o ambiente ao produzir efeitos jurídicos a partir de decisões tomadas de dentro do sistema. A recursividade das operações, com base na norma válida, garantirá o fechamento operacional do sistema e a comunicação das decisões proporcionará a sua abertura para o ambiente na forma de *output*. Portanto, norma jurídica válida é norma pertencente ao sistema do direito, porque reconhecida como válida pela autopoiese e cuja validade garante a estabilização autopoética do sistema.

2.6.2 O sistema jurídico na sociedade mundial

Como o direito é texto, e, portanto, linguagem, ele se explica como sistema de sentido, ou seja, como comunicação. A autopoiese de um sistema se dá quando a comunicação que ele seleciona diferencia e sintetiza componentes próprios do sistema, isto é, a informação, o ato de comunicar, e a compreensão¹⁶⁴. O ato de comunicar é o que permite conhecer a informação e a compreensão é o entendimento da informação. Embora o mundo

¹⁶⁴ LUHMANN, Niklas. **Complejidad y modernidade**: De la unidad a la diferencia. Trad. para espanhol de Jostxo Berian e José María García Blanco. Madrid: Editorial Trotta, 1998, p. 113.

não seja a comunicação, é a comunicação que divide o mundo entre o que participa e o que não participa da comunicação¹⁶⁵. O sistema é a forma de diferenciação por comunicação como uma consequência da vida em sociedade.

A comunicação é, deste modo, a célula da sociedade, pois a sociedade é um sistema que estabelece sentido e sentido é operação da comunicação de seleção por diferenciação. A operação é a tomada de decisão que seleciona ao diferenciar. Assim, como sistema que permite o estabelecimento de sentido, quando alguém quer saber o que é lícito (conforme ao sistema do direito) ou ilícito (não conforme ao sistema do direito), a resposta será encontrada no sistema do direito como sistema de sentido da sociedade, e não nos sistemas econômico, político, cultural, científico ou religioso.

Como a operação no sistema do direito é contingente, pois remete a decisão a outra possibilidade de seleção, ela resguarda uma liberdade de escolha dentre os sentidos possíveis dos elementos da estrutura do sistema. O que é obrigatório é que uma decisão seja tomada, de modo que o sistema se mantenha operativo e funcional. A recursividade das operações permite a sua descrição como algo que estabelece seus próprios limites, o que consiste na sua teorização¹⁶⁶. As teorias analíticas do direito só são possíveis a partir de uma observação de segunda ordem, que é capaz de enxergar a relação do sistema do direito com o entorno, o que permite uma abordagem crítica do funcionamento do sistema ao considerá-lo da perspectiva das demandas do ambiente.

A programação do sistema (regras, procedimentos, códigos e instituições) valora duplamente um lado e o outro dos códigos binários que dinamizam e caracterizam o sistema. Estes valores decorrentes da aplicação do código, abrem espaço de contingência ao assegurar que todas as operações do sistema podem se sujeitar, também, à valoração contrária, mas não indicam como se deve decidir. Eles asseguram a diferenciação do sistema e sua independência das premissas naturais, mas não são determinantes em relação ao sentido da direção das operações. Assim é que os enlaces e os acoplamentos com o entorno são decisivos para as operações do sistema do direito¹⁶⁷, na medida em que as valorações que irão prevalecer na programação irão repercutir sobre o funcionamento dos outros sistemas sociais.

¹⁶⁵ LUHMANN, Op. Cit., 2006.

¹⁶⁶ SILVA, Artur Stamford da. “A teoria dos sistemas de sentido em Niklas Luhmann e Epistemologia Jurídica” em SILVA, Artur Stamford da; Santos, Gustavo Ferreira (orgs.). **Sociedade, Direito e Decisão em Niklas Luhmann**. Recife: Editora Universitária UFPE, 2009, pp. 110-130.

¹⁶⁷ Luhmann afirma que “Acoplamiento es un concepto que implica tiempo. Se debería hablar de acoplar y desacoplar, de una integración momentánea que provee de forma pero que puede descomponerse de nuevo” (LUHMANN, Op. Cit., 2006, p. 152).

O sistema do direito envolve todas as operações jurídicas que acontecem na sociedade mundial, sejam elas decorrentes da ordem jurídica nacional, regional, internacional ou transnacional, reconhecendo, em todas, a importância do Estado como um sujeito. O Estado é uma organização política da sociedade¹⁶⁸. Para Luhmann, não há uma diferenciação regional da sociedade mundial, que se caracteriza pela diferenciação funcional a partir da Modernidade. O sistema político da sociedade mundial é segmentado em Estados, o que faz com que o direito, em razão do seu acoplamento estrutural com a política, na forma de constituição, também se configure como um sistema territorializado. A fragmentação política e jurídica na forma de Estados não é acompanhada por outros sistemas sociais parciais, como a economia, a cultura, a arte, a estética, a educação, a tecnologia, o esporte etc. que são todos, por essência, mundiais. Mesmo territorializados, os sistemas estatais da política e do direito criam programações normativas que levam em conta a mundialidade da sociedade e que se manifestam na forma de política e direito internacionais¹⁶⁹.

Apesar de se reconhecer o avanço da complexidade na sociedade mundial¹⁷⁰, em que as diferenciações funcionais constituem regimes normativos como a *lex sportiva*, a *lex mercatoria* e a *lex digitalis*, por exemplo, que desconsideram qualquer divisão territorial e se estabelecem à margem dos Estados, o sistema jurídico mantém a sua unidade. A noção de complexidade aparece como solução para os riscos de fragmentação, pois permite a compreensão da unidade na multiplicidade, que caracteriza o sistema jurídico contemporâneo.

Assim, a segmentação regional segue sendo relevante para o funcionamento do sistema jurídico, que reconhece e absorve os fenômenos contemporâneos, que não estão circunscritos nem em Estados, nem em Organizações Internacionais tradicionais, ao observar a racionalidade transversal normativa que aparece como costura que (re)une o amálgama do sistema do direito¹⁷¹. A razão transversal promove os entrelaçamentos que servem como “pontes de transição” entre heterogêneos¹⁷².

2.7 HIERARQUIA E HETERARQUIA NOS SISTEMAS JURÍDICOS

¹⁶⁸ LUHMANN, Niklas. **Organización y decisión**. Trad. para o espanhol por Darío Rodríguez Mancilla. Barcelona: Herder Editorial, 2016b.

¹⁶⁹ LUHMANN, Op. Cit., 2006, p. 418. LUHMANN, Op. Cit., 2016a, p. 46.

¹⁷⁰ LUHMANN Niklas. “The World Society as a Social System”, em **International Journal of General Systems**, Vol. 8, n. 3, 1982, pp. 131-138.

¹⁷¹ MENEZES, Wagner. **Ordem Global e Transnormatividade**. Ijuí: Unijuí, 2005, *passim*, e MENEZES, Wagner. “O direito internacional contemporâneo e a teoria da transnormatividade” em **Pensar**, Fortaleza, v. 12, pp. 134-144, mar. 2007.

¹⁷² NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 39.

A maior parte das estruturas de sistemas sociais da modernidade é concebida de forma hierárquica. A organização da estrutura dos sistemas com base na subordinação dos elementos orientados por uma autoridade superior é o modelo de organização por excelência em diversos sistemas sociais. As relações nas estruturas hierárquicas são intra-contextuais e observam os procedimentos que garantem a manutenção da subordinação que lhe é característica.

A identificação das relações heterárquicas só se deu na segunda metade do Século XX, a partir de observações de fenômenos ligados à neurociência e que foram fundamentais para o desenvolvimento da cibernética. Logo se percebeu que os arranjos heterárquicos, embora opostos à lógica da hierarquia, não a anulavam, mas estabeleciam com as estruturas hierárquicas uma relação de complementariedade. A percepção do entrelaçamento das hierarquias¹⁷³ se reflete no sistema do direito pelo entrelaçamento de ordens estatais, internacionais, supranacionais e transnacionais no âmbito de um sistema jurídico mundial¹⁷⁴. Estas relações, heterárquicas e inter-contextuais¹⁷⁵, somente são possíveis pelo reconhecimento recíproco das estruturas e programações intra-contextuais que permite a comunicação e garante a manutenção da capacidade de aprendizagem e desenvolvimento.

O conceito de contextura é mais amplo que o de contexto, pois permite um alcance da comunicação além do contexto. Pela lógica formal, toda relação binária de tudo ou nada, ser ou não ser, direito ou não direito, lícito ou ilícito, implica a aceitação do princípio lógico do *tercium non datur*, ou seja, o código não comporta outra possibilidade. O contexto é uma situação limitada aos extremos do binômio, havendo um *tercium non datur* universal e inultrapassável entre os dois pontos-limite. Nas situações contextuais, o *tercium non datur* não impede uma infinidade de alternativas aos extremos da lógica binária, ao permitir negações parciais¹⁷⁶. Passa-se, então, da lógica formal binária para uma lógica difusa, que admite que a verdade de uma proposição seja suscetível a diferentes graus, não se limitando aos extremos binários do <0> (falso) e <1> (verdadeiro)¹⁷⁷. Em razão da imprecisão das

¹⁷³ “O que fora uma clara organização hierárquica tornou-se uma volta estranha ou uma hierarquia entrelaçada (“a strange loop or a tangled hierarchy”). Ainda há níveis diferentes, mas a distinção entre “mais baixo” e “mais alto” foi dissolvida” (HOFSTADTER, Douglas R. **Gödel, Escher, Bach: um entrelaçamento de gênios brilhantes**. Trad. José Viegas Filho. Brasília: Editora UnB, 2001, p. 755). A volta estranha, de acordo com Hofstadter, acontece quando, por movimentos para cima, ou para baixo, em sistemas hierárquicos, de maneira inesperada, se retorna ao ponto inicial.

¹⁷⁴ NEVES, Op. Cit., 2009, p. 34.

¹⁷⁵ GOTTARD, Günther. “Life as Poly-Contextuality”, disponível na Internet em http://www.vordenker.de/ggphilosophy/gg_life_as_polycontextuality.pdf, acessado em 03 de setembro de 2019.

¹⁷⁶ GOTTARD, Op. Cit., p. 3.

¹⁷⁷ Delmas-Marty e Izorche explicam a diferença entre a lógica formal e a lógica difusa por semelhança dos circuitos elétricos: “Le passage de cette logique binaire (interrupteur ouvert ou fermé, lampe allumée ou éteinte)

proposições dos extremos do binômio e diante do risco da insuficiência das soluções disponíveis, a decisão deve ser tomada em uma perspectiva diacrônica, para poder considerar que variações no modo de combinação dos elementos podem causar inconsistências. A realidade comporta uma infinidade de descrições contextuais, que são limitadas nos extremos pelo código binário, mas acomodam uma infinidade de possibilidades intra-contextuais dentro dos limites¹⁷⁸.

A percepção da realidade multicontextual é possível a partir dos sistemas autopoieticos, pois eles exigem uma forma de pensar em um modelo “hipercíclico”, que é uma multiplicidade de relações circulares interconectadas. Há, assim, múltiplas circularidades menores que se entrelaçam mediadas por um meta-circuito, que garante a estabilidade e inclusão¹⁷⁹. Este entrelamento de circularidades permite uma comunicação que vai além do contexto de cada circuito, criando um ambiente multicontextual, no qual somente uma consideração heterárquica dos circuitos envolvidos permitirá uma decisão baseada na lógica difusa, isso é, capaz de dialogar para além das limitações do seu contexto hierarquizado.

2.7.1 Hierarquia

A hierarquia é caracterizada pelos arranjos normativos diferenciados em níveis de maior e menor importância. Esta forma de organização da programação normativa de um sistema assume a existência de diferentes autoridades, com poderes distintos e escalonados, definidos a partir de uma autoridade última, que tem o papel de centralizar as decisões sobre a distribuição das competências. Um sistema hierárquico opera sempre pela lei da transitividade da lógica, que segue a relação binária: $R(x,y) \wedge R(y,z) \rightarrow R(x,z)$. Em uma síntese, se x corresponde a y e y corresponde a z , então x corresponde a z ¹⁸⁰.

à la logique floue se traduit *non pas* par *un changement de structure* du circuit, mais par le remplacement des interrupteurs par des rhéostats, qui vont permettre de faire *varier continûment* l'intensité du courant électrique entre la valeur 0 et la valeur 1, en déplaçant le curseur: c'est le principe du variateur de lumière.” (DELMAS-MARTY, Mireille, IZORCHE, Marie-Laure. “Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit. Réflexions sur la validité formelle d'un droit commun pluraliste” em **Revue internationale de droit comparé**. Vol. 52, n. 4, 2000, pp. 753-780, p. 772-773).

¹⁷⁸ Gottard explica que “each contexture is logically finite insofar as its structure is confined to two values. But their respective ranges are infinite because one can generate, within respective domain, a potencial infinity of natural numbers” (GOTTARD, Op. Cit, p. 5).

¹⁷⁹ FEBBRAJO, Alberto. “The autopoietic approach and its form”, em TEUBNER, Gunther; FEBBRAJO, Alberto (eds.). **State, Law, and Economy as Autopoietic Systems**. Milão: Giuffrè, 1992, pp. 3-33, p. 24.

¹⁸⁰ VON GOLDAMMER, Eberhard; PAUL, Joachim; NEWBURY, Joe. “Heterarchy – Hierarchy: two complementary categories of description”, disponível na Internet em https://www.vordenker.de/heterarchy/a_heterarchy-e.pdf, acessado em 04 de setembro de 2019

Assim, nas relações hierárquicas, como todos os elementos estão submetidos a uma mesma ordem de autoridades e a um mesmo conjunto de procedimentos, é possível chegar a conclusões por meio da transição de conclusões anteriores e com base na estrutura do sistema. Por exemplo, se um decreto está em conformidade com a lei e a lei está em conformidade com a constituição, então, o decreto está em conformidade com a constituição. Nas estruturas hierárquicas, as relações de subordinação são antecipadamente estabelecidas e, com isso, os processos de tomada de decisão visam apenas identificar, pela lei da transitividade, o ponto de vista que prevalece de acordo com as regras do jogo de primazia.

Na *Teoria Pura do Direito*, Kelsen propõe uma esquematização hierárquica do sistema jurídico, mantida pelo arranjo estrutural dos órgãos jurídicos, que seriam responsáveis por observar o escalonamento entre as leis. Para ele, “a estrutura da ordem jurídica é uma construção escalonada de normas supra e infra-ordenadas umas às outras”, desta forma, o conflito entre normas somente poderia se dar entre normas do mesmo escalão, isto é, normas “estabelecidas por um e mesmo órgão”¹⁸¹.

Hart, por sua vez, aponta que, nos sistemas jurídicos mais complexos, em que existem várias fontes do direito, são criados mecanismos para solucionar possíveis conflitos entre as normas, “hierarquizando-se esses critérios segundo uma ordem de subordinação e primazia relativas”¹⁸². A subordinação, no entanto, distingue-se da derivação e, com isso, a norma complexa de reconhecimento se manifesta na prática de identificação das normas por meio de critérios distintos ordenados hierarquicamente. Como a validade de uma norma equivale a reconhecer que esta satisfaz todos os critérios propostos pela norma de reconhecimento, a estruturação hierárquica destes critérios será sempre levada em consideração na composição dos elementos do sistema jurídico.

Tradicionalmente, os sistemas jurídicos são concebidos como hierarquias que consistem em regras de primeiro nível e de nível superior. Ruitex aponta que as regras de conduta válidas, por sua vez, devem receber sua validade das regras de nível superior. Além de se tratar de regras de nível superior, regras de conduta, ou normas singulares de conduta, sua validade jurídica é tratada como um valor que todos compartilham. O autor indica que o sistema jurídico é tradicionalmente conceituado como uma hierarquia, servindo para a transmissão de validade de níveis mais altos para níveis mais baixos¹⁸³.

¹⁸¹ KELSEN, Op. Cit., 1996, pp. 229-230.

¹⁸² HART, Op. Cit., 2012, p. 130.

¹⁸³ RUITERX, Op. Cit., 1997, p. 495.

2.7.2 Heterarquia

A expressão “heterarquia” foi introduzida na pesquisa científica por Warren St. McCulloch, em seu trabalho sobre topologia de redes nervosas, publicado em 1945¹⁸⁴. A heterarquia foi considerada um complemento da hierarquia para compreender a função e as estruturas organizacionais das redes nervosas. O termo foi retomado pela teoria da organização social. Markus Reihlen explica que as organizações heterárquicas permitem a participação de todos os membros nas soluções dos problemas e, neste sentido, elas são organizadas democraticamente. Neste sentido, em um sistema heterárquico, nenhum membro será privado do acesso a novas informações, problemas ou soluções. Heterarquias são observadas como sistemas de negociação, em que se alcança decisões coordenadas por meio do ajuste mútuo e da gestão participativa entre os membros da organização¹⁸⁵. O sociólogo David Stark aponta que seus antecessores estudaram a hierarquia das tecnologias sociais de produção e de comunicação em massa, enquanto seu trabalho era voltado para a heterarquia, pelo estudo de tecnologias sociais de produção e comunicação colaborativas¹⁸⁶.

James Ogilvy afirma que a mudança da hierarquia burocrática em corporações, na economia e na sociedade, não induz, necessariamente, a uma anarquia, pois não se trata de uma ausência de hierarquia, mas sim da proliferação de hierarquias, a que ele chama de heterarquia. Nas estruturas heterárquicas, o problema não é a inexistência de hierarquia, de preferências ou de avaliações de uma coisa sobre outra, mas a existência de muitas hierarquias conflitantes, em que as prioridades se sobrepõem e competem entre si¹⁸⁷.

A noção de heterarquia na relação entre os elementos de um sistema em Luhmann é traduzida na noção de “labirinto”, que permite que se coloque à disposição um máximo de possibilidades de contatos no interior do sistema, por meio de poucos pontos de entrada e saída. Neste caso, ocorre uma multiplicidade de avaliações não dependentes e não

¹⁸⁴ MCCULLOCH, Warren St. “A Hierarchy of Values Determined by the Topology of Nervous Nets” em Bull. Math. Biophysics, 7 (1945), p. 89-93, disponível na Internet em https://vordenker.de/ggphilosophy/mcculloch_heterarchy.pdf, acesso em 03 de setembro de 2019. McCulloch é considerado um dos pais da cibernética; a profundidade de sua pesquisa se deve a influências da filosofia clássica e de diferentes formas de tratar da dialética, como em Kant e Hegel, bem como das investigações lógicas de Charles S. Peirce (GÜNTHER, Gotthard. “Number and Logos: Unforgettable Hours with Warren St. McCulloch”, disponível na Internet em <http://www.vordenker.de/numlog/numlog1.htm>, acessado em 03 de setembro de 2019).

¹⁸⁵ REIHLEN, Markus. “The Logic of Heterarchies: making organization competitive for knowledge-based competition”, p. 9, disponível na Internet em <https://www.econstor.eu/obitstream/10419/59784/1/71823040X.pdf>, acesso em 03 de setembro de 2019.

¹⁸⁶ STARK, David. **The Sense of Dissonance: Accounts of Worth in Economic Life**. Princeton; Oxford: Princeton University Press, 2009, p. XVII.

¹⁸⁷ OGILVY, James A. **Creating Better Futures: Scenario Planning as a Tool for a Better Tomorrow**. Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 31-36.

subordinadas e, com isso, as possibilidades de atualização do sistema são, em princípio, imprevisíveis¹⁸⁸.

O jogo de primazias em relações heterárquicas, portanto, não se aplica à regra da transitividade, pois a estrutura admite uma pluralidade de autoridades e de procedimentos. Torna-se necessário um modelo de processo que garanta uma equivalência de pontos de vista das estruturas intra-contexturais dos sistemas em relação, isto é, o processo de decisão precisa ser um paralelo simultâneo complexo de uma multitude de processos não transitivos. No processo de decisão, portanto, as contradições inter-contexturais são reconhecidas e mantidas dialeticamente, o que significa que a subordinação de um dos pontos de vista somente será alcançada ao final do processo de tomada de decisão¹⁸⁹.

O enfrentamento dos problemas complexos da contemporaneidade requer a complexidade da heterarquia¹⁹⁰. Uma das características de uma relação heterárquica é o pluralismo de autoridades e de procedimentos. Um exemplo de migração da hierarquia para a heterarquia na sociedade contemporânea pode-se observar nas transformações no direito de família no decorrer do século XX. Da estrutura hierárquica patriarcal do início do século, centrada em uma única autoridade, passou-se para estruturas heterárquicas, que reconhecem a igualdade de condições e de poderes de decisão entre o homem e a mulher, e ao reconhecimento de famílias homoafetivas, entre dois homens ou entre duas mulheres. Neste cenário, foram criados institutos jurídicos, como a guarda compartilhada, em que os envolvidos precisam resolver as questões heterarquicamente.

Reihlen afirma que a heterarquia combina autonomia com integração cultural para criar uma configuração organizacional flexível, permitindo a fusão de inteligência descentralizada no sistema de coordenação horizontal. O desafio consiste em gerenciar a tensão entre a autonomia e a integração cultural, pois, sem a integração cultural, a heterarquia se deteriora em uma anarquia ou em uma arena política em que os indivíduos são motivados apenas por seus interesses. O excessivo controle cultural leva à eliminação do caráter plural e priva a organização de sua capacidade de inovação. A heterarquia requer o comprometimento de seus membros às normas coletivas, assim como uma convergência de interesses para

¹⁸⁸ PALMA, Op. Cit., 2017, p. 137-8.

¹⁸⁹ VON GOLDAMMER, Eberhard; PAUL, Joachim; NEWBURY, Joe. “Heterarchy – Hierarchy: two complementary categories of description”, disponível na Internet em https://www.vordenker.de/heterarchy/a_heterarchy-e.pdf, acessado em 04 de setembro de 2019.

¹⁹⁰ OGILVY, Op. Cit., p. 146.

realizar processos de aprendizagem coletiva¹⁹¹. Parte do desafio de enfrentar a heterarquia está na aprendizagem de servir a vários mestres¹⁹².

Uma peculiaridade da heterarquia é que seus conflitos não podem ser solucionados pela mão visível de uma autoridade ou evitados antecipadamente por doutrinação (*prevented in advance by indoctrination*). Neste cenário, a gestão de conflitos aceita discordâncias relativas a valores e a decisão deve ser tomada a partir da possibilidade de um debate ou uma discussão sobre o caso, pelo qual as partes discordantes tenham a chance de justificar sua posição e convencer o oponente. Inevitavelmente, a decisão final será tomada por um gestor de conflitos que irá atuar como um juiz imparcial¹⁹³.

Pode-se perceber, então, a circularidade dos processos quando as considerações iniciais se dão a partir das estruturas hierárquicas intra-contextuais dos sistemas, passando para as relações heterárquicas inter-contextuais entre os sistemas e retornando, após a tomada de decisão, à lógica do sistema hierárquico prevalecente. Neste Capítulo foi analisada a importância do símbolo da validade para a identificação dos elementos da estrutura do sistema do direito, bem como as variadas formas de interação entre esses elementos nas operações seletivas do sistema. No Capítulo seguinte, será estudado o desenvolvimento sistêmico do direito internacional com uma ordem jurídica do sistema do direito. Na estrutura do entorno interno do sistema do direito internacional é possível observar como os entrelaces heterárquicos entre ordens normativas se fazem necessários nas operações que lidam com a complexidade da sociedade contemporânea.

¹⁹¹ REIHLEN, Op. Cit., p. 10-11.

¹⁹² OGILVY, Op. Cit., p. 147.

¹⁹³ REIHLEN, Op. Cit., p. 14. No plano jurídico, André-Jean Arnaud afirma que “negotiated legal order is gradually replacing the traditional, imposed legal order familiar to our societies” (ARNAUD André-Jean. “From Limited Realism to Plural Law. Normative Approach *versus* Cultural Perspective” em **Ratio Juris**. Vol. 11, n. 3, 1998, pp. 246–258, p. 257.

3 O DIREITO INTERNACIONAL COMO SISTEMA NORMATIVO

A demonstração do caráter sistêmico do direito internacional tem sido uma preocupação da doutrina internacionalista como resposta ao discurso da fragmentação do direito internacional em regimes jurídicos “autocontidos”. A tarefa, no entanto, mostra-se como um desafio frente à aceleração da expansão normativa e institucional da ordem jurídica internacional, ocorrida a partir da segunda metade do Século XX. Galvão Teles distingue os paradigmas de poderes constituintes das ordens jurídicas em paradigma fundacional e paradigma não-fundacional. No paradigma fundacional, em que o autor usa como exemplo os Estados Unidos, “a norma fundamental é constituída como norma individual (no que toca ao seu objeto) referida a determinado ato ou a determinados atos constituintes”. Já no paradigma não-fundacional, que tem como modelo o Reino Unido, “a norma fundamental é constituída como norma geral, sendo a competência reclamada por e para todos os atos de outra natureza”¹⁹⁴.

A ordem internacional se constitui a partir de um paradigma não-fundacional, pois não há uma pretensão de se estabelecer uma República Mundial¹⁹⁵, nem um governo central. A auto-referência à comunidade internacional existente nos textos internacionais¹⁹⁶ não remete à sua fundação, mas ao reconhecimento de algo que já existe¹⁹⁷. Neste sentido, o Tribunal de Justiça da União Europeia, em sua jurisprudência, afirmou, diversas vezes, nos anos 60 e 70 do século XX, a existência de uma “Constituição Europeia”, com base nos tratados constitutivos das comunidades europeias, admitindo que estes fossem normas constituintes “não-fundacionais”¹⁹⁸ da União Europeia.

As diferentes concepções teóricas do sistema do direito internacional sempre conviveram com discursos opositores que negaram a juridicidade da ordem internacional, por considerá-la como parte do aparato do sistema político. É comum, na doutrina

¹⁹⁴ TELES, Miguel Galvão. “Temporalidade Jurídica e Constituição” in CANOTILHO, J. J. Gomes (coord.). **20 anos da Constituição de 1976**, Boletim da Faculdade de Direito/Studia Iuridica 46/Colloquia – 5. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, pp. 25-53, p. 41.

¹⁹⁵ HÖFFE, Otfried. **A Democracia no Mundo de hoje**. Trad. Tito Lívio Cruz Romão. São Paulo: Martins Fontes, 2005

¹⁹⁶ Como, por exemplo, na Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, de 1969, artigo 53: “Tratado em Conflito com uma Norma Imperativa de Direito Internacional Geral (*jus cogens*). É nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza”.

¹⁹⁷ TRINDADE, A. A. Cançado. **International Law for Humankind: towards a new Jus Gentium**. 2 Vol. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2006.

¹⁹⁸ TELES, Op. Cit., 2000, p. 42. Sobre os precedentes do TJE que formataram o direito europeu, cf. BORGES, Thiago Carvalho. **Curso de Direito Internacional Público e Direito Comunitário**. São Paulo: Atlas, 2011.

contemporânea, apontar-se como início da teorização de um sistema de direito internacional a obra de Hugo Grócio, que teve o mérito de tratar, com abrangência e alguma pretensão de sistematicidade, o conjunto do direito internacional existente no século XVII¹⁹⁹.

É certo, contudo, que o direito internacional clássico não se constrói a partir desse momento, pois a relação entre os Estados sempre ocorreu desde sua diferenciação funcional em relação às outras formas de organização da sociedade medieval²⁰⁰, a partir de quando começam a se estabelecer as primeiras regras consuetudinárias de convivência e a serem firmados tratados bilaterais de caráter contratual. Diversos autores contribuíram na descrição deste processo de diferenciação²⁰¹, que culminou com a prevalência da organização da sociedade na forma de Estado na Modernidade.

A sociedade medieval, organizada de forma estamental, aumentou, progressivamente, as dificuldades de coordenação intrafuncionais, estimulando reações que tinham como objetivo aumentar as vias comunicativas de inclusão na sociedade. Essas reações, que já eram observadas na Baixa Idade Média, resultaram na diferenciação funcional dos sistemas sociais parciais, que passaram a dominar os meios de comunicação e que não se organizavam de acordo com a estratificação hierárquica medieval²⁰². Nesse cenário de transformação do estado de coisas é que os reinos se organizaram na forma de Estado e entraram em confronto com as outras formas de organização da sociedade da época, como a Igreja, o Império, a nobreza e as cidades. A nova ordem se estabeleceu com o triunfo dos monarcas absolutistas²⁰³.

Da relação entre os Estados, emergiram normas jurídicas que contribuíram para a emancipação dos reinos ao viabilizar a comunicação no ambiente da sociedade, por meio de institutos como a soberania, a integridade territorial e a igualdade jurídica. Por outro lado, essa ordem jurídica em formação legitimou a imposição pela força dos Estados sobre os territórios dos povos de outros continentes, que, excluídos da sociedade internacional, não

¹⁹⁹ VAN DER VLUGT, W. *L'Œuvre de Grotius et son influence sur le développement du droit international*. *Recueil des Cours*, v. 7, The Hague: ILA, 1925; AGO, R.; SCHIEDERMAIR, W; RIPHAGEN, A; TRUYOL SERRA; FEENSTRA, R. *Commemoration of the Fourth Centenary of the Birth of Grotius*. *Recueil des Cours*, v. 232, 1992; DAL RI JR., Arno. "Hugo Grotius entre o *jusnaturalismo* e a guerra justa: pelo resgate do conteúdo ético do direito internacional" em MENEZES, Wagner (org.). **O Direito Internacional e o Direito Brasileiro: homenagem a José Francisco Rezek**. Ijuí: Unijuí, 2004.

²⁰⁰ BARTLETT, Robert. **The Making of Europe: conquest, colonization and cultural change**. Londres: Penguin Books, 1994, p. 217-220.

²⁰¹ CAVALLAR, Georg. "Vitoria, Grotius, Pufendorf, Wolff and Vattel: Accomplices of European Colonialism and Exploitation or True Cosmopolitans?" em **Journal of the History of International Law**, Vol. 10, n. 2, 2008, pp. 181-209.

²⁰² LUHMANN, Op. Cit., 2006, p. 561-562.

²⁰³ VAN CREVELD, Martin. **Ascensão e declínio do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

gozavam de qualquer direito e ficavam vulneráveis²⁰⁴. Portanto, o direito internacional não se constituía como uma simples técnica jurídica neutra, mas, originalmente, representou a projeção de valores e de interesses dos Estados europeus, enquanto atores dominantes da comunidade internacional.

Com o passar do tempo, os processos de reescrita e reformulação da programação permitiram que a programação do direito internacional pudesse ser utilizada pelos movimentos de resistência a essa ordem dominante, até chegar às operações de inclusão, na forma de reconhecimento de novos Estados, a partir das declarações de independência das colônias²⁰⁵. Sob esse ponto de vista, o sistema de direito internacional é ambivalente: é, ao mesmo tempo, um instrumento de dominação e um instrumento de emancipação para os sujeitos e os atores da sociedade internacional²⁰⁶.

Este Capítulo está dividido em três partes. Na primeira, será explicado o sistema do direito internacional fundamentado nas relações de coexistência entre os Estados. Na segunda parte, serão abordadas as transformações ocorridas no sistema do direito internacional após a Segunda Guerra Mundial, especialmente pela introdução do paradigma da cooperação. Por fim, demonstra-se o caráter sistêmico do direito internacional contemporâneo tanto do ponto de vista estrutural quanto do processual.

3.1 O PARADIGMA DA COEXISTÊNCIA

O primeiro desafio dos Estados soberanos foi o enfrentamento com outras formas de organização para o exercício do poder em uma sociedade multifacetada, como a da Idade Média Europeia. O outro desafio foi a convivência de uns Estados com os outros, o que resultou em disputas por espaços territoriais e domínios de poder. No contexto de sua diferenciação funcional na sociedade medieval, a identidade da diferença promoveu a criação de canais de comunicação entre os reinos, o que acelerou a construção de uma ordem normativa contingente, instável e incipiente, mas necessária para a estabilização das relações interestatais. O reconhecimento recíproco da identidade foi sintetizado no símbolo da igualdade jurídica, que fortaleceu as organizações estatais nos confrontos com as demais

²⁰⁴ BOWDEN, Brett. “The Colonial Origins of International Law. European Expansion and the Classical Standard of Civilization” em **Journal of the History of International Law**, Vol. 7, n. 1, 2005, pp. 1-23.

²⁰⁵ ANGHIE, Antony. “The Evolution of International Law: Colonial and Postcolonial Realities” em **Third World Quarterly**, Vol. 27, n. 5, Reshaping Justice: International Law and the Third World, 2006, pp. 739-753.

²⁰⁶ TOURME-JOUANNET, Emmanuelle. **O Direito Internacional**. Trad. Thiago Rocha da Fonseca. 2003, disponível na Internet em <https://etourmejouannet.files.wordpress.com/2014/10/e-tourme-jouannet-o-direito-internacional.pdf>, acessado em 12.03.2017, p. 6.

forças da sociedade e viabilizou a estruturação de uma ordem jurídica internacional de coexistência.

3.1.1 Os precursores do direito internacional moderno

Para os Estados se formarem, os reinos tiveram que se desvincular do poder dominante da Igreja Católica e do Sacro Império, que foi criado pela Igreja como sucedâneo do Império Romano, mas que, por diversas vezes, entrou em confronto com o poder papal. A criação do Império foi uma medida adotada pela Igreja, no século IX, para exercer o controle temporal da sociedade medieval europeia, que ela já dominava na esfera espiritual²⁰⁷. Portanto, ao contrário do que tinha acontecido no final da Antiguidade, quando a Igreja estava submetida ao Império, na Idade Média, o imperador era ungido pelo papa²⁰⁸.

Com o passar dos anos, as conjunturas de forças variavam constantemente, tornando frequente a disputa de poder entre o imperador e o papado. Neste contexto, pensadores como Marsílio de Pádua e Guilherme de Ockham, por exemplo, foram muito influentes na construção de discursos que favoreceram a formação dos Estados soberanos. No início do século XIV, Marsílio de Pádua defendeu que era o poder temporal do imperador que garantia a paz entre os homens, e não a Igreja²⁰⁹. Já Guilherme de Ockham defendeu que o imperador teria supremacia sobre todas as pessoas e causas²¹⁰. Essa disputa entre a Igreja e o Império foi essencial para enfraquecê-los e permitir a ascensão dos Estados.

A Igreja teve seu poder enfraquecido, em muitos Estados, também por fatores como a agressividade das sentenças baseadas no direito canônico e o conseqüente fortalecimento de instituições reais, que aplicavam o direito romano²¹¹. Contribuíram para o afastamento dos clérigos dos centros de decisão obras humanistas como *O Príncipe*, de Maquiavel, de 1513, que defendia que a verdade ou a mentira das crenças não interferiam na

²⁰⁷ LOPES, José Reinado Lima. **O Direito na História**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 162-163.

²⁰⁸ SILVA, Nuno José Espinosa Gomes da. **História do Direito português**. Fontes do Direito. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2000.

²⁰⁹ De acordo com Rodrigues de Souza, na sociedade idealizada por Marsílio de Pádua, há o predomínio da Lei, do Direito e do Bem Comum. “O governo é instituído para o povo, mas é exercido pelo imperador, mandatário dos cidadãos” (SOUZA, José António Rodrigues. “Marsílio de Pádua e a ‘plenitudo potestatis’”. **Revista Portuguesa de Filosofia**, t. 39, fasc. 1/2, Jan-Jun, 1983, pp. 119-170, p. 131-132).

²¹⁰ Segundo Rodrigues de Souza, Guilherme de Ockham “queria apenas fazer com que o imperador, pelo menos ‘de iure’, a mais importante autoridade secular da Idade Média não continuasse sendo visto e tratado como vassalo do Soberano Pontífice” (SOUZA, José António Rodrigues. “As Idéias de Guilherme de Ockham sobre a Independência do Poder Imperial” em **Franciscan Studies**, vol. 46, 1986, pp. 253–284, disponível na Internet em <http://www.jstor.org/stable/41975075>, acessado em 25 de maio de 2018).

²¹¹ VAN CREVELD, Op. Cit., 2004, p. 92-93.

justificação do governo²¹², e *Utopia*, de Thomas More, de 1516, em cuja sociedade imaginária a tolerância religiosa não levava à desordem²¹³. Já no século XVII, Thomas Hobbes, em *O Leviatã*, de 1651, proclamou que a crença em Deus era irrelevante para a política, fundamentando seu sistema político na eliminação de qualquer fator que não pudesse ser visto, sentido e medido. A prática da religião do soberano deveria ser seguida pelos súditos, por ser a mais adequada à manutenção da ordem pública²¹⁴.

A desvinculação do Estado dos poderes do Império e da Igreja dependia da máxima *rex in regno suo imperator est* (o rei é imperador do seu próprio reino)²¹⁵. Com isso, as bases do seu domínio territorial se fundamentaram na ideia de uma soberania absoluta, una e indivisível, e o direito sacro já não significava uma limitação jurídica do poder, mas, antes, uma justificação de sua investidura, titularidade e exercício²¹⁶. A obra “Os Seis Livros da República”, de Jean Bodin, publicada em 1583, surgiu como marco teórico de um processo de transformação política radical, que ocorreu em todo o continente europeu. A ideia central de Bodin é que “a soberania é o poder absoluto e perpétuo de uma República”²¹⁷.

Essa noção de soberania definiu os contornos fundamentais da consolidação do Estado moderno como forma de organização política, pois o reconhecimento da figura do soberano como representante supremo da comunidade²¹⁸⁻²¹⁹ foi decisivo no processo de secularização do poder político e, conseqüentemente, para o enfraquecimento do poder eclesiástico na transição da Idade Média para a Modernidade. Com a instauração do absolutismo, o poder político emancipou-se do poder eclesiástico, desligando-se do direito

²¹² MAQUIAVEL Nicolau. **O Príncipe**. Trad. Maurício Santana Dias; trad. apêndices Luiz A. de Araújo. São Paulo: Penguin Classics Companhia das Letras, 2010, *passim*.

²¹³ MORE, Thomas. **Utopia**. Trad. Denise Bottmann. São Paulo: Penguin-Cia das Letras, 2018.

²¹⁴ HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 4. ed. Brasília: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2009, *passim*.

²¹⁵ SILVA, N., Op. Cit., p. 124.

²¹⁶ NEVES, Op. Cit., 2009, p. 8. De acordo com Neves, o direito sacro é “um epifenômeno do poder legitimado pela moral assentada na religião” (Op. Cit., 2009, p. 9). No absolutismo, o direito romano serve ao discurso do rei, produzindo máximas como “*L’État c’est moi*”, na França, e “*The king can do no wrong*”, na Inglaterra.

²¹⁷ BODIN, Jean. **Les Six Livres de la République**: Un abrégé du texte de l’édition de Paris de 1583. Édition et présentation de Gérard Mairet. Paris: Librairie générale française, 1993, p. 111, tradução livre. No original, “*La souveraineté est la puissance absolue et perpétuelle d’une République*”.

²¹⁸ “O exemplo do soberano guia todas as pessoas” (BODIN, Op. Cit., p. 219), tradução livre. No original, *L’exemple du souverain guide tout le peuple*.

²¹⁹ Bodin afirma que “as leis dos príncipes soberanos não podem alterar nem mudar as leis de Deus e da natureza” e que “o príncipe está comprometido com os contratos feitos por ele, seja com seu sujeito seja com o estrangeiro” (Op. Cit., p. 146). Verdross, por isso, entende que o soberano de Bodin não era absoluto no âmbito internacional, que, nessa época, estava mesclado ao direito natural. (VERDROSS, Alfred. **Le fondement du droit international**. *Recueil de Cours*. Vol. 16, The Hague: ILA, 1927. Versão em português: VERDROSS, Alfred. “O fundamento do direito internacional” Trad. Marcelo Dias Varella (coord.), Amábile Pierroti, Luiza Nogueira e Marlon Tomazette, em **Revista de Direito Internacional**. Vol. 10, n. 2, 2013, pp. 1-34, p. 30).

sagrado e passando a exercer seu domínio pelo direito do reino, de cunho temporal, baseado no direito romano²²⁰.

O direito, que era, juntamente com a política, indiferenciado do poder sacramental, passou, no absolutismo, a se subordinar instrumentalmente à política²²¹. O Estado-nação absolutista emergiu do princípio da soberania, compreendida como um poder absoluto e ilimitado, exercido pelo governante sobre os súditos em seu território. Neste cenário, todo o direito passa a emanar da vontade soberana do legislador político, cujas leis irão ocupar o espaço deixado pelo direito natural de matriz teológica.

O governo do Estado absolutista é caracterizado pela limitação das limitações²²², já que existe apenas a limitação territorial; não há corrupção, nem ilícito que possa ser praticado pelo governante. Tudo que se encontrava no domínio do Estado, terras, riquezas, exércitos e mesmo as pessoas, pertenciam ao monarca, que os transmitia hereditariamente ou, eventualmente, pela diplomacia ou pela guerra. O soberano era responsável por criar ordem no caos, não somente por meio das leis, mas também nas relações com os demais Estados soberanos²²³. Seus limites perante seus súditos são todos politizados de maneira situacional e se desintegram na noção de “razões de Estado”. Nesse cenário, o direito internacional emerge como maior limitação do poder do soberano absolutista, que é limitado ao espaço territorial de seus domínios, em decorrência do reconhecimento da existência de outras nações igualmente soberanas, o que se traduz no paradigma da coexistência entre os Estados nas relações internacionais incipientes.

Hobbes, no entanto, observa que, nas relações externas entre os Estados, vigoraria o “estado de natureza”, no qual o lado destrutivo da humanidade não estaria controlado por nenhum poder supremo (Leviatã). A ordem só existiria dentro da comunidade estatal²²⁴, fora dela não haveria ordem jurídica internacional possível e as relações seriam decididas sempre

²²⁰ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Vol. II, Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 232

²²¹ NEVES, Op. Cit., 2009, p. 18. De acordo com Antonio Padoa Schioppa, “por razões históricas muito distintas, uma delimitação análoga das respectivas fronteiras entre o âmbito religioso e o secular não se encontra nem na civilização judaica, nem na islâmica, nem nas civilizações orientais da China e do Japão e, nem mesmo na Bizâncio cristã. O princípio da distinção entre a esfera religiosa e a esfera civil pode realmente ser considerado uma característica fundamental da civilização europeia e de seu direito” (SCHIOPPA, Antonio Padoa. **História do Direito na Europa: da Idade Média à Idade Contemporânea**. Trad. Marcos Marcionilo e Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 25).

²²² LUHMANN, Op. Cit., 2006, p. 571.

²²³ Sobre o poder absoluto do soberano, Bodin afirma que “car le peuple ou les seigneurs d'une République peuvent donner purement et simplement la puissance souveraine et perpétuelle à quelqu'un pour disposer des bines, des personnes, et de tout l'état à son plaisir” (BODIN, Op. Cit., p. 78).

²²⁴ BOBBIO, Norberto. **A Teoria das Formas de Governo**. 10. ed. Trad. Sérgio Bath. Brasília: Editora UnB, 1997, p. 107-115; VAN CREVELD, Op. Cit., 2004, p. 253-254.

por meio do uso da força²²⁵. Já John Locke apostava na racionalidade humana, que se traduziria em um interesse pessoal esclarecido, capaz de conduzir, na maior parte das vezes, a uma convivência pacífica entre os Estados. O fundamento do poder do governo estaria no consentimento dos governados, o que lhe atribuiria o papel de salvaguardar os direitos naturais, principalmente a vida, a liberdade e a propriedade²²⁶.

A obra de Locke influenciou Montesquieu na proposição da tripartição dos poderes do Estado como forma de controlar o poder arbitrário do soberano²²⁷. Seguindo o pensamento de David Hume²²⁸, Montesquieu afasta-se do jusnaturalismo e se baseia na subjetividade da razão humana. Sua obra foi determinante para o início do fim do absolutismo e teve como consequência a consolidação do Estado, enquanto ente abstrato previsto por Hobbes, com poderes de estabelecer suas leis sem quaisquer limitações externas, como o direito natural ou a religião. No plano externo, o voluntarismo se ressalta, pois a soberania do Estado só encontraria limites nas suas possibilidades políticas, vinculando-se somente aos costumes com os quais ele concordasse²²⁹.

No sistema político, a observação sobre o direito internacional se construiu entre os extremos do “estado de natureza” proposto por Hobbes e da perspectiva mais otimista de Locke, para quem os Estados em geral se permitiriam ser governados pelo interesse próprio esclarecido, comportando-se de maneira suficiente para o desenvolvimento de uma coexistência civilizada. A necessidade de coexistência fomentou as relações de reciprocidade, o que permitiu a consolidação de um conjunto de princípios e regras capazes de manter, na maior parte das vezes, algum grau de estabilidade nas relações entre os Estados.

Do ponto de vista do sistema do direito internacional, as observações sobre o processo de formação de um conjunto de normas que se configuraria como estrutura de uma ordem jurídica internacional permitiram a descrição de uma compreensão universal do direito²³⁰. Tanto Francisco de Vitória quanto Francisco Suárez foram essenciais para o reconhecimento de limites ao poder imperial do Estado. Para Vitória, a lei natural não

²²⁵ HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 4. ed. Brasília: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2009, *passim*. Cf. AKASHI, Kinji. “Hobbes’s Relevance to the Modern Law of Nations” em **Journal of the History of International Law**, v. 2, pp. 199–216, 2000.

²²⁶ LOCKE, John, **Dois Tratados sobre o Governo**. Trad. Julio Fisher. São Paulo: Martins Fontes, 1998. Cf. VAN CREVELD, Op. Cit., p. 254-255.

²²⁷ BOBBIO, Op. Cit., 1997, p. 127-138.

²²⁸ HUME, David. **Tratado da Natureza Humana**. 2. ed. São Paulo: UNESP, 2009.

²²⁹ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 15-16. Cf. VAN CREVELD, Op. Cit., p. 256-257.

²³⁰ KADELBACH, Stefan; KLEINLEIN, Thomas; ROTH- ISIGKEIT, David (eds.). **System, Order, and International Law: The Early History of International Legal Thought from Machiavelli to Hegel**. Oxford: Oxford University Press, 2017.

concedia a nenhum Império o domínio sobre o mundo, pois era preciso admitir o direito dos “povos bárbaros” de defenderem seus domínios territoriais²³¹. Para Suárez, o *jus gentium* seria resultado mais de uma pressão da necessidade do que em razão de uma deliberação de vontade²³², pois era preciso assegurar a convivência pacífica entre as distintas comunidades humanas.

No entanto, os Estados frequentemente entravam em disputas territoriais e em confrontos religiosos²³³ entre si, principalmente a partir da reforma protestante. A formação de um conjunto normativo consuetudinário nas relações internacionais conferiu, progressivamente, a estabilidade necessária para o fortalecimento das estruturas organizacionais dos Estados, o que permitiu a sua consolidação na sociedade e a expansão dos seus domínios. O desenvolvimento da comunicação escrita permitiu a descrição da programação do direito internacional existente à época e de sua estrutura como um sistema de direito.

3.1.2 A primeira sistematização do direito internacional

A sistematização do direito internacional, na obra *De Jure Belli ac Pacis* de Hugo Grócio, representou um esforço teórico de demonstrar a autonomia do direito das gentes em relação à política e à teologia, além de descrever sua diferenciação do direito natural. O direito internacional voluntário não poderia entrar em contradição com o direito natural,

²³¹ NYS, Ernest (ed.). **Francisci de Vitória. De Indis et de Ivre Belli. Relectiones.** Trad. para o inglês John Pawley Bate. Nova Iorque/Londres: Oceana Publications Inc. e Wildy & Sons Ltda., 1964. Na tradução em inglês: “The Emperor is not the lord of the whole earth. This is proved from the fact that dominion must be founded either on natural or divine or human law; (...) therefore, no one by natural law has dominion over the world. (...) Herein it is manifest that before the coming of Christ no one was vested with world-wide sway by divine law and that the Emperor can not at the present day derive therefrom a title to arrogate to himself lordship over the whole earth, and consequently not over the barbarians. (...) Now, in point of human law, it is manifest that the Emperor is not lord of the world, because either this would be by the sole authority of some law, and there is none such; or, if there were, it would be void of effect, inasmuch as law presupposes jurisdiction. If, then, the Emperor had no jurisdiction over the world before the law, the law could not bind one who was not previously subject to it. Nor, on the other hand, had the Emperor this position by lawful succession or by gift or by exchange or by purchase or by just war or by election or by any other legal title, as is admitted. Therefore the Emperor never was the lord of the whole world.”

²³² SUAREZ, Francisco. **Selection from Three Works:** De legibus, ac Deo legislatore, 1612; Defensio Fidei Catholicae, et Apostolicae adversus Anglicanae sectae errores, 1613; De Triplici Virtute Theologica, fide, spe, et charitate, 1621. Trad. para o inglês Gwladys L. Williams, Ammi Brown e John Waldron. Oxford: Clarendon Press; Londres Humphrey Milford, 1944, p. 352. Cf. MACEDO, Paulo Emílio Borges de. **O nascimento do Direito Internacional.** São Leopoldo: Unisinos, 2009, p. 83-146.

²³³ COHEN, Youssef; BROWN, Brian R.; e ORGANSKI, A. F. K. “The Paradoxical Nature of State Making: The Violent Criation of Order” in **The American Political Science Review**, Vol. 75, No. 4 (Dec., 1981), pp. 901-910.

ditado pela *recta ratio*²³⁴, mas dele se diferenciava, por ser mutável e mais específico²³⁵. O caráter voluntário do sistema jurídico de Grócio²³⁶ não ignora a distinção de forças existentes na sociedade internacional²³⁷, mas a obrigatoriedade das normas que resultam do consenso é reconhecida por todos. É preciso, entretanto, apontar que Yasuaki Onuma ensina que houve, na história, outras propostas de sistematização do direito internacional com pretensões de universalidade, inclusive fora da Europa²³⁸.

Além dos objetivos teóricos, a sistematização de Grócio também teve finalidade prática, propondo a inclusão de conceitos éticos e parâmetros de conduta em relação à noção de guerra justa, o que denota uma indiferenciação entre direito e moral. A descrição da programação internacional existente buscou destacar que o direito à guerra (*jus ad bellum*) encontrava limites normativos no *jus in bello*, propondo a busca de soluções pacíficas para os conflitos políticos e religiosos. Embora o direito à guerra estivesse reconhecido, sua justificação se faria necessária, com base no direito natural ou no direito voluntário. Mas, quando o conflito fosse inevitável e justificável, as regras do direito das gentes se imporiam como limites.

O trabalho de sistematizar o direito internacional da guerra também foi realizado por Alberico Gentili, em *De Iure Belli Libri Tres*²³⁹, mas a exposição de Grócio é mais abrangente que a do seu contemporâneo, envolvendo, à época, todo o conjunto do que seria o direito internacional como disciplina. O sistema de direito internacional proposto por Grócio, por exemplo, não deixa de observar os seres humanos, mesmo que não os considere como

²³⁴ GROTIUS, Hugo. **O direito da guerra e da paz**. Tradução: Ciro Mioranza. 2. ed. Ijuí: Unijuí, 2005. v. 1 e 2, p. 76.

²³⁵ “Hugo Grotius was well acquainted with natural law doctrine as it was discussed in his contemporary world. His profound and almost universal knowledge included not only theology, classics and law but also, and last but not least, philosophy. Grotius method of dealing with philosophical questions is characterized by a special form of eclecticism. (...) By his eclecticism Grotius not only gained the reputation of being a “homo eruditissimus”, a man of highest erudition. There are many authors who consider that Grotius should also be qualified as an outstanding philosopher” (AGO, R. et al. Op. Cit., 1992, p. 399).

²³⁶ GROTIUS, Op. Cit., p. 35.

²³⁷ FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 17-18; FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo más allá del Estado**. Trad. Para o espanhol Perfecto Andrés Ibañez. Madrid: Editorial Trotta, 2018.

²³⁸ ONUMA, Yasuaki. “When was the Law of International Society Born? – An Inquiry of the History of International Law from an Intercivilizational Perspective” in **Journal of the History of International Law** n. 2, 2000, p. 8-11, e ONUMA, Yasuaki. **Direito Internacional em Perspectiva Transcivilizacional**. Belo Horizonte: Arraes, 2016. Cf. ALEXANDROWICZ, C. H. **The Law of Nations in Global History**. ARMITAGE, David; PITTS, Jennifer (eds.). Oxford: Oxford University Press, 2017.

²³⁹ Na tradução em português, GENTILI, Alberico. **O Direito da Guerra**. 2. ed. Trad. Ciro Mioranza. Ijuí : Unijuí, 2006. Cf. WAGNER, Andreas. “Alberico Gentili: Sovereignty, Natural Law, and the System of Roman Civil Law” em KADELBACH; KLEINLEIN; ROTH-ISIGKEIT (eds.). Op. Cit., 2017, pp. 91-114; KOSKENNIEMI, Martti. ““Not excepting the Iroquois themselves...”: Machiavelli, Puffendorf and the Prehistory of International Law” em Max Weber Lecture, Florença: European University Institute, 2007, p. 12-14.

sujeitos de direito²⁴⁰. Além disso, a programação inclui questões procedimentais, como a prova da existência das normas internacionais²⁴¹.

A contribuição de Grócio vai além da mera descrição da programação do sistema de direito internacional, pois ela indica que as relações políticas internacionais não seriam restritas às ações dos governantes, mas também envolveriam o comércio internacional e outras formas de intercâmbio social. A complexidade da sociedade mundial já era observada por Grócio, que não ignorava a interação comunicativa do direito com outros sistemas sociais parciais.

O sistema do direito internacional é resultante das operações decorrentes da interação dos Estados, na condição de sujeitos, em uma comunidade política internacional considerada como esfera pública interna, que autoconstituiu o direito internacional como uma necessidade de estruturar normativamente as relações²⁴². A diferenciação funcional do sistema do direito internacional permitiu a sua integração à sociedade mundial, mas não havia, ainda, naquele momento, uma observação aprofundada da relação com o direito interno dos Estados.

Após a assinatura dos tratados de Vestefália²⁴³, o equilíbrio da ordem mundial baseou-se na noção de guerra formal, seja pela falta de uma instância superior de decisão²⁴⁴, seja pela impossibilidade de se articular um conceito de justa causa para a guerra²⁴⁵. A estabilidade na relação entre as nações, no entanto, era mantida pelo reconhecimento mútuo de alguns Estados europeus, enquanto todos os outros territórios eram passíveis de ocupação, tidos como não estatais²⁴⁶.

²⁴⁰ GROTIUS, Op. Cit., p. 1135.

²⁴¹ GROTIUS, Op. Cit., p. 88. Cf. KADELBACH, Stefan. "Hugo Grotius: On the Conquest of Utopia by Systematic Reasoning" em KADELBACH; KLEINLEIN; ROTH-ISIGKEIT (eds.) Op. Cit., 2017, pp. 134-159

²⁴² As nações, do mesmo modo que os particulares, estariam obrigadas a agir de maneira concertada e reunir as suas forças, para trabalhar em prol da perfeição comum. O conjunto das nações formaria a grande comunidade, ou *civitas maxima*, como um vínculo social, que a própria natureza estabeleceu entre elas (WOLFF, Christian. **Jus Gentium Methodo Scientifica Pertractatum**. Trad. para inglês de Joseph H. Drake. Oxford: Clarendon Press, 1934). Cf. PETERS, Anne. "The Transparency Turn of International Law" em **Chinese Journal of Global Governance**, n. 1, 2015, pp. 3-15.

²⁴³ Os tratados de Münster e Osnabruck, que colocaram fim à Guerra dos Trinta Anos, em 1648, contaram com a participação de Hugo Grócio na sua negociação e deram início ao período que ficou conhecido como Paz de Vestefália (AGO, R. et al. Op. Cit., 1992).

²⁴⁴ HOBBS, Op. Cit., 2009. Cf. BOBBIO, Norberto. **O Terceiro ausente: ensaios e discursos sobre a paz e a guerra**. Trad. Daniela Beccaccia. Org. Pietro Polito. Barueri: Manole, 2009

²⁴⁵ PUFENDORF, Samuel. **On the Duty of Man and Citizen According to Natural Law**. James Tully (ed.), Trad. para o inglês Michael Silverthorne. Cambridge: Cambridge University Press, 1991; Cf. HOLLAND, Ben. **The Moral Person of the State: Pufendorf, Sovereignty and Composite Politics**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

²⁴⁶ À semelhança do que acontecia nos tempos do Império Romano, que tratava como bárbaros os povos não ligados ao império, os Estados utilizavam o símbolo da civilização para estabelecer a diferença entre as organizações estatais e as não reconhecidas como Estado. Por isso, a crítica ao uso da expressão "povos civilizados" na definição dos princípios do direito internacional no artigo 38 do Estatuto da Corte Permanente de Justiça Internacional, já no século XX.

O direito internacional, funcionando como um *jus publicum europaeum*²⁴⁷, serviu de fundamento para a ocupação das terras por meio de acordos coletivos ou bilaterais, firmados no contexto de um pequeno grupo de governantes, proporcionando a expansão da soberania estatal. Foi, portanto, com lastro no direito internacional que os espaços territoriais ocupados mudaram de *status* e passaram a ser descritos como colônias das grandes potências, que gozavam da permissividade do uso da força contra os povos não reconhecidos como Estados.

A ordem jurídica de Vestefália tinha como prioridades a proteção dos elementos de soberania dos Estados reconhecidos, especialmente seus domínios territoriais, e a manutenção de uma coexistência pacífica entre eles. Este cenário se manteve até a ruptura com o absolutismo, quando os processos de independência dos Estados americanos gera uma onda de inclusão da sociedade internacional, o que, entretanto, não modifica o centro de poder na Europa²⁴⁸.

As operações decorrentes do sistema de direito internacional de Vestefália eram essencialmente pautadas pela noção de reciprocidade e suas funções eram garantir o poder dos Estados e manter uma coexistência pacífica. O princípio da igualdade funcionou como um vetor para a reprodução de operações que consolidaram a aceitação recíproca da presença legítima do outro na comunidade dos Estados. A formação dos costumes, na periferia do sistema do direito internacional, como resultado de uma abordagem consensual do processo decisório²⁴⁹, determinou sua estrutura normativa²⁵⁰ e a programação da ordem jurídica. Os tratados também entravam na composição dessa estrutura, mas disciplinando, essencialmente, relações bilaterais, na forma de contrato entre governantes. Desta forma, o princípio da *pacta sunt servanda* era reconhecido como força vinculante das obrigações internacionais, o que resultaria nas expectativas de comportamento dos Estados na sociedade. Ressalta-se o voluntarismo, derivado do absolutismo no plano interno, que, para Hart, equivale às teorias do

²⁴⁷ CAMPOS, Ricardo. “A Metamorfose do Direito Global para uma Genealogia do Direito além do Estado Nacional no limiar do Século XIX” em FORTES, Pedro; CAMPOS, Ricardo; BARBOSA, Samuel (coord.). **Teorias Contemporâneas do Direito**: o direito e as incertezas normativas. Curitiba: Juruá, 2016, p. 187.

²⁴⁸ CAMPOS, Op. Cit., 2016, p. 187.

²⁴⁹ SHAW, Malcolm N. **Direito Internacional**. Trad. Marcelo Brandão Cipolla, Lenita Ananias do Nascimento e Antonio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 59. Neste sentido, Soares afirma que “a quase unanimidade de atitudes revelada em relação a determinados comportamentos em cada época histórica faz com que a sua juridicidade não possa vir a ser unilateralmente posta em causa” (SOARES, Albino de Azevedo. **Lições de Direito Internacional Público**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1985, p. 74).

²⁵⁰ De acordo com Verdross, Bynkershoek começou a analisar a prática moderna em suas relações recíprocas e extrair delas regras costumeiras (VERDROSS, Op. Cit., p. 5).

contrato social na teoria política, pois procura explicar como indivíduos originalmente livres aceitam submeter-se a um poder que lhes é superior, exercido pelo Estado²⁵¹.

A estrutura normativa internacional de reciprocidade consiste em um conjunto de regras de abstenção, ou de contenção, o que torna o processo de evolução bastante lento, especialmente com o costume internacional como fonte principal²⁵². O objeto e a finalidade destas normas é a regulamentação dos requisitos de comunicação mútua entre Estados e, em particular, das normas de respeito à soberania nacional²⁵³. Portanto, as normas de coexistência disciplinam questões sobre limites territoriais e fronteiras, direitos de guerra e neutralidade, direitos sobre o mar, imunidades à jurisdição estatal para o Estado estrangeiro e seus representantes e regras para soluções pacíficas dos conflitos²⁵⁴.

As relações de reciprocidade não suscitam, em princípio, obrigações positivas entre as partes e, por isso, há pouca interação entre a ordem jurídica internacional e a ordem jurídica interna dos Estados. Christian Wolff, apesar de também fundamentar o direito internacional no direito natural, já reconhecia a importância do consentimento na formação das normas internacionais. O reconhecimento da personalidade dos Estados permitiria a titularização de direitos em decorrência da ordem jurídica internacional, o que fundamentava o direito à guerra (*jus ad bello*), como forma de defesa de sua liberdade e de seus direitos legitimamente adquiridos. Mas esse estado de coisas também conferia aos Estados obrigações de agir de maneira concertada, pois estavam reunidos por um vínculo social criado pelo direito natural, formando uma grande sociedade denominada *civitas maxima*²⁵⁵. As expectativas de comportamento estavam relacionadas principalmente à manifestação externa da soberania nas relações internacionais.

Na ordem vestefaliana, a ideia de soberania na ordem internacional ficou restrita a uma competência conferida aos Estados pelo direito natural. Consequentemente, o direito

²⁵¹ HART, Op. Cit., 2009, p. 289. Cf. ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social**. Trad. Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 2015.

²⁵² FRIEDMANN, Wolfgang. **Mudança da Estrutura do Direito Internacional**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1971, p. 20.

²⁵³ FRIEDMANN, Wolfgang. Op. Cit., 1971, p. 51.

²⁵⁴ CRAWFORD, James. **The Creation of States in International Law**. Oxford: Clarendon Press, 1979, p. 31-76.

²⁵⁵ “As nações têm o direito de adquirir direito, e de exigir, em seguida, daqueles em relação a quem esses direitos foram adquiridos, o cumprimento das obrigações daí decorrentes. Daí nasce o direito da guerra, em virtude do qual uma nação defende sua liberdade natural, ou protege direitos, legitimamente adquiridos. As nações, do mesmo modo que os particulares, estão obrigadas a agir de maneira concertada, e de reunir as suas forças, para trabalhar em prol da perfeição comum. É um vínculo social, que a própria natureza estabeleceu entre elas, e do qual resulta um colegiado, que se pode chamar de grande sociedade (*civitas maxima*). Os membros, ou cidadãos desse corpo, são as diferentes nações” (WOLFF, Christian. **The law of nations treated according to the scientific method**. [1749] Thomas Ahnert (ed.); traduzido para o inglês por Joseph H. Drake. Carmel: Liberty Fund, 2017). Cf. KLEINLEIN, Thomas. “Christian Wolff: System as an Episode?” em KADELBACH; KLEINLEIN; ROTH-ISIGKEIT (eds.) Op. Cit., 2017, pp. 216-239.

internacional, que refletiria a ideia de um direito universal, composto parte pelo direito natural, parte pelo direito consensual, estava superordenado ao direito nacional dos membros da sociedade internacional. Richard Zouche, por exemplo, declarava expressamente que os Estados deviam sua existência ao direito internacional²⁵⁶.

Somente em Emer de Vattel a concepção de soberania absoluta do Estado passou a ser considerada na ciência do direito internacional. Ele sustentou que “compete a todo Estado livre e soberano decidir em sua própria consciência o que seus deveres dele exigem, do que ele pode ou não fazer com justiça”²⁵⁷. A teoria da guerra justa, com base no direito internacional, formulada pela escolástica e pela ordem vestefaliana, foi extinta, pois a concepção de soberania tornou a guerra de execução um simples duelo, visto que cada Estado, livre e soberano, pode guerrear quando quiser. Do que decorre que as regras do direito internacional dependeriam da boa vontade do próprio Estado²⁵⁸.

A obra de Vattel é apontada como a primeira a descrever o sistema do direito internacional como uma estrutura normativa capaz de estabelecer expectativas de comportamento congruentes tanto em tempos de guerra quanto no estado de paz. *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, publicada originalmente em 1758, adotou uma abordagem voluntarista, jusnaturalista e interestatal, diferenciando a figura do governante do Estado como sujeito²⁵⁹. A pessoa humana permanecia afastada na sociedade internacional, servindo apenas como justificção das ações do Estado, que teria ampla liberdade para decidir sobre o que seria melhor para a comunidade interna²⁶⁰. Essa doutrina promove a ideia de primazia do direito nacional, pois não há ordem jurídica superior ao Estado, nem mesmo o direito internacional e, conseqüentemente, não há comunidade jurídica que lhe esteja coordenada que seja igualmente soberana²⁶¹.

²⁵⁶ VERDROSS, Op. Cit., p. 30.

²⁵⁷ VATTEL, Emer de. **O direito das gentes**. Trad. Vicente Marotta Rangel. Brasília: Editora Universidade de Brasília: Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais, 2004, p. 527.

²⁵⁸ VERDROSS, Op. Cit., p. 28.

²⁵⁹ De acordo com Koskenniemi, a obra de Vattel teve grande receptividade prática entre os advogados e diplomatas em razão do seu realismo, pois oferecia bons argumentos para justificar as mais variadas formas de ação dos Estados no âmbito internacional (KOSKENNIEMI, Martti. **From Apology to Utopia: the structure of international legal argument**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005a, p. 112). Cf. WIGHT, Martin. “Why is there no International Theory?” em **International Relations**, n. 2, 1960, pp. 35-48, p. 46.

²⁶⁰ VATTEL, Op. Cit., p. 113. Cf. ZURBUCHEN, Simone. “Emer de Vattel on the Society of Nations and the Political System of Europe” em KADELBACH; KLEINLEIN; ROTH- ISIGKEIT (eds.). Op. Cit., 2017, pp. 263-282.

²⁶¹ VERDROSS, Op. Cit., p. 28.

3.1.3 O direito internacional do século XIX

A ordem vestefaliana sofreu um grande impacto com as invasões napoleônicas. Primeiro, porque revelou a insuficiência das operações da programação internacional para conter os conflitos generalizados entre os Estados e, segundo, porque a fragilização das potências europeias impôs uma revisão da programação do sistema de maneira a permitir a inclusão de novos sujeitos na comunidade internacional, por meio do reconhecimento dos processos de independência das colônias, especialmente aquelas que se organizavam internamente à semelhança dos Estados europeus²⁶². O Congresso de Viena, ocorrido em 1815, estabeleceu novas bases normativas para o convívio entre os Estados, o que implicou a modificação das operações do sistema, resultando na reescrita da programação internacional.

A concepção de soberania na ordem internacional, no entanto, permaneceu intacta no início do século XIX, ao negar qualquer subordinação ou limitação do Estado por outro poder. Isso pode ser observado externamente, nas relações do Estado soberano com outras potências, e internamente, na subordinação de seus súditos. Ressaltava-se, assim, a teoria voluntarista, cujo expoente é Georg Jellinek e sua teoria da autolimitação²⁶³, pela qual o Estado só estaria subordinado à ordem internacional por sua própria vontade, ante a inexistência de uma fonte jurídica superior. Desta forma, o direito internacional sucumbiria no conflito com a vontade do Estado, que estaria acima de qualquer regra jurídica. Isso faria da sociedade internacional uma sociedade anárquica²⁶⁴.

O ambiente social da nova ordem internacional era mais complexo, com uma intensificação da comunicação com os sistemas sociais parciais em decorrência da revolução industrial, do constitucionalismo e dos movimentos liberais. A resposta a este incremento na complexidade vem na forma de positivação das normas gerais do sistema do direito internacional, antes costumeiras, na forma de tratados internacionais. Este processo contribuiu para a consolidação do direito internacional, pelo surgimento de doutrinas fundamentais, em decorrência das reflexões resultantes do início da positivação de suas normas.

²⁶² Sobre o reconhecimento de Estados no século XIX, cf. CRAWFORD, James. **The Creation of States in International Law**. Oxford: Clarendon Press, 1979, p. 12-15; cf. JENNINGS, Robert. **General Course on Principles of International Law**. *Recueil des Cours*. The Hague: ILA, 1967, p. 349-368.

²⁶³ SQUEFF, Tatiana Cardoso. “As Relações entre o Direito Internacional e o Estado Soberano na visão de Georg Jellinek”, em **Revista Campo Jurídico**, v. 4, n. 2, pp. 136-151. Cf. DUGUIT, Léon. “The Law and the State”, em **Harvard Law Review**, vol. 31, n. 1 (Nov., 1917), pp. 1-185; SABINE, George H. “The Concept of the State as Power”, em **The Philosophical Review**, Vol. 29, No. 4 (Jul., 1920), pp. 301-318; KLATT, Matthias “Law As Fact and Norm: Georg Jellinek and the Dual Nature of Law”. Em BEZEMEK, Christoph; LADAVAC, Nicoletta; SCHAUER Frederick (ed.). **The Normative Force of the Factual**, disponível na Internet em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3270992>, acesso em 24 de dezembro de 2019.

²⁶⁴ VERDROSS, Op. Cit., p. 27-28.

O Concerto Europeu estabelecido em Viena incorporou princípios como a não intervenção e a autodeterminação dos povos, com o objetivo de evitar que novas revoluções, no âmbito doméstico dos Estados, viessem a desestabilizar as relações internacionais. Na ordem criada a partir do consenso, a paz poderia ser mantida pela acomodação dos interesses, o que, naturalmente, resultaria em uma ordem hierarquizada, com vantagem para as grandes potências, em que os demais participantes estariam parcialmente satisfeitos e parcialmente insatisfeitos, conforme cada situação.

Um dos pais do federalismo americano, John Jay, notava que as causas justas da guerra normalmente decorriam de violações de tratados ou da violência direta e se vangloriava de os Estados Unidos da América terem firmado tratados com “nada menos que seis nações estrangeiras”. Assim, afirmava que era “de grande importância para a paz da América que ela observe as leis das nações em relação a todas essas potências”²⁶⁵. Os Estados com menor força teriam proteção na medida em que fosse necessário garantir o equilíbrio do sistema político, limitando a voracidade das grandes potências na imposição dos seus interesses²⁶⁶. Mesmo com o desequilíbrio de forças na comunidade internacional da época, a positivação do direito internacional representa o início do multilateralismo como uma consequência natural da aceleração da comunicação resultante da disseminação da organização da sociedade na forma de Estado no processo evolutivo da sociedade mundial.

O sucesso da codificação civil francesa repercutiu na maneira como os Estados passaram a estabelecer normas gerais de convivência no ambiente internacional. No decorrer do século XIX, os tratados internacionais deixaram de se limitar a acordos bilaterais de aliança política, ou com fins comerciais, para se transformar em instrumentos normativos resultantes de conferências multilaterais, que refletiam a expansão subjetiva da comunidade internacional.²⁶⁷ O direito internacional passou a se desenvolver sob a influência do pensamento juspositivista²⁶⁸, o que proporcionou grandes mudanças na matéria.

²⁶⁵ MADISON, James; HAMILTON, Alexander; e JAY, John. **Os artigos federalistas**: 1787-1788. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993, p. 102.

²⁶⁶ ALEXANDROWICZ, C. H. **The Law of Nations in Global History**. ARMITAGE, David; PITTS, Jennifer (eds.). Oxford: Oxford University Press, 2017.

²⁶⁷ KOSKENNIEMI, Martti. “International Legislation Today: Limits and Possibilities” em **Wisconsin International Law Journal**, Vol. 23, n. 1, 2005b, pp. 61-92, disponível na Internet em <https://hosted.law.wisc.edu/wordpress/wilj/files/2012/02/allott.pdf>, acesso em 01 de dezembro de 2019, p. 66-67

²⁶⁸ Para Nys, “Jeremy Bentham was unquestionably the first theorist who affirmed the convenience and utility which would result from the publication of the law of nations in the form of rules; in other words, the benefit which would result from the substitution of international custom by a written international law” (NYS, Ernest. “The Codification of International Law”. **American Journal of International Law**, Vol. 5, n. 4, 1911, pp. 871-900, p. 876). Mills afirma que desde o pensamento de Grócio já se poderia encontrar as bases que levariam à positivação do direito internacional: “For positivists, a new set of rules was necessary to describe the behaviour of States, because States were not part of the ‘natural order’ but an artificial creation of human society. The

A transformação de costumes gerais em normas escritas é uma tarefa de grande esforço teórico e enseja muitas abstrações e debates sobre o conteúdo das normas. Um costume só é observado como norma em situação de litígio, pois, no mais das vezes, seu conteúdo permanece omissivo, diluído na conduta habitual dos sujeitos em convivência na sociedade. A transformação de normas consuetudinárias em tratados exige disposição para debater, antecipadamente, todo o conteúdo das normas existentes, o que revela as discordâncias que ficavam subjacentes no comportamento comum, mas que não resultavam em litígios. Este processo também proporciona uma oportunidade de reflexão sobre os elementos que compõem o sistema e como eles devem ser estruturados de forma escrita para refletir as expectativas de comportamento emanadas da programação²⁶⁹.

A forma escrita aprimora o processo comunicativo e potencializa a aprendizagem das operações do sistema do direito internacional, o que contribui para o seu fortalecimento na comunidade dos Estados. Em razão desse amadurecimento teórico e prático, resultante da positivação do direito internacional, ele emerge como ramo autônomo do Direito, passando a ser ministrado como disciplina nas faculdades, com o surgimento de novas doutrinas jurídicas voltadas para explicar seus fundamentos²⁷⁰.

O sentido prático da nova ordem internacional pode ser percebido no ressurgimento da arbitragem, que havia sido obscurecida nos tempos do absolutismo. Foi nesse contexto de expansão do direito internacional que as questões relativas à sua eficácia no âmbito doméstico dos Estados começaram a ser observadas, fato que resultaria no surgimento de doutrinas ocupadas deste assunto²⁷¹. No âmbito da teoria do direito, continuava a ser questionado o déficit de legitimidade da ordem jurídica internacional, por ser essencialmente

leading figure in making this distinction, and one of the leading figures in the history of international law, was Grotius, writing in the aftermath of the still troubled unification of the Netherlands in 1579 and in the middle of the Thirty Years War which dominated the early 17th century” (MILLS, Alex. “The Private History of International Law” in **International and Comparative Law Quarterly**, Vol. 55, n. 1, pp. 1-49, 2006, p. 18). Neste mesmo sentido, ver LUHMANN, Op. Cit., 1996, p. 10, para quem “a positividade é a única possibilidade de o direito fundar a sua unidade por si mesmo. O que, de toda sorte, ainda que não se tenha compreendido de imediato, é legível nos argumentos mediante os quais se afirma a unidade do direito nos séculos XVI e XVII”.

²⁶⁹ David Dudley Field chegou a apresentar um projeto de positivação do ordenamento internacional geral, em uma codificação de 1008 artigos. No original: “In 1866, at the meeting of the British Association for the Promotion of Social Science, the eminent American jurist, David Dudley Field, had proposed the appointment of a committee to prepare the outlines of an international code, with the view of having a complete code formed and then presented to the attention of the governments in the hope of it receiving, at some time, their sanction. A committee was appointed and Field was one of the members, but he resolved to present his own view by essaying a draft of the whole work, and, in 1872, he published at New York the Draft Outlines of an International Code, comprehending 1,008 articles” (NYS, Op. Cit., p. 886).

²⁷⁰ KOSKENNIEMI, Op. Cit., 2005a, p. 122. Para o panorama do ensino do direito internacional no Brasil, cf. MENEZES, Wagner. “International Law in Brazil” em *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, n. 125-139, v. 103, jul/dez, 2017b, pp. 1237-1311.

²⁷¹ Cf. Capítulo 4.

eurocentrista e hegemônica²⁷². Com as dimensões globais do sistema europeu, o direito internacional passou a ser utilizado na prática colonial e semicolonial das potências europeias, com a imposição de arbitragens a Estados árabes e africanos, com informação duvidosa e obscura sobre os termos da disputa²⁷³. Por outro lado, os Estados que se submetiam ao sistema eram alçados à condição de membros da comunidade internacional, a exemplo do Japão²⁷⁴.

O centro da ordem jurídica internacional começou a se fortalecer pelo desenvolvimento de mecanismos jurisdicionais de aplicação do direito internacional o que impulsionou as possibilidades de descrições das operações recursivas que refletem o conteúdo interno do sistema. Isso resultou em uma elevação do grau de segurança jurídica das relações internacionais que começavam a se intensificar. Este contexto jurídico contribuiu para a contensão das tensões políticas e econômicas entre as potências europeias no decorrer do século XIX, apesar das grandes transformações sociais decorrentes das revoluções burguesas e da revolução industrial, bem como do crescimento da ideologia marxista nas classes proletárias. Conceitos como a universalidade do direito, a jurisdicionalização da ordem jurídica e a legalidade internacional como limites ao exercício da soberania começaram a se fortalecer.

No final do século XIX, liberais europeus passaram a defender uma reforma do direito internacional que refletisse as mudanças ocorridas nas sociedades nacionais europeias, com a democracia e o liberalismo, bem como a modernização da economia e da política²⁷⁵. O grande aumento no número de participantes da comunidade internacional elevou a pressão por uma programação mais participativa do sistema de direito internacional. Pode-se afirmar que, no século XIX, se iniciou uma institucionalização incipiente da comunidade internacional com a criação das primeiras organizações internacionais especializadas, como a União Telegráfica Universal, em 1865, e a União Postal Geral, em 1874. Antes disso, em 1856, no Tratado de Paris, havia sido criada a Comissão Internacional do Danúbio, que já trazia traços

²⁷² BULL, Hedley. **A Sociedade Anárquica**: um estudo da ordem política mundial. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado/UnB/IPRI, 2002. Cf. GOZZI, Gustavo. “History of International Law and Western Civilization” em **International Community Law Review**, n. 9, 2007, pp. 353–373, p. 361-364.

²⁷³ ROELOFSEN, Cornelius G. “International Arbitrations and Courts” em FASSBENDER, Bardo e PETERS, Anne. **The Oxford Handbook of History of International Law**. Oxford : Oxford University Press, 2012, p. 164. Cf. TOURME-JOUANNET, Emmanuelle. “Des origines coloniales du droit international: à propos du droit des gens moderne au 18^{ème} siècle”, in DUPUY, Pierre-Marie e CHETAIL, Vincent. **The Roots of International Law**. Leiden: Brill, 2014.

²⁷⁴ AKASHI, Kinji. “Japan-Europe” em FASSBENDER, Bardo e PETERS, Anne. **The Oxford Handbook of History of International Law**. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 731.

²⁷⁵ KOSKENNIEMI, Op. Cit., 2005b, p. 66-67.

de uma cooperação internacional²⁷⁶, que iria se acelerar na segunda metade do século seguinte.

Este processo evolutivo do direito internacional seguiu até o início do século XX com a positivação de normas gerais, como as Conferências da Paz, ocorridas na Haia, em 1899 e 1907, e a realização das Conferências Panamericanas²⁷⁷, que culminaram, mais tarde, na criação da Organização dos Estados Americanos (OEA). No plano filosófico, era reconhecido o incremento na racionalidade das relações humanas, decorrente da evolução no conhecimento científico em diversos campos. A sociedade mundial estava formada²⁷⁸, com a diferenciação dos sistemas funcionais desterritorializados em andamento, o que alimentava uma crença no progresso da humanidade²⁷⁹.

Na política internacional, no entanto, a acomodação de interesses por meio da diplomacia foi dificultada pela formação de blocos como resultado da cristalização de alianças, que deixaram de ser ocasionais. O esgotamento do Concerto Europeu foi provocado pelo movimento das nacionalidades²⁸⁰, que estabeleceu um novo princípio de legitimidade, dando origem a novos Estados europeus (Alemanha e Itália). A crise latente nas relações internacionais, decorrente do déficit comunicativo na política, resultou na Primeira Guerra

²⁷⁶ MONROY CABRA, Op. Cit., p. 67.

²⁷⁷ As Conferências Panamericanas, também chamadas de Conferências Internacionais Americanas, aconteceram entre 1889 e 1890, envolvendo inicialmente dezenove Estados na primeira e, na nona e última, já com vinte e uma Repúblicas. As Conferências foram realizadas em Washington (1889-1890); México (1901-1902); Rio de Janeiro (1906); Buenos Aires (1910); Santiago (1923); Havana (1928); Montevidéu (1933); Lima (1938); e Bogotá (1948), quando se deu a assinatura da Carta da OEA. No processo de positivação do direito internacional, na Sexta Conferência, em Havana, foram assinadas as seguintes convenções: 1) Convenção sobre condição dos estrangeiros; 2) Convenção sobre tratados; 3) Convenção sobre funcionários diplomáticos; 4) Convenção sobre agentes consulares; 5) Convenção sobre asilo; 6) Convenção sobre deveres e direitos dos Estados, nos casos de lutas civis, promulgadas no Brasil pelo Decreto n. 5.647, de 8 de Janeiro de 1929. Na sétima Conferência, ocorrida em Montevidéu, foram assinadas as Convenções sobre direitos e deveres dos Estados e sobre Asilo político, promulgadas no Brasil pelo Decreto n. 1.570, de 13 de abril de 1937.

²⁷⁸ LUHMANN, Op. Cit., 2006, *passim*.

²⁷⁹ MACMILLAN, Margaret. **A Primeira Guerra Mundial**. Trad. Gleuber Vieira. São Paulo: Globo Livros, 2014, p. 17.

²⁸⁰ RÉMOND, René. “O movimento das nacionalidades” em **O Século XIX**. São Paulo: Cultrix, 1993. pp. 149-163, para quem “na origem desse movimento das nacionalidades, confluem a reflexão, a força dos sentimentos e o papel dos interesses. Política e economia interferem estreitamente, e é justamente essa interação que constitui a força de atração da idéia nacional pois, dirigindo-se ao homem em sua integridade, ela pode mobilizar todas as suas faculdades ao serviço de uma grande obra a ser realizada, de um projeto capaz de despertar energias e de inflamar os espíritos”. E complementa: “No final do século XIX, nota-se o aparecimento de rivalidades étnicas mais sutis. Nacionalidades do mesmo ramo étnico descobrem suas afinidades, tomam consciência da solidariedade que as ligam e esboçam reagrupamentos em função dessas afinidades. É o caso, dentro da dupla monarquia austro-húngara, primeiro, da coalizão dos eslavos do Sul, depois, da coalizão entre os eslavos do Sul e os do Norte e, enfim, a aproximação entre todas as nacionalidades eslavas da Europa e o grande irmão russo. Contra o pan-eslavismo, esboça-se um bloco austroalemão, que sonha em tornar realidade o programa do pangermanismo. O confronto entre o pan-eslavismo e o pangermanismo é um dos componentes do conflito mundial e carrega em si o germe da ruína das estruturas históricas, dos edifícios dinásticos do império dos Habsburgos. O movimento das nacionalidades triunfará, em 1918-1920, sobre o direito histórico”.

Mundial, o que impactou no desenvolvimento do direito internacional e proporcionou importantes mudanças na ordem internacional²⁸¹.

3.1.4 O idealismo internacional

As transformações ocorridas no ambiente da sociedade mundial, com a crise do sistema capitalista liberal, provocada pelos movimentos socialistas e pela quebra da Bolsa de Valores de Nova Iorque, promoveram, na política internacional, o fortalecimento do idealismo, refletido nas ideias do presidente norte-americano T. Woodrow Wilson. Com a criação da Liga das Nações e da Corte Permanente de Justiça Internacional, acreditava-se que a racionalidade e a moralidade inerentes ao homem iriam se afirmar nas relações internacionais²⁸².

O Tratado de Versalhes, de 1919, foi uma tentativa de constitucionalizar a ordem internacional, por meio da criação de uma organização com aspirações universais, com a pretensão de regular as relações internacionais de acordo com certos princípios fundamentais²⁸³. Le Fur observava a construção de uma comunidade internacional organizada²⁸⁴. Casseese aponta, contudo, que a falta de cooperação e o fato de a Liga ter se tornado, gradativamente, um instrumento a serviço dos interesses da Grã-Bretanha e da França, além das diferenças institucionais inerentes, foram causa do seu fracasso²⁸⁵, a que se podem acrescentar as dificuldades políticas e econômicas para efetivar seus princípios.

Além da criação da Liga das Nações, pelo Tratado de Versalhes, de 1919, foram também criadas a Corte Permanente de Justiça Internacional, cujo Estatuto, assinado em 1920, se tornaria, com pequenos ajustes, anexo da Carta das Nações Unidas, com a incorporação da Corte à estrutura da Organização, e a Academia de Direito Internacional, na Haia, que começou a funcionar em 1923. No âmbito da cooperação internacional, vale lembrar o surgimento da Organização Internacional do Trabalho, cujo ato constitutivo foi aprovado como parte do Tratado de Versalhes.

²⁸¹ LAFER, Celso. “Ordem, Poder e Consenso: caminhos da constitucionalização do direito internacional” em BONAVIDES, Paulo et al. **As Tendências atuais do Direito Público: estudos em homenagem ao Professor Afonso Arinos**. Rio de Janeiro: Forense, pp. 89-110, 1976, p. 93.

²⁸² BEDIN, Gilmar Antônio; OLIVEIRA, Odete Maria de; SANTOS JÚNIOR, Raimundo Batista dos e MIYAMOTO, Shiguenoli. **Paradigmas das Relações Internacionais**. 3. ed. rev. Ijuí: Unijuí, 2011, p. 37-42.

²⁸³ OPPENHEIM, L. **The Future of International Law**. Oxford: Clarendon Press, 1921.

²⁸⁴ LE FUR, Louis. **Le développement historique du droit international: de l'anarchie internationale à une communauté internationale organisée**. *Recueil des Cours*, vol. 41. The Hague: ILA, 1932.

²⁸⁵ CASSESE, Antonio. **International Law**. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 33.

No período entreguerras, as operações do direito internacional se intensificaram na direção de uma maior consistência da eficácia do sistema do direito nas relações internacionais, mas a falta de consistência institucional e as condições adversas, decorrentes das demandas do ambiente, levaram a um novo colapso, com a ocorrência da Segunda Guerra Mundial. O cenário de bipolaridade entre o socialismo e o capitalismo já se encontrava delineado, mas a emergência do ultranacionalismo nazista e fascista exigiu uma aceleração das comunicações entre os Estados como forma de reação coordenada para o restabelecimento de uma ordem jurídica internacional.

No pós-guerras, a evolução do direito internacional toma outra direção com o incremento da cooperação entre os Estados, o fortalecimento das instituições e a aceleração das operações pela criação de mecanismos de solução de controvérsias²⁸⁶. Os fatos ocorridos na Segunda Guerra implicaram profundas modificações nas relações internacionais, o que foi reforçado pelas transformações nos meios de comunicação. Com isso, a ordem jurídica internacional passou por uma expansão material e por um aprimoramento procedimental na segunda metade do século XX, que amplificaram sua interação tanto com o ambiente interno do sistema do direito como um todo, quanto com o entorno da sociedade mundial. Isto não impediu, contudo, o desenvolvimento de doutrinas questionadoras de sua diferenciação funcional, que observam os riscos de corrupção de suas operações por outros sistemas parciais, especialmente a política e a economia.

3.1.5 Doutrinas negadoras dos fundamentos do direito internacional

As frustrações do idealismo, que motivou a criação da Liga das Nações após a Primeira Guerra, resultaram no fortalecimento da *realpolitik* nas articulações, que culminaram na criação das Nações Unidas e nos discursos acadêmicos de descrição da ordem internacional. Morgenthau retomou a proposta hobbesiana de uma anarquia internacional²⁸⁷ ao manifestar uma preocupação constante de um colapso político²⁸⁸ que a ordem internacional não seria capaz de controlar²⁸⁹.

²⁸⁶ SINCLAIR, Guy Fiti. **To Reform the World: International Organizations and the Making of Modern States**. Oxford: Oxford University Press, 2017.

²⁸⁷ BULL, Op. Cit., 2002.

²⁸⁸ MORGENTHAU, Hans. **Politics among Nations. The Struggle for Power and Peace**. New York: Knopf, 1948; MORGENTHAU, Hans. **The decline of Democratic Politics**. Chicago: Chicago University Press, 1969.

²⁸⁹ KOSKENNIEMI, Martti. **The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and fall of International Law 1870-1960**. Cambridge: CUP, 2001, p. 465-467.

Da mesma maneira, Martin Wight reduz as teorias da política e do direito a uma “teoria da vida boa”, enquanto a teoria das relações internacionais seria uma teoria da sobrevivência²⁹⁰. O realismo político das teorias das relações internacionais parte do princípio de que os interesses dos Estados são sempre definidos em termos de poder²⁹¹. Com isso, a autonomia da política é descrita na forma de desdiferenciação do direito nas relações internacionais²⁹², já que as decisões do sistema do direito estariam fadadas a serem determinadas pela linguagem do sistema político²⁹³. Neste sentido, Grigory Tunkin assumiu que o direito internacional e as relações internacionais compõem um único sistema, no qual o direito internacional seria um subsistema de normas das relações internacionais. Este sistema, baseado em uma teoria do consenso²⁹⁴, estaria submetido a uma superestrutura sócio-econômica da sociedade mundial²⁹⁵.

Esta corrente aponta para uma fragmentação do direito internacional²⁹⁶ em decorrência da falta de uma autoridade legislativa geral²⁹⁷, o que resulta em um risco de conflitos normativos²⁹⁸ e na impossibilidade de descrição da ordem internacional como um sistema. Esta fragmentação estaria evidenciada na proliferação de regimes normativos internacionais autônomos, com potencial para interferir nos interesses dos Estados pela aceleração da comunicação, o que resulta em um aumento do fluxo de transações e na facilitação do acesso ao conhecimento.

²⁹⁰ “What I have been trying to express is. the sense of a kind of disharmony between international theory and diplomatic practice, a kind of recalcitrance of international politics to being theorized about. The reason is that the theorising has to be done in the language of political theory and law. But this is the language appropriate to man’s control of his social life. Political theory and law are maps of experience or systems of action within the realm of normal relationships and calculable results. They are the theory of the good life. International theory is the theory of survival. What for political theory is the extreme case (as revolution. or civil war) is for international theory the regular case” (WIGHT, Op. Cit., p. 48). Cf. KOSKENNIEMI, Martti. “Miserable Comforters: International Relations as New Natural Law” em **European Journal of International Relations**, Vol. 15, n. 3, 2009, pp. 395–422.

²⁹¹ BEDIN, et al. Op. Cit., 2011, p. 121-122. Cf. MORGENTHAU, Op. Cit., 1948.

²⁹² NYE, Joseph S., Jr. **Soft Power: the means to success in world politics**. PublicAffairs: New York, 2004; NYE, Joseph S., Jr. **O Futuro do Poder**. Trad. Magda Lopes. São Paulo: Benvirá, 2012.

²⁹³ KOSKENNIEMI, Op. Cit., 2005a, p. 561.

²⁹⁴ TUNKIN, Gregory I. “The New System of International Law” em JESSUP, Phillip C.; FATOUROS, A. A.; HAZARD, John N.; HENKIN, Louis; LISSITZYN, Oliver j.; REESE, Willis L. M.; SMIT Hans; WILNER, Gabriel M. (eds.) **Jus Et Societas: Essays In Tribute To Wolfgang Friedmann**. The Hague/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 1979, pp. 338-349, p. 340.

²⁹⁵ TUNKIN, Grigory. **International Law in the International System**. *Recueil des Cours*, The Hague: ILA, 1975, p. 58.

²⁹⁶ JENKS, Wilfried, “The Conflict of Law-Making Treaties”, *BYBIL*, vol. 30, (1953), p. 403.

²⁹⁷ KOSKENNIEMI, Op. Cit., 2005b.

²⁹⁸ COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. **Fragmentation of International Law: Difficulties Arising From the Diversification and Expansion of International Law**. Report of the Study Group of the International Law Commission. Edição final por Martti Koskenniemi, Organização das Nações Unidas, A/CN.4/L.644, 2006, daqui em diante apenas *Fragmentation Report*.

Estes regimes consistem em um conjunto de princípios, normas e regras, implícitos ou explícitos, e procedimentos de tomada de decisões relativos a campos específicos de interesses especializados, em torno dos quais convergem as expectativas dos diversos atores da sociedade. A complexidade intrínseca dos regimes relacionados a campos metajurídicos, como a economia, a sociologia, a cultura ou a política, distanciaria, eventualmente, a sua aplicação das normas gerais de direito internacional²⁹⁹. Seriam regimes normativos que funcionariam de acordo com sua própria lógica interna, podendo apresentar resultados conflitantes com a aplicação do direito internacional geral, resultando na fragmentação do ordenamento.

O surgimento desses regimes normativos teria um impacto sobre a distribuição do poder em grupos específicos da sociedade, de maneira a subverter a ordem regulada pelo direito³⁰⁰, pois permaneceria a incerteza do cumprimento dos compromissos pelos Estados³⁰¹, que decidem a partir da lógica do custo-benefício, baseada no risco relativo ao grau de dependência de cada um ao regime normativo em questão³⁰². Fischer-Lescano e Teubner sustentam que a fragmentação do direito internacional seria inevitável, como uma consequência natural da fragmentação da sociedade mundial. Portanto, a existência de diferentes regimes permitiria apenas operações interlegais (*inter-legality operations*) entre eles, não configurando uma unidade sistêmica³⁰³.

No plano transnacional da sociedade mundial, é observado o desenvolvimento de regimes jurídicos privados autônomos, movidos por interesses não jurídicos, como a *lex mercatoria*, do comércio internacional, ou a *lex digitalis*, da Internet³⁰⁴. Estes regimes surgem de maneira espontânea e coletiva e funcionam na periferia do direito produzido pelos Estados, por diversos mecanismos que permitem operações alheias à participação dos Estados³⁰⁵. A *lex*

²⁹⁹ KRASNER, Stephen D.. “Causas Estruturais e Consequências dos Regimes Internacionais: Regimes como Variáveis Intervenientes”, em **Revista de Sociologia Política**, Curitiba, v. 20, n. 42, p. 93-110, jun. 2012.

³⁰⁰ KRASNER, Stephen D. “Regimes and the limits of realism: regimes as autonomous variables”, em KRASNER, Stephen D. (ed.). **International Regimes**. New York: Cornell University Press, 1995, p. 359-367.

³⁰¹ KEOHANE, Robert O. “The demand for international regimes”, em KRASNER, Stephen D. (ed.). Op. Cit., 1995, p. 167.

³⁰² KEOHANE, Robert O.; NYE, Joseph S. **Power and Interdependence**. 4. ed. Boston: Longman, 2012.

³⁰³ FISCHER-LESCANO; TEUBNER, Op. Cit., 2004.

³⁰⁴ A estrutura normativa desses regimes privados é diversificada, composta por elementos como contratos padronizados, procedimentos-padrão de associações empresariais, regulamentos de organizações formais, acordos entre associações profissionais, padronizações técnicas e científicas, regulamentações e normas gerais de conduta nas relações sociais e econômicas, uniformizações culturais etc. Cf. TEUBNER, Gunther. “Constitucionalismo social: nove variações sobre o tema proposto por David Sculli” em FORTES, Pedro; CAMPOS, Ricardo; BARBOSA, Samuel (coord.). **Teorias Contemporâneas do Direito: o direito e as incertezas normativas**. Curitiba: Juruá, 2016.

³⁰⁵ FISCHER-LESCANO; TEUBNER, Op. Cit., 2004, p. 1009-1013. O enfrentamento destes ambientes normativos privados autônomos pelos Estados não faz parte do escopo desta pesquisa, que é voltado para a

mercatoria, por exemplo, resulta de usos e práticas de comércio, desenvolvidos desde o mercantilismo medieval, que se constituem em um manancial de regras e princípios aplicados espontaneamente nas relações econômicas transnacionais, muitas vezes integrando cláusulas contratuais amplamente aceitas em diferentes culturas comerciais.

Estas doutrinas têm o mérito de abordar as características do funcionamento da sociedade mundial contemporânea. Elas evidenciam a redução dos instrumentos políticos à disposição dos Estados para o controle das atividades realizadas dentro e fora do seu território, que se acelerou, de maneira significativa, com o advento da Internet. Os Estados já não têm condições de realizar suas atividades e responsabilidades tradicionais, como a defesa militar, a administração da economia, a comunicação social, os sistemas administrativos e jurídicos, sem a colaboração de outros atores da sociedade. A expansão das interações transnacionais fortalece organizações não estatais, principalmente as empresas, reduzindo a influência dos governos sobre as atividades dos cidadãos³⁰⁶.

No contexto da consolidação da integração política e econômica entre os Estados, observa-se a aceleração das negociações e dos arranjos institucionais multilaterais, com o objetivo de conter os efeitos desestabilizadores do desenvolvimento das interconexões entre os sistemas sociais parciais³⁰⁷. Esta nova ordem política global criou um quadro no qual e por meio do qual os direitos e obrigações, poderes e capacidades dos Estados foram redefinidos, gerando questionamentos de legitimidade, pois os processos democráticos precisam ser considerados no contexto de uma sociedade multinacional, multilógica e internacional³⁰⁸.

Nesse cenário, Koskenniemi sugere que a sistematicidade da ordem jurídica internacional seria questionável ante a dificuldade de se articular, de maneira coerente, a normatividade e a concretude do argumento jurídico internacional, pois as operações de elaboração das normas internacionais seriam controversas e falhariam sempre no momento crucial de solução, impedindo que se construa um sistema completo. Deste modo, os juristas

relação entre a produção de normas pelo poder constituinte dos Estados e o direito internacional público existente. Assim, trata-se da relação que se estabelece no âmbito central do direito produzido pelos Estados.

³⁰⁶ Com o avanço da cibernética e da inteligência artificial, a mineração de dados pessoais e seu tratamento por entidades privadas criam desafios para o Estado tanto na manutenção da democracia quanto na previsão das expectativas de comportamento. Cf. BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

³⁰⁷ SINCLAIR, Op. Cit., 2017, p. 245-250.

³⁰⁸ HELD, David. “A democracia, o Estado-nação e o sistema global” em **Lua Nova**, n. 23, março 1991, pp. 145-194, p. 158-160. O próprio Held faz um contraponto ao defender que “aqueles que anunciam o fim do Estado-nação presumem, com frequência, a erosão do poder do Estado em razão das pressões da globalização, e não percebem a persistente capacidade que têm os Estados de formular as orientações políticas nos planos doméstico e internacional. O grau de “autonomia” do Estado moderno em distintas condições não tem sido devidamente apreciado” (HELD, Op. Cit., p. 164).

internacionais deviam admitir que a solução final das questões jurídicas seria um ato de escolha extrajurídico³⁰⁹.

Do ponto de vista do positivismo jurídico, Hart questiona se o direito internacional poderia ser considerado um sistema jurídico, seja por lhe faltar um legislador responsável pela modificação de suas normas, seja pela ausência de uma jurisdição compulsória, com sanções centralmente organizadas. Acrescenta, ainda, que falta ao direito internacional uma norma de reconhecimento unificadora, que especifique as fontes do direito e os critérios de identificação de suas normas³¹⁰. O fato de não prever sanções centralmente organizadas não significa que o direito internacional não seja vinculante, pois a concepção do direito não pode ser limitada ao de uma ordem coercitiva³¹¹.

O ambiente factual do direito internacional é muito distinto do existente no direito interno, logo, não há como esperar que as sanções, no plano internacional, aconteçam da mesma forma. Com efeito, a aplicação de sanções internacionais não pode ignorar a existência de interesses maiores, como o de evitar a guerra e o de limitar o uso da força na solução dos conflitos. É preciso considerar os parâmetros razoáveis de segurança diante dos possíveis resultados da aplicação de sanções e seus efeitos sobre as populações.

Apesar de não considerar que o direito internacional esteja organizado como um sistema jurídico, Hart não nega que suas normas sejam normas jurídicas. Ele apenas aponta “não haver nenhuma norma fundamental que ofereça critérios gerais de validade para as normas do direito internacional”³¹² e que, por isso, as normas de fato em operação não comporiam um sistema, mas um simples conjunto de normas. Estas normas seriam vinculantes para os Estados, essencialmente em razão do consentimento, o que representaria uma limitação de sua soberania. O direito internacional estaria, assim, em um estágio de transição que o aproximaria de um sistema semelhante ao existente no direito interno. Deve-se chamar atenção para o fato de que Hart inclui entre as normas que integram o conjunto do direito internacional “aquelas que estipulam a força vinculante dos tratados”³¹³ e que a análise de Hart não levou em consideração normas internacionais fundamentais, como a Convenção

³⁰⁹ KOSKENIEMI, Martti. Op. Cit., 2005, p. 554-557.

³¹⁰ HART. Op. Cit., 2014, p. 276-277.

³¹¹ Neste sentido, Shapiro sustenta que “It seems to me a mistake, however, to consider sanctions to be a *necessary* feature of law” (SHAPIRO, Op. Cit., 2011, p. 169, grifo no original).

³¹² HART, Op. Cit., p. 305.

³¹³ HART, Op. Cit., p. 291.

de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969³¹⁴, portanto, posterior à publicação de sua obra³¹⁵.

Para uma contraposição da posição assumida por Hart, pelo discurso da fragmentação e pela teoria dos regimes internacionais, será demonstrado que a ordem jurídica internacional opera como um sistema normativo como parte do sistema do direito, com uma programação própria que garante a estabilização por sua recursividade. Da ótica do positivismo, a descrição da estrutura normativa do direito internacional revela um arranjo complexo, hierárquico entre as diversas normas de direito internacional e heterárquico entre os regimes jurídicos existentes, que é dinamizado pelas operações que refletem a funcionalidade do sistema do direito³¹⁶. Além disso, um direito internacional sistêmico deve ser capaz de garantir a sua evolução tanto no sentido de continuidade quanto no de mudanças.

3.2 PARADIGMA DA COOPERAÇÃO: COMPLEXIDADE, FRAGMENTAÇÃO E UNIDADE DA ORDEM INTERNACIONAL

Os reflexos da aceleração da complexidade da realidade contemporânea sobre o direito internacional são observados pela doutrina internacionalista tanto da ótica das relações de coexistência, quanto da assimilação das premissas de cooperação decorrentes do aumento progressivo da interdependência dos Estados. As frustrações resultantes de duas grandes guerras mundiais, na primeira metade do século XX, impuseram mudanças na ordem internacional, com um incremento nas pretensões do sistema jurídico, a partir dos influxos das demandas dos sistemas sociais sobre os Estados, que motivaram transformações institucionais e normativas na comunidade internacional.

A ordem jurídica internacional, a partir da segunda metade do século XX, contempla as expectativas de comportamento das relações de coexistência estabelecidas ao longo dos séculos anteriores e agrega novas expectativas decorrentes das relações de cooperação entre os Estados soberanos. A identificação de interesses comuns, à margem das

³¹⁴ Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, assinada em 1969 (daqui em diante, CVDT/69). No Brasil, aprovada no Congresso, por meio do Decreto Legislativo n. 496, de 17 de julho de 2009, e promulgada pelo Decreto n. 7.030, de 14 de dezembro de 2009.

³¹⁵ BESSON, Samantha. "Theorizing the Sources of International Law" em BESSON, Samantha; TASIOLAS, John (ed.) **The Philosophy of International Law**. Oxford: Oxford University Press, pp. 163-186.

³¹⁶ Buffard alerta que "la notion de régime semble donc avoir un caractère plus général que celle de système. De plus, il apparaît que les notions de *régime juridique* et de *système juridique* se distinguent, dans la mesure où seul *système juridique* peut être utilisé comme synonyme d'*ordre juridique*" (BUFFARD, Isabelle. "Une relecture de la théorie des sous-systèmes en droit international", em BUFFARD, Isabelle; CRAWFORD, James; PELLET, Alain; WITTICH, Stephan (eds.). **International Law between Universalism and Fragmentation**: Festschrift in Honour of Gerhard Hafner. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff, 2008, pp. 13-40, p. 21).

diferentes ideologias existentes na sociedade, implicou uma mudança na estrutura normativa internacional³¹⁷. A ordem internacional passou a absorver, na forma de acordos multilaterais, diversas demandas dos sistemas sociais parciais da sociedade mundial, como desenvolvimento econômico e social, preservação dos recursos naturais, evolução do comércio internacional, a não proliferação de armas de destruição em massa e a proteção dos direitos humanos³¹⁸, o que resultou em uma estrutura normativa que estabelece expectativas positivas de comportamento. O paradigma da reciprocidade, composto por normas de mera abstenção, não está apto para atender aos propósitos dessa nova realidade.

De um modo geral, a doutrina internacionalista foi capaz de perceber o impacto de novos princípios políticos, sociais e econômicos e da inclusão de novos sujeitos de direito internacional, como as organizações internacionais, entidades privadas e indivíduos, sobre a compreensão da universalidade do direito internacional³¹⁹. Estas circunstâncias exigiram uma evolução da ordem internacional, evidenciada pelo surgimento de diversos mecanismos de solução pacífica de conflitos, com o desenvolvimento da jurisdição internacional³²⁰, e pelo reconhecimento de um direito imperativo consagrado na comunidade internacional³²¹, que estabelece uma estrutura formal hierárquica³²². Neste quadro, ressaltam-se a supremacia da Carta das Nações Unidas, prevista no artigo 103, a proibição do uso da força, a transnacionalidade das relações econômicas e sociais e a contenção do desequilíbrio nas condições militares, econômicas e políticas atualmente existente entre os Estados³²³.

De um lado, a estrutura normativa da ordem jurídica internacional se tornou mais sofisticada, envolvendo normas de convivência pacífica e normas de transformação da realidade com uma programação hierarquizada³²⁴, o que, por outro lado, permitiu e foi

³¹⁷ FRIEDMANN, Wolfgang. **Mudança da Estrutura do Direito Internacional**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1971, p. 51-52.

³¹⁸ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. “Memorial por um novo *Jus Gentium*, o Direito Internacional da Humanidade”, em **Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional**, n. 119-124, V. 1, 2013, p. 9.

³¹⁹ FRIEDMANN, Wolfgang. “The Changing Dimensions of International Law” em **Columbia Law Review**, Vol. 62, No. 7 (Nov., 1962), pp. 1147-1165, p. 1150.

³²⁰ Cf. MENEZES, Wagner. **Tribunais Internacionais: Jurisdição e Competência**. São Paulo: Saraiva, 2013; MENEZES, Wagner. (org.) **Tribunais Internacionais e a relação entre o Direito Internacional e o Direito interno**. Belo Horizonte: Arraes, 2017a.

³²¹ Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, artigo 53, que define os *jus cogens* e dispõe sobre a nulidade dos tratados que violam normas imperativas de direito internacional geral.

³²² Ver item 3.3.1 *infra*. Cf. KLEINLEIN, Thomas “*Jus Cogens* as the ‘Highest Law’? Peremptory Norms and Legal Hierarchies” em DEN HEIJER, Maarten; VAN DER WILT, Harmen (eds.). **Netherlands Yearbook of International Law 2015: Jus Cogens: Quo Vadis?**. The Hague: Asser Press-Springer, 2016, pp. 173-210.

³²³ DUPUY, Pierre-Marie. **L’Unité de l’Ordre Juridique International: cours général de droit international public**, Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2004, p. 50-67.

³²⁴ GALICKI, Zdzislaw. “Hierarchy in International Law within the Context of Its Fragmentation” em BUFFARD, Isabelle; CRAWFORD, James; PELLET, Alain; WITTICH, Stephan (eds.). **International Law between Universalism and Fragmentation: Festschrift in Honour of Gerhard Hafner?** Leiden/Boston: Martinus Nijhoff, 2008, pp. 41-60.

proporcionado pelo aprimoramento dos mecanismos de decisão no centro do sistema, com a criação de diversos tribunais internacionais³²⁵ e tribunais híbridos³²⁶, que dão operatividade ao sistema jurídico internacional³²⁷.

A programação internacional passou, ainda, a conviver com a maior complexidade das relações transnacionais, que resultam em outras ordens normativas que expõem os limites do direito fundamentado somente na manifestação soberana dos Estados, pois resultam da interação entre os diversos atores da sociedade mundial. Os processos de integração e desintegração do direito internacional com as ordens normativas dos sistemas sociais parciais promoveram grandes mudanças no sistema do direito, fazendo interagir o direito internacional público e o privado com o direito interno dos Estados, o que resulta em uma normatividade transnacional³²⁸. O ritmo acelerado das mudanças de valores na sociedade impõe que sejam tomadas com mais frequência decisões políticas fundamentais, tanto em assuntos internos, quanto em assuntos internacionais. Em uma sociedade pluralista, que se encontra sob a influência da opinião pública, a decisão será tomada pelo interesse que determinada medida desperte na comunidade³²⁹.

³²⁵ Existem, no plano universal, o Tribunal Internacional para o Direito do Mar, o Órgão de Solução de Controvérsias da OMC e o Tribunal Penal Internacional, e, no plano regional, o Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul, a *Caribbean Court of Justice*, a *Central American Court of Justice*, o Tribunal de Justiça Europeu, a *Court of the Eurasian Economic Community*, a *Arab Investment Court*, entre outras cortes ligadas a entidades regionais africanas como a *Central African Economic and Monetary Community* (CEMAC), a *Organisation for the Harmonization of Business Law in Africa* (OHADA), a *West African Economic and Monetary Union* (WEAMU) e a *Common Market for Eastern and Southern Africa* (COMESA). Na proteção de direitos humanos, destacam-se a Corte Europeia de Direitos Humanos, a Corte Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos. Cf. ROMANO, Cesare P. R.; ALTER, Karen J.; SHANY, Yuval. **The Oxford Handbook of International Adjudication**. Oxford: Oxford University Press, 2015; MENEZES, Op. Cit., 2013; SHANY, Yuval. **The Competing Jurisdictions of International Courts and Tribunals**. Oxford: Oxford University Press, 2008.

³²⁶ São exemplos de tribunais penais híbridos a *Special Court for Sierra Leone* (SCSL), os *Special Panels for Serious Crimes in the District Court and Court of Appeal of Dili in East Timor* (Dili Panels); os *Regulation 64 Panels in Kosovo* (Regulation 64 Panels); a *War Crimes Chamber of the State Court of Bosnia Herzegovina* (War Crimes Chamber); as *Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia* (ECCC); o *Special Tribunal for Lebanon* (STL); e o *Supreme Criminal Tribunal for Iraq* (Iraq Tribunal). Cf. LIMA, Renata Mantovani de. **Tribunais Híbridos e Justiça Internacional Penal**. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

³²⁷ Embora essa multiplicação de tribunais seja considerada por muitos como um reflexo da fragmentação da ordem internacional (CHARNEY, Jonathan I. “The Impact on the International Legal System of the Growth of International Courts and Tribunals” em **International Law and Politics**, Vol. 31, pp. 697-708, 1999; CHARNEY, Jonathan I. **Is International Law Threatened by Multiple International Tribunals?**, em *Recueil des Cours* 271, The Hague: ILA, 1998).

³²⁸ JESSUP, Phillip C. **Direito Transnacional**. Rio de Janeiro: Editora Fundo de Cultura, 1966, p. 15-19; Cf. MENEZES, Op. Cit., 2005.

³²⁹ LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1965, p. 64, ainda traz como exemplos “la entrada en una alianza o retirarse de ella; la neutralidad frente a las asociaciones internacionales; una actitud ofensiva ante el comunismo o la resolución de coexistir con él; la ayuda para los países subdesarrollados; el reconocimiento de un gobierno extranjero; problemas de la seguridad nacional; el desarme; la actitud frente al llamado colonialismo e imperialismo.”

A ordem jurídica internacional opera acoplada a um sistema político mundial, que funciona em um complexo difuso de instituições e atores com competências para participar nos processos decisórios³³⁰, que inclui as autoridades nacionais conectadas em rede com organismos internacionais, supranacionais e transnacionais de tomada de decisões e de construção normativa. Neste cenário, entidades com poderes constituídos assumem responsabilidades relativas à criação primária de normas jurídicas e à legitimação de autoridades internacionais para o exercício de poder que, classicamente, somente poderia ser praticado pelas autoridades estatais³³¹.

Menezes ensina que normas confeccionadas e desenhadas no plano internacional são cumpridas pelas pessoas que normalmente as consideram como direito doméstico. Assim, apesar de se materializar como norma de direito nacional, sua genética é internacional, mantendo com este plano uma “relação de cumplicidade”³³². Friedmann já havia notado que essa relação entre as normas internacionais e o direito interno havia se tornado um importante problema político e jurídico na atualidade³³³, pois as demandas sociais resultantes da evolução dos sistemas parciais repercutem diretamente no comportamento dos Estados no plano externo, em razão da globalização da cultura, do esporte, da saúde, da educação, da ciência, da tecnologia e da economia, e da evolução dos meios de comunicação.

A solução encontrada pelos Estados para enfrentar o aumento da complexidade foi a criação de organizações internacionais, com o objetivo de incorporar à programação da ordem internacional as provocações dos sistemas parciais mundializados, o que exige uma postura cooperativa. É neste contexto que o funcionamento dessas instituições enseja o desenvolvimento de regimes jurídicos diferenciados, que refletem o ambiente hipercomplexo da sociedade global em expansão.

A institucionalização da ordem internacional promoveu, com isso, a expansão da estrutura normativa internacional para alcançar matérias que possuem um elevado nível de universalidade, como a preservação do meio ambiente e o uso sustentável dos recursos

³³⁰ A maior percepção das relações de interdependência entre os Estados tornou possível que as medidas adotadas por um país, mesmo pequeno, seja no campo da exportação, seja no de investimentos, seja em matéria cambial, afetasse os demais. Disso resulta um crescimento e uma melhor distribuição do poder de negação, i.e., a capacidade que tem um Estado de resistir a que outros atuem de uma maneira que esse Estado considere indesejável para os seus valores e interesses. O exercício do “poder de negação” tende a provocar uma diminuição do “poder positivo” de grandes potências sobre os Estados mais fracos, ou seja, na capacidade de obter dos outros um comportamento mais compatível com seus valores e interesses (ORGANSKI, Abraham F. **World Politics**. 2. ed. Nova Iorque: Knopf, 1958, e KEOHANE, Robert O. **After Hegemony: Cooperation and Discord in the World Political Economy**. Princeton University Press: Princeton, 1984).

³³¹ THORNHILL, Chris. “Rights and Constituent Power in the Global Constitution” em **International Journal of Law in Context**, n. 10, 2014, pp. 357-396, 2014, p. 365.

³³² MENEZES, Op. Cit., 2005, p. 201.

³³³ FRIEDMANN, Op. Cit., 1971, p. 11. Ver Capítulo 5, *infra*.

naturais, a proteção da dignidade humana, as relações comerciais transfronteiriças, a perseguição criminal organizada, o controle no desenvolvimento de armas de destruição em massa, o desenvolvimento econômico e social dos povos, as comunicações sociais e o controle do fluxo de migrações, informações e transportes³³⁴.

3.2.1 Cooperação internacional

As organizações internacionais proliferaram no século XX como infraestrutura institucional da sociedade mundial. A atuação dessas organizações internacionais resulta na produção de diversos ambientes normativos compostos por uma combinação de normas cogentes³³⁵ com normas não vinculantes. Esses regimes multilaterais têm o potencial de produzir grande impacto no comportamento dos Estados. No âmbito de organismos autônomos, como a Organização Marítima Internacional (OMI), a Organização Mundial do Comércio (OMC) e a Organização Internacional do Trabalho (OIT), são firmadas convenções que visam à cooperação internacional para o alcance de objetivos comuns aos Estados membros³³⁶.

Nesse contexto, mesmo que um desses tratados não entre em vigor, por não alcançar o número mínimo de ratificações, por exemplo, isto não quer dizer que os Estados não estejam de acordo com o todo do tratado. Por vezes, a falta de consenso em relação a apenas parte do texto, acaba por frustrar a entrada em vigor da norma no plano internacional. Neste caso, a comunidade interacional pode admitir que regras incontroversas que integram o objeto do acordo multilateral que não entrou em vigor sejam aceitas como normas consuetudinárias³³⁷. O mesmo pode acontecer quando autoridades internacionais produzem projetos de norma com base em amplos debates com a participação ativa dos Estados, como faz a Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas, que resultam em instrumentos de

³³⁴ Friedmann aponta, contudo, que questões como os direitos trabalhistas, por exemplo, nem sempre resultarão em normas universais, já que há uma diferença na forma como o assunto é compreendido pelos diferentes Estados pela presença de um forte componente ideológico e pelo impacto que necessariamente irá produzir no direito interno (Op. Cit., 1971, p. 14).

³³⁵ FOX, Hazel. "Time, History, and Sources of Law Peremptory Norms: Is There a Need for New Sources of International Law?", em CRAVEN, Matthew; FITZMAURICE, Malgosia; VOGIATZI, Maria (eds.). **Time, History and International Law**. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2007, pp. 119-140, p. 129-134.

³³⁶ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Direito das Organizações Internacionais**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

³³⁷ DINSTEIN, Yoram. **The Interaction between Customary International Law and Treaties**. *Recueil des Cours*, vol. 322, The Hague: ILA, 2006.

grande aceitação pelos Estados³³⁸. Além disso, as organizações atuam no âmbito de suas competências para produzir normas não cogentes (*soft law*), como relatórios, memorandos, cartas de princípios, regulamentos, projetos de artigos, pareceres etc., que gozam de aceitação generalizada decorrente da autoridade de conhecimento acumulado (*expertise*) existente nestas entidades.

Friedmann afirmou que “‘cooperar ou perecer’ é um fato incisivo, não uma aspiração evangélica”. Ele observou que o aumento da velocidade do deslocamento das pessoas, das comunicações, do crescimento populacional, da destruição dos recursos naturais, da construção dos mísseis balísticos, da produção massiva de bens de consumo, passou a exigir do Estado uma atuação em regime de urgência sobre a ordem jurídica internacional³³⁹. A nova programação da ordem internacional passou a contar com a participação ativa das organizações internacionais, com o reconhecimento de normas comissivas para os Estados, favorecendo a democratização dos processos de construção da estrutura do sistema de direito internacional e o avanço da jurisdição internacional.

As organizações internacionais funcionam como espaços de negociação e de deliberação e são, simultaneamente, atores centrais na esfera internacional, dotados de personalidade jurídica reconhecida pelo direito internacional e relativamente autônomas em relação aos Estados-Membros. As programações dessas instituições operam como fóruns deliberativos onde interesses e diferentes pontos de vista são expostos e podem ser modificados em uma negociação³⁴⁰. Com isso, elas contribuem para compreender como novas regras são criadas e difundidas no sistema internacional e, posteriormente, internalizadas por diferentes atores³⁴¹. Os Estados podem não saber o que querem quando começam a negociar questões complexas dentro de complexos quadros institucionais ou podem mudar suas ideias durante o processo, o que possibilita entendimentos revisados sobre interesse nacional³⁴².

³³⁸ Como, por exemplo, os *Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (ARSIWA)*, aprovado pela Comissão e na Assembleia Geral das Nações Unidas na Resolução n. 56/83 de 12 de dezembro de 2001, corrigida posteriormente pelo documento A/56/49(Vol. I)/Corr.4.

³³⁹ FRIEDMANN, Wolfgang. “The Role of International Law in the Conduct of International Affairs” em **International Journal**, Vol. 20, No. 2 (Spring, 1965), pp. 158-172, p. 169. No mesmo sentido, Hauke Brunkhorst afirma que “cooperação, para o bem ou para o mal, tornou-se inevitável” (BRUNKHORST, Hauke. “Rumo a uma Nova Ordem Global: Vinte anos após 1989 e além”, trad. Sebastião Nascimento, em **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, Vol. 26, n. 77, 2011, pp. 25-30, p. 27).

³⁴⁰ BERNARDES, Op. Cit., p. 9.

³⁴¹ SLAUGHTER, Anne-Marie. **The New World Order**. Princeton: Princeton University Press, 2004, p. 43 e SLAUGHTER, Anne-Marie. “International Law and International Relations Theory: a Dual Agenda” em **American journal of international law**, vol. 87, n. 205, 1993.

³⁴² HURRELL, Andrew. “Global inequality and international institutions”. **Metaphilosophy**, v. 32, n. 1-2, Oxford, January 2001, p. 37.

O aspecto jurídico-formal da cooperação internacional depende de uma disposição para a ação comum, para ajustes e acordos por meio de tratados e da construção de instituições internacionais sólidas³⁴³; o lado material se traduz nos objetivos de solidariedade, justiça, desenvolvimento social e econômico, proteção aos direitos humanos e ao meio ambiente e a solução pacífica dos conflitos³⁴⁴. O dever de cooperar implica uma obrigação de entrar em uma ação coordenada para alcançar um objetivo específico. A cooperação em si não tem um valor inerente, seu significado e seu valor dependem da meta a ser alcançada. No direito internacional, a noção de cooperação está relacionada a uma ação em conjunto pelos Estados para o desenvolvimento, com o objetivo de melhorar o bem-estar da comunidade mundial³⁴⁵.

O multilateralismo, determinado pela multiplicação dos valores, interesses, critérios e canais de relacionamento entre os Estados, pela flexibilização e diversificação das alianças e prioridades e pelo estabelecimento de novos padrões de interdependência transnacional, cria dificuldades para a manutenção da centralidade do Estado na ordem internacional. Na linha das “polaridades indefinidas”, sob o impacto do desenvolvimento de novas tecnologias, há uma contraposição entre a lógica unificadora da integração econômica e do liberalismo comercial, de um lado, e a dinâmica desintegradora das identidades nacionais, de outro lado³⁴⁶.

O papel do Estado continua determinante para o funcionamento dos sistemas sociais parciais, pois, na política e na economia, por exemplo, os resultados dos processos de negociação tendem a pender para o lado da maior força empreendedora, que detém a capacidade de mobilização, o *market share* e a competência tecnológica. Neste sentido, o direito produzido interna e internacionalmente pelo Estado, considerado em conjunto, exerce

³⁴³ Häberle explica que as formas de cooperação são múltiplas, o que ele chama de “densas” ou “frouxas”. As densas estariam na concepção e na realização cooperativa de “tarefas comunitárias” em processos e instituições comuns ou da fundação de composições supranacionais”. As frouxas seriam as relações coordenadas, muitas vezes fundadas em forma de *soft law*, que traduzem mecanismos não vinculantes (HÄBERLE, Peter. **Estado Constitucional Cooperativo**. Trad. Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 13).

³⁴⁴ HÄBERLE, Op. Cit., 2007, p. 8.

³⁴⁵ WOLFRUM, Rüdiger. “International Law of Cooperation” in **Max Planck Encyclopedia of Public International Law**, última atualização em abril, 2010. Na Internet em: <http://2061/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1427?rskey=dndMWk&result=6&prd=EPIL>, acessado em 24 de janeiro de 2018. Wolfrum, no entanto, não acredita em um dever geral de cooperação na ordem internacional, reconhecendo apenas que, em certos campos, os Estados assumiram expressamente este dever.

³⁴⁶ FARIA, Op. Cit., 2005, p. 292-293.

uma função contrafactual na preservação dos interesses das pessoas, especialmente nas sociedades periféricas³⁴⁷.

Faria descarta modelos que pressupõem um equilíbrio de forças e certa homogeneidade valorativa entre as organizações complexas, pois eles não levam em consideração a possibilidade de a organização mais forte se afirmar sobre as mais débeis nas situações de impasse³⁴⁸. A cooperação estaria ligada a um senso de comunidade que faz com que os membros tenham o desejo de contribuir, e, quanto mais onerosa ou pesada for a tarefa, maior o retorno recebido em troca perante seus pares. Assim, o direito da comunidade serve ao propósito de manutenção e contínua integração da comunidade e à proteção do grupo contra comportamentos desviantes de seus próprios membros. Ele tem a função de promover a coordenação dos esforços e das atividades no interesse da comunidade, definindo tarefas e assinalando deveres e responsabilidades. Assim, os direitos subjetivos são atribuídos no interesse de toda a comunidade, e não porque o titular tem o poder de o exigir³⁴⁹.

A base normativa da cooperação internacional é bastante ampla e diversificada. O artigo 1 da Carta das Nações Unidas³⁵⁰ fundamenta os poderes da Assembleia Geral para promover e recomendar a cooperação entre os Estados membros³⁵¹, o que levou à aprovação da *Friendly Relations Declaration*,³⁵² onde ficou estabelecido “o dever dos Estados de cooperarem uns com os outros de acordo com a Carta”³⁵³. Mesmo considerando que a Resolução da Assembleia Geral não é vinculante para os Estados, sua força normativa deve ser considerada ao observar as circunstâncias anteriores e posteriores, já que os Estados assumiram obrigações internacionais de cooperação em matérias específicas, como na

³⁴⁷ NEVES, Marcelo. **Constituição e Direito na Modernidade Periférica**: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro. São Paulo: Martins Fontes, 2018.

³⁴⁸ FARIA, Op. Cit., 2005, p. 290.

³⁴⁹ SCHWARZENBERGER, Georg. “The three types of law”. In *Ethics*, Vol. 53, n. 2, pp. 89-97, 1943, p. 92-93. No original, “Actually, international law is a curious mixture of the three basic types of law. As a rule of law in the international society is conditioned by arbitrament of force, primarily international law is a law of power. In situations, however, in which the threat of force is no longer available, because states have resorted to this ultimate means of pressure, or in relations which, within a system of power politics, are peripheral, there is wide scope for the application of the law of reciprocity. As is evident from the development of international institutions in nonpolitical spheres, there is even room within international law for a timid assertion of the co-ordination” (Op. Cit., p. 96-97).

³⁵⁰ Artigo 1(3) da Carta das Nações Unidas, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945; no Brasil, promulgada pelo Decreto n. 19.841/45.

³⁵¹ Carta das Nações Unidas, artigo 13(1).

³⁵² Trata-se da Res. 2625(XXV) A, aprovada na Assembleia Geral das Nações Unidas, em 24 de outubro de 1970, que contempla a *Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations*. No original: “affirmed the importance of the progressive development and codification of the principles of international law concerning friendly relations and co-operation among States”.

³⁵³ Tradução livre. No original: “The duty of States to co-operate with one another in accordance with the Charter”.

Constituição da UNESCO³⁵⁴, em 16 de novembro de 1945, na Declaração Universal dos Direitos Humanos³⁵⁵, de 1948, no Pacto Internacional de Direito Civil e Políticos³⁵⁶, de 1966, no Tratado da Antártida³⁵⁷, de 1959, no Tratado sobre Princípios Reguladores das Atividades dos Estados na Exploração e Uso do Espaço Cósmico, Inclusive a Lua e demais Corpos Celestes³⁵⁸, de 1967, e, com grande destaque, na Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar³⁵⁹, de 1982. Estes, e outros, tratados refletem a construção progressiva de uma ordem internacional cooperativa, com canais de comunicação abertos para as demandas da sociedade resultantes da interação com os outros sistemas sociais parciais.

3.2.1.1 Soberania e democracia no paradigma da cooperação

A construção dessa nova realidade, baseada na cooperação internacional, enfrenta inúmeros desafios. O discurso baseado na soberania dos Estados persiste como o maior obstáculo para o avanço da cooperação internacional. No entanto, este confronto é apenas aparente, pois a noção de soberania também foi afetada pelas transformações da ordem internacional, já que ela deve ser considerada tendo em vista o entorno, o ambiente em que o Estado existe.

Nem a soberania de Bodin, que deu bases ao estado absolutista, nem a soberania de Vattel e Jellinek, voluntarista e hegemônica, são suficientes para explicar o fenômeno na contemporaneidade. Desde o século XIX, o advento do estado de direito e do constitucionalismo já havia imposto aos governantes limites de atuação com base no sistema do direito³⁶⁰. O Estado constitucionalizado passou a sofrer pressões na periferia do sistema do direito pelas demandas de ampliação da inclusão social, o que levou ao Estado do Bem Estar Social, à criação da OIT e, posteriormente, ao reconhecimento dos direitos humanos.

As teorias voluntaristas não observam os fluxos de comunicação entre o ambiente e o direito, que determinam os limites da soberania dos Estados, com isso as decisões,

³⁵⁴ UNESCO - *United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization*, criada em Londres, em 1945, passou a funcionar no ano seguinte, quando alcançou a vigésima ratificação.

³⁵⁵ Declaração Universal dos Direitos Humanos, preâmbulo, Res. 217 (III) A, aprovada na Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948.

³⁵⁶ *International Covenant on Civil and Political Rights*, assinado em Nova Iorque, em 1966, artigo 1.

³⁵⁷ Promulgado no Brasil pelo Decreto n. 75.963/75.

³⁵⁸ Conhecido como “Tratado do Espaço Cósmico”, assinado simultaneamente em Washington, Londres e Moscou, em 27 de janeiro de 1967.

³⁵⁹ Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar - *United Nations Convention on Law of the Sea (UNCLOS)*, assinada em 1982, em Montego Bay, Jamaica.

³⁶⁰ COSTA, Pietro e ZOLO, Danilo (org.). **O Estado de Direito: História, teoria, crítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

políticas e jurídicas, que são tomadas por motivações fomentadas por interesses de outros sistemas sociais, são invisibilizadas.

Após a Segunda Guerra, a ideia de soberania no plano externo passou a descrever a condição de sujeito de direito internacional, a personalidade jurídica do Estado, com o direito de participar ativamente da comunidade internacional, não só pela via diplomática clássica, mas, também, pela adesão aos organismos internacionais e pela interação cooperativa com outros Estados na construção progressiva de uma comunidade internacional. Portanto, a cooperação não está em conflito com a soberania; pelo contrário, ela é uma forma de manifestação da própria condição de sujeito na ordem internacional, representando um anseio da própria condição de Estado.

A recusa de participação nos processos cooperativos não pode ser compreendida como uma proteção da soberania, mas como a recusa do seu próprio exercício, ou a contrariedade de seu próprio fundamento³⁶¹. O poder de autodeterminação do Estado só se sustenta pela aptidão para participar como sujeito das relações internacionais. A interdependência entre os Estados na contemporaneidade indica um atrelamento cada vez maior da noção de soberania à de cooperação jurídica, econômica e social, e à proteção contra a intervenção política, econômica e/ou militar, o que afeta as pretensões clássicas de autonomia³⁶².

Mesmo que não se considere a frustração de processos cooperativos como descumprimento do direito internacional, ela gera um retardamento das expectativas das demandas da sociedade, o que Delbrück denomina de falta de “ética do cumprimento” do direito³⁶³. A cooperação internacional, portanto, pode ser considerada como um novo paradigma civilizatório reproduzido na programação da ordem internacional em função dos influxos comunicativos com os sistemas sociais parciais. Isso implica que os interesses dos Estados muitas vezes precisam se submeter a interesses que emergem de fora das relações

³⁶¹ Virally afirma que “Il n'y praviendra que dans la mesure où ses prétentions seront accueillies par les autres Etats que si un accord avec eux se réalise sur le contenu de certaines règles, si une coutume se forme en ce sens: bref, se des normes réellement internationales prennent naissance”. (VIRALLY, Op. Cit., p. 112).

³⁶² BOLZAN DE MORAIS, José Luis e VIEIRA, Gustavo Oliveira. “Estado e Constituição em tempos de abertura: a crise conceitual e a transição paradigmática num ambiente intercultural” em **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, n. 5(2), pp. 133-140, 2013, p. 135.

³⁶³ DELBRÜCK, Jost. “The International Obligation to Cooperate: an Empty Shell or a Hard Law Principle of International Law? - a Critical Look at a Much Debated Paradigm of Modern International Law” em HESTERMEYER, Holger P. et al (ed.). **Coexistence, Cooperation and Solidarity**, Vol.1, Leiden/Boston: Martinus Nijhoff, 2012, p. 15, onde ele afirma que o descumprimento de deveres de cooperação em certos casos representa “a clear sign that the international community still lack a badly needed ethic of compliance with the law (*Ethos der rechtsbefolgung*)”.

interestatais, de um movimento de forças que decorre de uma sociedade civil global mais ativa e consciente de seu papel e de seu poder.

Outro desafio é apontado por Delmas-Marty, que critica o déficit democrático das instituições internacionais. Primeiro, pela predominância, em sua composição, de agentes do Poder Executivo, pois esta é uma função que, normalmente, cabe aos representantes dos governos dos Estados, ou a pessoas por eles indicadas. Já o Judiciário internacional gera incertezas pela adesão parcial dos Estados à jurisdição obrigatória. Por fim, a autora aponta fragilidades em uma noção de legislativo mundial, já que os cidadãos não participam do processo de elaboração das normas³⁶⁴. Neste contexto, a criação de obrigações positivas para os Estados exigiria uma maior participação das pessoas, cujos interesses são diretamente afetados pela seletividade das decisões tomadas no âmbito da política internacional.

O sistema político da sociedade contemporânea abrange e incorpora os domínios políticos nacional, internacional e supranacional, e acrescenta importantes dimensões transnacionais às instituições políticas situadas e operantes nos contextos nacionais e supranacionais. Neste aspecto, no plano transnacional, o sistema político era definido pelo direito internacional, baseado em normas originalmente surgidas dos acordos entre Estados. Mas este sistema adquiriu uma “fábrica jurídica interna”, independente da vontade dos Estados, que é gerada por múltiplas fontes criadoras de normas, como as sociedades empresárias, entidades reguladoras, associações privadas, organismos não governamentais e agências de avaliação de riscos e de padronização de operações, que, normalmente, não possuem qualquer autoridade pública chancelada por um Estado³⁶⁵.

O aumento substancial de sujeitos na sociedade internacional tem suscitado um discurso de fragmentação societal que pulveriza, em diversos polos, a política e o direito, produzindo uma série de domínios de atuação dos diversificados interesses existentes em ambiente global. Neste quadro, o Estado perde o monopólio no estabelecimento do sistema jurídico, embora mantenha a hegemonia e a centralidade das decisões, com a reserva do uso da força. Mesmo que o centro da ordem jurídica interna detenha maior força eficaz, o direito interno dos Estados precisa conviver com o direito produzido coletivamente no ambiente mundial.

³⁶⁴ DELMAS-MARTY, Mireille. **Três desafios para um Direito Mundial**. Trad. Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 149-167.

³⁶⁵ THORNHILL, Op. Cit., 2014, p. 367.

3.2.2 Fragmentação e unidade do direito internacional

A densificação das normas dos novos campos de aplicação do direito internacional resulta em, um cada vez mais alto, grau de especialização das regras adotadas, o que gera a impressão de que eles poderiam assumir características (valores, procedimentos e estrutura) próprias, tornando-se capazes de se destacar do sistema de direito internacional como um sistema jurídico à parte, os chamados regimes autocontidos (*self-contained regimes*³⁶⁶).

No entanto, os conceitos trazidos por autores como Krasner³⁶⁷ nem sempre correspondem àqueles normalmente utilizados pelos juristas na descrição da programação do direito, o que, *a priori*, já torna imprecisa a própria definição dos elementos componentes do regime. Percebe-se, então, que a aplicação da teoria dos regimes ao direito internacional parte de uma “visão realista estruturalista convencional, ou seja, um mundo de estados soberanos buscando maximizar seus interesses e poderes”³⁶⁸. Deve-se reconhecer, contudo, que os regimes internacionais constituem uma forma importante de *lex specialis* no conjunto da aplicação do direito internacional³⁶⁹.

Um regime normativo especial não deixa de fazer parte da ordem jurídica internacional geral, ainda que possa prevalecer, em relação às regras gerais, na matéria específica que disciplina³⁷⁰. Não é possível um regime totalmente autocontido na ordem jurídica, por mais autônomo e particular que ele seja³⁷¹, ou ele se diferenciaria do direito internacional como uma ordem jurídica completa distinta, o que não ocorre. Todo regime especial mantém uma ligação de fundamento com a estrutura normativa internacional geral, pois nenhuma programação especial poderá prevalecer sem considerar a necessária legitimidade e os padrões de pertinência para o seu funcionamento³⁷². As fontes, as

³⁶⁶ A expressão *self-contained regimes* (regimes autocontidos) já foi usada pela Corte Permanente de Justiça Internacional, no caso *S. S. Wimbledon*, e, mais tarde, pela Corte Internacional de Justiça, no caso *Tehran Hostages*.

³⁶⁷ O autor ainda define que “os princípios são crenças em fatos, causas e questões morais. As normas são padrões de comportamento definidos em termos de direitos e obrigações. As regras são prescrições ou proscições específicas para a ação. Os procedimentos para tomada de decisões são práticas predominantes para fazer e executar a decisão coletiva” (KRASNER, Op. Cit., 2012, p. 94).

³⁶⁸ KRASNER, 2012, Op. Cit., p. 97.

³⁶⁹ CDI, *Fragmentation Report*, p. 99.

³⁷⁰ ABI-SAAB, Georges. “Fragmentation or Unification: some concluding remarks” em **International Law and Politics**. Vol. 31, pp. 919-933, 1999, p. 926.

³⁷¹ TREVES, Tullio. **Diritto Internazionale: problemi fondamentali**. Milão: Giuffrè, 2005, p. 220; cf. DUPUY, Pierre-Marie. “A Doctrinal Debate in the Globalisation Era: on the “Fragmentation” of International Law” em **European Journal of Legal Studies**, vol.1, n.1, 2007, pp. 25-41.

³⁷² GALICKI, Op. Cit., 2008.

autoridades, os procedimentos e os critérios de reconhecimento da validade das normas estarão sempre atrelados à programação do direito internacional geral.

Friedmann reconhece que a cooperação entre os especialistas no setor particular é, sem dúvida, indispensável, em situações muito específicas, mas ele alerta que seria extremamente desaconselhável, e mesmo prejudicial, abandonar esses setores exclusivamente nas mãos de peritos em legislação industrial, comercial, de direitos autorais, etc., considerando-os fora da alçada de um especialista em direito internacional³⁷³. Já Simma e Pulkowsky explicam que a doutrina já associou vários níveis de autonomia à expressão *self-contained regimes*. Eles negam a possibilidade de esses regimes serem considerados como subsistemas totalmente autônomos, pois eles se encontram no ambiente interno do sistema do direito internacional, com o qual mantêm sempre algum grau de interação³⁷⁴.

Treves aponta que o suposto caráter fragmentário dos regimes internacionais autocontidos decorre da opinião de juristas internacionalistas cujas competências, em seus campos de especialização, algumas vezes não são compatíveis com uma familiaridade equivalente com os conceitos gerais do direito internacional³⁷⁵. Para Dupuy, os estudiosos dos regimes internacionais perdem-se na contemplação dos regimes que eles consideram “fechados em si mesmos”, da mesma forma que eles próprios são frequentemente fechados em suas especialidades.

A noção de "regime autocontido" é sintomática de uma visão fragmentada e parcial do direito internacional, decorrente da falta de uma percepção clara do que constitui uma ordem jurídica e a ordem jurídica internacional particularmente³⁷⁶. Uma das conclusões encontradas no *Fragmentation Report* da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas é de que a ordem internacional teria, pelo menos, duas funções em relação aos regimes: a de prover suporte normativo que preencheria aspectos de seu funcionamento não previstos pelas suas normas; e a de regular as situações concretas, quando as normas especiais do regime não funcionassem adequadamente, material ou procedimentalmente.

³⁷³ FRIEDMANN, Op. Cit., 1971, p. 56.

³⁷⁴ SIMMA, Bruno e PULKOWSKY, Dirk. “Of Planets and the Universe: Self-contained Regimes in International Law” in **The European Journal of International Law**, Vol. 17, n. 3, p. 483-529, 2006, p. 492.

³⁷⁵ TREVES, Ob. Cit., 2005, p. 216.

³⁷⁶ DUPUY, Ob. Cit., 2004, p. 436. No original “ces auteurs se perdent aujourd’hui dans la contemplation de régimes qu’ils croient aussi clos sur eux-mêmes qu’ils le sont trop souvent eux-mêmes sur leur propre spécialité”.

Uma norma do direito internacional geral, como a prevista no artigo 42(1) da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados³⁷⁷, servirá sempre como referencial sobre a validade dos tratados que estruturam normativamente os regimes internacionais e do consentimento dos Estados em se vincularem a esses regimes, de modo que a obrigatoriedade jurídica de suas normas decorre das referências primárias a regras e princípios externos a ele. Assim, estaria garantida, no direito positivo, uma regulação, pela própria Convenção, sobre a construção e administração dos regimes jurídicos internacionais, o que evidencia o caráter sistêmico do ordenamento internacional como um todo³⁷⁸. Neste sentido, os regimes internacionais, embora possam ser consideradas como *lex specialis*, encontram limites na estrutura normativa da programação da ordem internacional, não podendo derogar *jus cogens*, ou obrigações *erga omnes*, nem deixar de observar normas superiores, como a Carta das Nações Unidas³⁷⁹.

Desta maneira, os regimes internacionais devem ser considerados como parte da estrutura complexa da ordem jurídica internacional, pois o seu funcionamento depende da dinâmica do binômio do direito. Não têm razão aqueles que indicam que os regimes internacionais são instrumentos normativos da política, integrando-se aos jogos de poder³⁸⁰. Uma decisão de ordem política, tomada com base nas estruturas normativas dos regimes especializados, não impede que eles sejam utilizados nas operações do sistema do direito quando as expectativas de comportamento forem frustradas pela decisão fundamentada nos códigos de poder.

O sistema do direito internacional só é possível a partir da premissa simbólica da igualdade soberana e da existência de condições de participação de todos os Estados na construção do direito internacional. As ficções são comuns na estabilização de todas as ordens jurídicas³⁸¹. A própria ideia de soberania é simbólica, bem como a de validade e a de supremacia da constituição.

A compreensão do direito internacional como um sistema é essencial, pois é o seu funcionamento que confere significado, abrangência e validade às ações e abstenções do

³⁷⁷ Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, artigo 42(1): “a validade de um tratado ou do consentimento de um Estado em obrigar-se por um tratado só pode ser contestada mediante a aplicação da presente Convenção”.

³⁷⁸ CDI, *Fragmentation Report*, p. 100-101.

³⁷⁹ Ver item 3.3.1, *infra*. Cf. Fassbender, BARDO. “The United Nations Charter as the Constitution of the international Community”, em *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 36, 1998, p. 577.

³⁸⁰ KEOHANE; NYE JR, Op. Cit., 2011.

³⁸¹ NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. Guarulhos: Editora Acadêmica, 1994.

Estado³⁸². Isto é, são as operações sistêmicas da ordem jurídica internacional, dinamizadas pelo binômio lícito/ilícito, que criam as expectativas congruentes de comportamento na sociedade internacional. Sem isso, a justaposição de setores padronizados pelo objeto (os chamados “regimes jurídicos”) poderia causar a perda da sintaxe. São as relações de concordância, de subordinação e de ordem normativa no direito considerado como linguagem que permitem a criação e a validade das normas que lidam com esses diferentes domínios de sentido³⁸³.

O direito internacional, reconhecido como uma ordem jurídica, não pode deixar de cumprir esta função de alocação da validade dos padrões internacionais de comportamento como uma condição de preservar a sua identidade e existência e, ao mesmo tempo, manter a sua unicidade. Nesta perspectiva, não se pode derogar o papel do direito em favor da política. O direito é um sistema que tem a função de estabilizar as expectativas de comportamento por meio de normas que são decididas pelo funcionamento das operações do sistema político³⁸⁴. Mas, uma vez construídas como direito, passam a operar de acordo com o binômio lícito/ilícito, independentemente dos influxos comunicativos do binômio da política, poder/não poder. Assim, o direito se constitui como um sistema operacionalmente fechado, capaz de se diferenciar de outros sistemas sociais, mesmo que política e direito sejam sistemas intimamente relacionados³⁸⁵.

O uso da expressão “fragmentação” tornou-se uma maneira de descrever a inevitável pluralidade normativa e de regimes do mundo atual. Apesar disso, os problemas e as dificuldades resultantes da expansão do direito internacional poderiam, na maior parte dos casos, ser resolvidos por suas próprias ferramentas³⁸⁶. Crawford, por exemplo, apesar de efetivamente enxergar uma carência de integração vertical entre as normas de Direito

³⁸² DUPUY, Op. Cit., 2004, p. 204. “The constitution of the international community, while it is certainly a rudimentary one, cannot be restricted to mere formal principles, and dispense with any substantive principles of coexistence and co-operation within the society of States” (MOSLER, Op. Cit., 1974).

³⁸³ Neste sentido, Pierre-Marie Dupuy, seguindo a doutrina de Radbruch, que assume um ponto de vista transpessoal, fundamenta o direito internacional e a formação de uma comunidade internacional na ideia de justiça, e a soberania não é senão uma característica do sujeito de direito internacional: um Estado não é sujeito de direito internacional por ser soberano, mas é soberano por ser sujeito de direito internacional. Nesse sentido é que não se deve desenvolver o conceito de soberania a partir de uma especulação jusnaturalista, mas a partir do direito internacional (RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 290).

³⁸⁴ Shapiro afirma que “legal activity is a form of social planning” (SHAPIRO, Op. Cit., p. 155).

³⁸⁵ De acordo com Rodrigues, “el sistema funcional de la política tiene una clara vinculación con el derecho. El sistema político ofrece al sistema del derecho premisas para su toma de decisiones en la forma de leyes positivamente promulgadas. El sistema del derecho, a su vez, ofrece al sistema político la legalidad necesaria para que éste haga uso del poder” (RODRIGUES M., Darío. “Los Limites del Estado en la Sociedad Mundial: de la Política al Derecho” em NEVES, Marcelo (coord.). **Transconstitucionalidade do Direito: Novas Perspectivas dos Conflitos entre Ordens Jurídicas**. São Paulo: Quartier Latin, 2010).

³⁸⁶ TREVES, Tullio. “Fragmentation of International Law: The Judicial Perspective” em **Agenda Internacional**, n. 27, 2009, p. 227.

Internacional, indica as questões de fragmentação normativa, a proliferação de tribunais e os regimes jurídicos como produtos do processo de maturação do sistema de direito internacional. Assim, afirma que, tendo em vista um sistema que tem sua origem em relações bilaterais, não faria sentido sugerir que o direito internacional encontre, atualmente, o seu estado de maior fragmentação³⁸⁷.

No entanto, é preciso reconhecer que não existe um poder público internacional que possa ser regulado integral e sistematicamente como o poder do Estado na forma de uma Constituição. Isto porque o poder do Estado é funcionalmente concentrado, mas territorialmente fragmentado e, em seu território, o Estado tem o monopólio do uso legítimo da força física. Enquanto isso, o poder público internacional é territorialmente abrangente, mas funcionalmente fragmentado, e nenhuma organização internacional dispõe do uso da força física, que, se for necessária para impor as decisões, deverá ser exercida por meio do aparato militar dos Estados³⁸⁸.

A expansão do direito internacional, em todas as suas dimensões, deve ser compreendida como um processo em direção da construção de uma comunidade internacional de Estados e Organizações Internacionais, superando, progressivamente, o paradigma individualista de reciprocidade que caracterizava as relações internacionais fundadas no voluntarismo vestefaliano. A comunidade internacional faz parte da sociedade mundial, convivendo com outros sistemas sociais, proporcionando a abertura cognitiva necessária para que os Estados possam receber as irritações do ambiente, produzindo, assim, um sistema de direito mais adequado para as demandas sociais. Porém, a fragmentação natural da sociedade mundial desafia a integridade da ordem jurídica internacional.

Ao considerar a ordem jurídica internacional como um sistema, a premissa da unicidade perde o sentido, já que a característica central da auto-poiese é a sua necessária continuação, sem, necessariamente, pressupor uma unidade essencial³⁸⁹. Sua unicidade pode ser, contudo, percebida pela observação da auto-produção de sua estrutura normativa e da reprodução das operações do sistema, em um processo de ligação de evento em evento, com base na sua programação. Isso não se dá, necessariamente, por meio de uma abordagem de cima para baixo, mas principalmente pela procura de padrões de conexão entre as múltiplas ordens internas ligadas em rede, para a tomada de decisões construtivas que visam atender às

³⁸⁷ CRAWFORD, James. **Chance, Order, Change: The Course of International Law**. All-Pocket: The Hague, 2014, p. 308.

³⁸⁸ GRIMM, Dieter. “Constitutionalism: Past-Present-Future”, em **Nomos**, disponível na Internet em <http://www.nomos-leattualitaneldiritto.it/wp-content/uploads/2018/09/Grimm.-conv-11.05.pdf>, acessado em 23 de dezembro de 2019, p. 12.

³⁸⁹ LADEUR, Op. Cit., 1999, p. 10.

expectativas de comportamento descritas nas normas jurídicas aplicáveis, geradas a partir das demandas da sociedade por condutas congruentes³⁹⁰. Assim, o sistema do direito internacional não pressupõe uma unidade fundamental, nem uma racionalidade universal, pois a sua estrutura normativa hierárquica precisa conviver com as relações heterárquicas³⁹¹ dos diversos regimes internos que refletem a complexidade da realidade da sociedade mundial³⁹².

3.2.3 Fundamento do direito internacional

Existem temas jurídicos que, por sua natureza, extrapolam a soberania dos Estados e são lançados à regulação no plano internacional. Desde o surgimento dos Estados modernos, divergências acerca dos domínios espaciais resultaram em conflitos cuja resolução jurídica somente poderia acontecer no âmbito da comunidade internacional. O estabelecimento progressivo de normas internacionais relativas à convivência entre os Estados, por meio de sucessivas operações, construiu o sistema do direito internacional, que continua a desenvolver a sua programação com o tempo.

O modelo de Vestefália, fundado essencialmente na prática reiterada costumeira e nos acordos bilaterais, garantiu algum nível de estabilidade nas relações entre os Estados soberanos nos séculos XVII e XVIII. Este sistema foi revisto e reprogramado no século XIX e, depois, mais uma vez reestruturado no século XX. A formatação da programação de um sistema é contínua e ininterrupta, pois, a cada operação que ocorre no ambiente interno do sistema, a programação se reafirma ou se modifica. O desenvolvimento do sistema não quer dizer que ele esteja se tornando melhor ou pior, mas que ele se transforma a partir de novas situações.

O direito internacional foi criado como fruto da necessidade de os Estados manterem relações e resolverem seus impasses de maneira pacífica, o que exigiu que certo grau de previsibilidade em suas condutas na comunidade internacional existisse³⁹³. A observação do comportamento dos Estados nas relações internacionais e o reconhecimento da obrigatoriedade das expectativas criadas na sociedade internacional permitiu a comunicação

³⁹⁰ Os influxos comunicativos com o entorno causam irritações nas estruturas internas dos sistemas autopoieticos. De acordo com Luhmann, “el sistema tiene, entonces, la posibilidad de encontrar en si mismo la causa de la irritacion y aprender de ella, o bien de atribuir la irritacion al entorno y asi tratarla como casualidad, o bien de buscarle su origen en el entorno para aprovecharla o desecharla” (LUHMANN, Op. Cit., 2006, p. 87).

³⁹¹ OGILVY, Op. Cit., p. 146-9.

³⁹² PALMA, Op. Cit., 2017, p. 136.

³⁹³ Accioly afirma que a necessidade de uma lei internacional seria uma consequência natural da formação de uma comunidade internacional de Estados (ACCIOLY, Hildebrando. **Tratado de Direito Internacional Público**. Vol. I. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 38).

por meio da descrição da prática reiterada, constituindo uma programação do sistema. Como é observável, a existência do direito internacional é inequívoca; a doutrina, então, passou a procurar explicar os fundamentos de sua eficácia e de sua legitimidade para se impor à vontade dos Estados. Depois de superadas as doutrinas jusnaturalistas teológicas e as doutrinas voluntaristas, que prevaleceram até o início do século XX, grande parte dos teóricos procurou demonstrar a existência de uma racionalidade universal como fundamento do direito internacional.

A doutrina positivista explicou como o conjunto normativo internacional desenvolvido pelos Estados desde a transição da Idade Média para a Idade Moderna – o direito internacional de coexistência – foi essencial para a manutenção da centralidade do Estado como forma de organização da sociedade por excelência. Até a Segunda Guerra Mundial, a evolução do direito interno dos Estados se deu sob a crença do fechamento sistêmico nas constituições, o que foi determinante para o desenvolvimento das teorias normativistas de auto-observação do sistema jurídico doméstico, que ignoraram a sociedade mundial como ambiente onde o Estado está inserido desde as suas origens. Neste sentido, o esteticismo descritivo de Kelsen se propôs a ir além dos limites territoriais, ao admitir que o fechamento da ordem jurídica interna não pode prescindir da ordem jurídica internacional³⁹⁴.

Autores, como Sir Hersch Lauterpacht, sustentaram que não havia motivos para as cortes internas recusarem a doutrina jurídica da incorporação do direito internacional no direito interno, pois ela representa um princípio do sistema do direito destinado a permitir aos Estados, em suas relações externas, perseguirem o “inevitável progresso em direção à integração política da humanidade”³⁹⁵. Ele adicionou que, no futuro, os Estados poderiam firmar tratados que os obrigariam, reciprocamente, a não modificar os direitos fundamentais, ou a colocar, em suas constituições, dispositivos conectados com a ordem internacional, com o objetivo de salvaguardar esses direitos das vicissitudes das mudanças na política interna³⁹⁶. Neste sentido, o direito internacional funcionaria como memória para os Estados em relação aos patamares de desenvolvimento humano e social que deveriam servir como referenciais para a ordem jurídica interna.

³⁹⁴KELSEN, Hans. Op. Cit., 1998, *passim*.

³⁹⁵ Lauterpacht se refere ao princípio do *law of nation is the law of the land* reconhecido no *common law* britânico. (LAUTERPACHT, Hersch. “Is International Law a part of the Law of England?” em **Transactions of the Grotius Society**, Vol. 25, Problems of Peace and War: Papers Read before the Society in the Year 1939, 1939, pp. 51-88, p. 88).

³⁹⁶ LAUTERPACHT, Op. Cit., p. 88, nota *n*.

Louis Le Fur fundamentou o direito internacional em noções de justiça e moralidade, o que parte da presunção geral de que o direito é justo e moral³⁹⁷. O direito internacional seria influenciado pelo direito natural, na medida em que princípios gerais do direito, como *pacta sunt servanda*, tornaram-se parte de direito internacional a partir de sua recepção no direito doméstico dos Estados³⁹⁸. Já para Alfred Verdross, o objetivo de toda ordem jurídica seria estabelecer uma ordem pacífica, isto é, a proibição do uso da força³⁹⁹. Esse seria um valor comum básico, que seria a essência da ideia de direito. Mas, para essa ideia se estabelecer de forma duradoura, seria necessário que fossem assegurados os direitos fundamentais dos membros da sociedade, pois, do contrário, eles seriam compelidos a recorrer à força para alcançar os seus direitos. Ele submete o direito à moral, na medida em que afirma que as normas jurídicas devem ser consideradas obrigatórias somente quando elas não transgridem a razoabilidade e a moral da comunidade. A relação da teoria de Verdross com o direito natural não é clara⁴⁰⁰, pois, apesar de sustentar que o direito natural não é o direito ideal, ele afirma que é o direito que corresponde à “moral natural do homem como ele existe no mundo da realidade”⁴⁰¹. Ao relacionar os princípios com o direito natural, a posição de Verdross, a respeito do direito internacional, aproxima-se muito de Le Fur.

George Scelle apostou no fenômeno da solidariedade como fundamento da formação das sociedades. Este princípio estaria na base de várias formas de organização da sociedade, como grupos familiares, organizações religiosas e outros tipos de coletividades, que têm no Estado seu estágio máximo de organização. As coletividades também transbordam as sociedades estatais para formar sociedades internacionais, inclusive a sociedade dos próprios Estados⁴⁰². Este encadeamento serviria de substrato para o direito internacional, que se desenvolveria a partir de sistemas de solidariedade que envolvem desde indivíduos até as coletividades políticas⁴⁰³.

³⁹⁷ LE FUR, Louis. **La théorie du droit naturel depuis le xvii.e siècle et la doctrine moderne**. *Recueil des Cours*, vol. 18. The Hague: ILA, 1927.

³⁹⁸ LE FUR, Louis. **Précis de Droit International Public**. Deuxième Édition. Paris: Dalloz, 1933.

³⁹⁹ O conceito de soberania também passou por transformações, tendo seu caráter absoluto contestado por Verdross, que retoma a ideia de soberania como expressão da competência conferida diretamente pelo direito internacional (VERDROSS, Op. Cit., p. 30).

⁴⁰⁰ TUNKIN, Grigory. **Co-existence and International Law**. *Recueil des Cours*, vol. The Hague: ILA, 1958, p. 42.

⁴⁰¹ VERDROSS, Op. Cit, p. 6.

⁴⁰² Como ensina Marcia Nina Bernardes, “A dimensão *constitucional* do direito internacional apresenta um ‘modo de comando’ diferente: deixa de ser meramente transacional e denota o surgimento de um senso de comunidade existente em algumas áreas da vida internacional”. (BERNARDES, Marcia Nina. “Esferas públicas transnacionais: entre o realismo vestfaliano e o cosmopolitismo” em **Revista Direito GV**, vol.10, no.1, São Paulo jan./jun. 2014, p. 8).

⁴⁰³ SCHELLE, George. **Précis des Droit des Gens**. Paris: Dalloz, 2008, p. 28-29.

Os deveres que regem as relações entre os povos incluiriam, de acordo com Rawls, não apenas a não-agressão e a fidelidade aos tratados, mas, também, alguma assistência ao desenvolvimento a “povos que vivem em condições desfavoráveis que impedem que eles tenham um regime político e social justo ou decente”⁴⁰⁴. Mas eles não diriam respeito a nenhuma justiça socioeconômica liberal análoga. Enquanto Rawls defendia que a soberania seria limitada pela igualdade moral entre os outros povos, o que imporá obrigações a um Estado, mesmo que não fossem as mesmas que ele deve ao seu próprio povo, Thomas Nagel afirmava os direitos humanos universais como fonte das restrições ao exercício externo do poder soberano⁴⁰⁵.

Para Dupuy, o conceito de direito deve orientar-se no sentido da ideia de justiça⁴⁰⁶, que não seria um princípio completo, mas o princípio específico do direito, que pauta a sua determinação conceptual: o direito é a realidade cujo sentido é servir à justiça. Em relação ao direito internacional, Dupuy sustenta a existência de uma unidade material na ordem jurídica internacional. Nesse sentido, a Carta das Nações Unidas, ao afirmar os direitos dos povos, destacando a ligação funcional que estabelece entre direitos humanos, desenvolvimento econômico e manutenção da paz, manifestaria as prioridades normativas do sistema de direito internacional. Assim, ele propõe que a Carta “constitui” a ordem jurídica internacional do pós-guerra, ao dotá-la de uma estrutura normativa e de um sentido orgânico que antes não existia⁴⁰⁷⁻⁴⁰⁸.

Ferrajoli defende que, pelo menos em um plano normativo, a Carta das Nações Unidas e a Declaração Universal de Direitos Humanos, complementadas pelos Pactos Internacionais de Direitos Civis e Políticos e de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, transformaram a ordem jurídica do mundo, levando-o do estado de natureza para o estado civil, o que põe em causa a ideia de soberania externa e de cidadania como pressupostos dos direitos humanos. Para ele, juridicamente, a noção de soberania teria se tornado inconsistente, tanto interna quanto externamente, e a ideia clássica de cidadania teria

⁴⁰⁴ RAWLS, John. **The Law of Peoples**. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

⁴⁰⁵ NAGEL, Thomas. “The Problem of Global Justice” em **Philosophy & Public Affairs**, 33, n. 02, pp. 113-147, p. 136. Nagel, no entanto, é cético em relação ao papel das instituições internacionais, já que elas não atuam em nome dos indivíduos, mas em nome dos Estados que as criaram. Com isso, a responsabilidade destas instituições para com os indivíduos seria “filtrada” pelos Estados que os representam e assumem a responsabilidade primária por estes indivíduos (Op. Cit., p. 138).

⁴⁰⁶ RADBRUCH, Op. Cit., 2010, p. 51-52. Cf. CANARIS, Op. Cit., 2002, p. 18.

⁴⁰⁷ DUPUY, Op. Cit., 2004, p. 237.

⁴⁰⁸ José Afonso da Silva adverte que a globalização traduz o domínio dos países centrais sobre os periféricos, numa relação de interdependência que ainda rege o concerto das Nações, sendo as posições de defesa dos interesses nacionais tidos como entraves à sua influência, daí porque extirpadas do direito interno. (SILVA, José Afonso. **Poder Constituinte e Poder Popular**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 274).

desmoronado, pois o exercício de direitos não estaria mais atrelado ao pertencimento a uma comunidade política. No entanto, esta transformação teria ocorrido apenas no plano normativo⁴⁰⁹, o que pode ser confirmado pelas inúmeras crises migratórias ocorridas no século XX e também no século XXI. Outros valores que foram incorporados à programação internacional, como a paz, o desenvolvimento e a democracia, também são apontados como essenciais para o direito internacional⁴¹⁰.

Pela teoria da consciência jurídica universal, o conjunto normativo internacional passou por um processo de transformação de um elemento amorfo e indefinido para estabelecer um elemento material baseado na participação democrática dos Estados na comunidade internacional, na ampla inclusão promovida na segunda metade do século XX, no desenvolvimento da comunicação e na globalização da economia, da cultura e da sociedade como um todo⁴¹¹. A autoridade da ordem internacional, que é descrita por esta teoria, decorreria do reconhecimento da concretização de seus efeitos na realidade, refletido no desenvolvimento do direito internacional, na sua institucionalização por meio dos organismos internacionais e pelo processo de jurisdicionalização dos conflitos. A extensão horizontal da consciência jurídica universal como fonte material do direito internacional estaria na maior participação dos Estados nas relações multilaterais, na formação de espaços públicos acessíveis a todos os Estados para se manifestarem e na contenção do uso da força nas relações internacionais. A extensão vertical da consciência jurídica universal como fonte material estaria na sua dedução, a partir do conteúdo dos instrumentos internacionais que vêm sendo criados deste o século XIX, quando se iniciou o multilateralismo⁴¹².

A criação de organismos internacionais por meio de Cartas constitutivas resulta de uma atribuição de autonomia para estas entidades atuarem, em nome dos Estados, em temas considerados de natureza internacional. Sobre a Carta das Nações Unidas, Cançado Trindade afirma que “hoje vem ela se movendo além dos confins de sua natureza jurídica original para a realização de seus propósitos, contribuindo para a formação de novos princípios do direito

⁴⁰⁹ FERRAJOLI, Luigi. “Más ala de la Soberanía y la Ciudadanía” em *Isonomía* n. 9, 1998, pp. 173-184, p. 177-178. Ele critica ainda o fato de a noção de cidadania ter se convertido “en el último privilegio personal, el último factor de discriminación y la última reliquia premoderna de las diferenciaciones por status; como tal, se opone a la aclamada universalidad e igualdad de los derechos fundamentales”.

⁴¹⁰ BOUTROS-GHALI, Boutros. *Le droit international à la recherche de ses valeurs: paix, développement, démocratisation. Recueil des Cours*, n. 286, The Hague: ILA, 2000.

⁴¹¹ TRINDADE, Op. Cit., 2006, p. 110; TRINDADE, Op. Cit., 2013, 123-124; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A Humanização do Direito Internacional*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 119-120. Cf. CASELLA, Paulo Borba. *Fundamentos do Direito Internacional Pós-Moderno*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

⁴¹² TRINDADE, Op. Cit., 2006, *passim*. TRINDADE, Op. Cit., 2015, p. 105-107.

internacional *geral*⁴¹³. Essa consciência jurídica observada por Cançado Trindade opera no horizonte dos sentidos, sendo percebida na periferia da ordem jurídica internacional, interferindo nas decisões que são tomadas no sistema político na construção da programação do direito, mas não pode ser considerada como fundamento do direito internacional, já que serão igualmente reconhecidas e consideradas como partes do sistema do direito as decisões que não a levarem em conta. Os elementos que justificam e fundamentam a existência do sistema são as suas operações.

Para Dworkin, um governo seria legítimo na medida em que ele tivesse igual respeito por todos os membros que estão sujeitos a sua autoridade. Para a doutrina voluntarista, o princípio que garante a obrigatoriedade do direito internacional é o do consentimento. Ele afirma, no entanto, que este não é um teste adequado para justificar, política ou moralmente, a existência do direito internacional, pois ele estaria preso à soberania westfaliana⁴¹⁴. Neste sentido, atribuir-se como fundamento do direito internacional o consentimento seria um equívoco porque o próprio valor do consentimento dependeria de um princípio mais amplo, que o tornasse legítimo. A prova de que este é um teste falho é que o direito internacional tem que conviver com inconsistências, como a existência de normas que independem do consentimento, como os *jus cogens*. Portanto, a teoria fundada no consentimento não é adequada para explicar a autoridade do direito internacional.

Dworkin propõe uma justificativa diferente. A partir da premissa de que todos os Estado têm uma soberania que pode levar a uma série de danos à humanidade, cada Estado tem o dever de mitigar estes danos, criando uma ordem internacional. Assim, a legitimidade interna daria sustentação à externa, pois eles têm obrigação de criar uma ordem internacional porque existe uma obrigação de estabelecer normas legítimas para seu próprio povo. A obrigação que o Estado tem de se conduzir de maneira a constituir uma ordem internacional deriva da obrigação que todo Estado tem de garantir a legitimação de suas próprias normas. Da mesma forma que as pessoas precisam manter entre elas uma relação de autorrespeito e consideração, os Estados precisam manter o mesmo entre eles para legitimarem suas ações⁴¹⁵. Como a comunidade internacional tem deveres em relação aos sujeitos, de proteção e garantia dos direitos dos Estados, estes têm obrigação de cumprir o direito internacional. Poder-se-ia fundamentar moralmente o direito internacional no dever que a comunidade teria de garantir a

⁴¹³ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Princípios do direito internacional contemporâneo**. 2. ed. rev. atual. Brasília: FUNAG, 2017, p. 352.

⁴¹⁴ DWORKIN, Ronald. "A New Philosophy for International Law" em **Philosophy & Public Affairs**, 41, no. 1, 2013, p. 19.

⁴¹⁵ DWORKIN, Op. Cit., 2013, p. 20.

sua própria legitimidade, criando uma ordem jurídica legítima à qual todos os membros se submetessem. Pelo princípio da saliência, Dworkin sustenta que, se um número significativo de Estados, envolvendo um número significativo de pessoas, desenvolveu um acordo sobre uma prática, seja por tratado, seja por outras formas de coordenação, então os outros Estados têm o dever de subscrever essa prática também, com a condição de que esse dever somente é válido se a prática mais geral aumentar a legitimidade de cada um dos Estados subscritores e do direito internacional como um todo⁴¹⁶.

A legitimidade constitui-se como um atributo essencial do Estado como organização da sociedade, enquanto respaldado por um grau de consenso que assegure a obediência de sua programação sem o emprego de força. A legitimidade é o elemento central das relações de poder dentro do âmbito estatal e, portanto, está na base da construção da ordem jurídica interna. Através da legitimidade, tenta-se explicar os motivos pelos quais os súditos obedecem aos comandos dos governantes, e também as causas da obrigatoriedade jurídico-política das normas impostas pelo Estado⁴¹⁷. A legitimidade de caráter racional decorre da crença na legalidade de ordenações instituídas e dos direitos de comando dos chamados por estas ordenações a exercer a autoridade, que são as autoridades legais⁴¹⁸.

Häberle pontua que o Estado Constitucional Cooperativo vive da necessidade de cooperação no plano econômico, social e humanitário, e afirma a existência de uma “consciência de cooperação”, decorrente da internacionalização da sociedade, da formação de uma rede de dados, de uma opinião pública mundial, das exigências de legitimação externa⁴¹⁹. Esta “consciência” de cooperação, que se reflete na estrutura do sistema de direito internacional contemporâneo, reforça a legitimidade da ordem jurídica internacional no estabelecimento dos padrões de conduta dos Estados⁴²⁰ nas relações internacionais de interdependência.

A diferenciação funcional entre o direito e a moral promovida pelo positivismo jurídico em sentido estrito indica que os fundamentos morais são des-moralizados no momento em que se incorporam os valores nas normas jurídicas. As consequências do

⁴¹⁶ DWORKIN, Op. Cit., 2013, p. 19-21.

⁴¹⁷ WEBER, Max. **Economía e Sociedad**. 2. ed. Trad. José Medina Echevarria et al. Bogotá: Fondo de Cultura Económica, 1977, p. 171. Cf. FARIAS, José Fernando De Castro. **Crítica À Noção Tradicional De Poder Constituinte**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1988, p. 87.

⁴¹⁸ WEBER, Op. Cit., 1977, p. 172.

⁴¹⁹ HÄBERLE, Op. Cit., 2007, p. 19. Pérez Luño afirma que os grandes fins dos Estados constitucionais atuais seriam a garantia e o impulso formal, material e institucional dos direitos e liberdades à política de desenvolvimento e promoção social; o fomento à cultura; a defesa da paz; e a tutela do meio ambiente.

⁴²⁰ Cf. JIMÉNEZ PIERNAS, Carlos. “El Derecho Internacional contemporáneo: una aproximación consensualista” em COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO. **XXXVII Curso de Derecho Internacional**. Organización de los Estados Americanos. Washington: OEA, 2010, pp. 3-64, p. 29.

comportamento dos Estados não se dão apenas no plano da moral, mas também têm repercussões decorrentes da programação do sistema do direito como efeitos jurídicos. A moral, portanto, por si só, não produz efeitos de direito, mas seus imperativos podem ser absorvidos na forma de norma jurídica, o que irá viabilizar as operações dentro do sistema do direito⁴²¹. Como foi visto, o que determina que uma norma jurídica possa ser aplicada não é o seu valor moral, mas a sua validade, que é determinada pelos códigos do próprio sistema do direito. A descrição dos valores fundamentais que integram a programação do direito poderá variar conforme a realidade observada e a apreciação valorativa da programação dependerá do observador que a descreve.

O fundamento do sistema do direito internacional também não decorre de uma consciência jurídica universal ou da política. A noção de consciência jurídica é melhor observada, no plano dos sentidos e da semântica de uma cultura internacionalista, por sua dimensão social construída no decorrer da modernidade, que se ressalta à medida que os meios de comunicação se tornam mais eficazes e precisos. Embora esta cultura jurídica internacional estabeleça um horizonte de sentido que viabiliza a interação comunicativa do sistema do direito internacional com outros sistemas sociais, ela não se constitui como seu fundamento.

Da mesma maneira, embora a interação entre o sistema político e o direito internacional seja necessária para a criação das normas jurídicas, a diferenciação funcional do sistema do direito internacional garante que a validade das normas decorra, exclusivamente, da sua programação, que estabelece as autoridades e os procedimentos necessários para o seu reconhecimento. Ainda que exista uma interação entre política e moral, no momento de decidir pela criação das normas jurídicas, as finalidades políticas devem prevalecer sobre as ponderações de ordem moral nas decisões com fundamento no sistema do direito⁴²². De qualquer forma, uma vez criada a norma jurídica, as operações dela decorrentes devem ser dinamizadas pelo código do direito, logo, as decisões não devem fazer considerações de ordem política ou moral, que funcionam sob códigos diferentes⁴²³. O fechamento operacional do direito internacional decorre da sua capacidade de auto-observação e autodescrição, que decorrem da recursividade do funcionamento de sua própria programação.

⁴²¹ MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. **Inclusivismo Lógico-Jurídico**. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 120. Ver também DIMOULIS, Op. Cit., 2018, p. 105.

⁴²² DIMOULIS, Op. Cit., 2018, p. 54.

⁴²³ BENVENISTI, Ob. Cit., p. 4

De um ponto de vista sistêmico, o fundamento da legitimidade do direito internacional é funcional. Sua criação se deu porque a ele foi atribuída uma função⁴²⁴. A diferenciação funcional do sistema jurídico internacional se torna observável à medida que os Estados começam a fundamentar suas condutas em normas internacionais, que os conflitos internacionais passam a ser solucionados pela jurisdição internacional e que a positivação das normas internacionais gerais permite a apreensão da integralidade do seu conteúdo⁴²⁵. O direito internacional foi desenvolvido porque se tornou necessário à medida que as relações internacionais foram se densificando. O direito nacional não está apto a preencher o espaço normativo ocupado pela ordem jurídica internacional⁴²⁶ sem que um Estado sobreponha a sua soberania sobre os demais. As demandas de estabilidade nas relações internacionais impulsionaram a criação de normas de comportamento que passaram por evoluções, visando atender às demandas da sociedade em expansão. A autopoiese do sistema jurídico internacional tornou necessária uma abertura cognitiva que permitisse diálogos heterorreflexivos com os demais sistemas parciais e relações transversais com os sistemas jurídicos estatais. Neste sentido, o direito internacional continua sendo indispensável para a humanidade⁴²⁷.

A legitimidade da ordem internacional contemporânea decorre da sua dinâmica funcional baseada na operabilidade de sua programação. Como nota Ian Clark, a relação entre a legitimidade e a noção de consenso mostra-se, muitas vezes, complexa⁴²⁸, mas a recursividade do funcionamento do sistema jurídico internacional, independentemente da vontade dos Estados, garante a sua diferenciação funcional da política, de modo que o voluntarismo não se mostra suficiente como fundamento. A legitimidade pode ser observada

⁴²⁴ A função é uma diferença com a qual o sistema orienta suas operações no atendimento de prestações aos demais sistemas do seu ambiente. A função que um sistema desempenha na sociedade não constitui a base autorreferencial de suas operações, mas ela orienta a autopoiese à unidade da multiplicidade do sistema (SIMIONI, Op. Cit., 2006, p. 169).

⁴²⁵ Gerald Fitzmaurice afirma que “the real foundation of the authority of international law resides similarly in the fact that the States making up the international society recognise it as binding upon them, and, moreover, as a system that *ipso facto* binds them *as* members of that society, irrespective of their individual wills” (“The Foundations of the Authority of International Law and the Problem of Enforcement”. **The modern law review**, vol. 19, n. 1, 1956, pp. 1-13, p. 8).

⁴²⁶ Com efeito, Virally afirma que “L'ordre interne est impuissant à répondre à tous les besoins de réglementation juridique. El est, en particulier, incapable de se soumettre les rapports de la collectivité nationale avec des Etats étrangers, imposés par une coexistence qui résulte elle-même de l'histoire. Il reconte don des limites, limites de fait plus que limites de droit, d'ailleurs”. (Virally, Op. Cit., p. 112).

⁴²⁷ TOMUSCHAT, Christian. **International Law: ensuring the survival of mankind in the eve of a new century.** General Course on Public International Law. *Recueil des Cours*, n. 281. The Hague: ILA, 1999.

⁴²⁸ CLARK, Ian. **Legitimacy in International Society.** Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 253.

na descrição da programação do sistema e na própria prática da ordem jurídica internacional⁴²⁹.

Do ponto de vista da estrutura do sistema do direito, o direito internacional não se constitui a partir de uma norma fundamental, nem deve ser considerado como norma superior do sistema, como norma das normas (*normae normarum*)⁴³⁰, não derivando a validade das normas nacionais das normas internacionais⁴³¹. As normas do direito internacional não são fontes de produção jurídica das normas de direito interno. No entanto, considerando que o Estado, na condição de sujeito da ordem internacional, possui deveres que suscitam expectativas de comportamento que só podem ser alcançadas por meio da atualização do sistema jurídico interno, deve ser reconhecido, na programação do sistema do direito, o princípio da conformidade em relação às normas nacionais relativas às atribuições internacionais do Estado⁴³².

Cabe ao próprio direito internacional a predeterminação das autoridades e das condições de criação da norma, bem como a margem de interpretação criativa deixada ao aplicador da norma (co-determinação) e a positivação do conjunto de valores que deve ser observado tanto ao poder legiferante quanto ao aplicador, que pode ser considerado como um horizonte de sentido cultural implícito (sobredeterminação). Assim, o direito internacional contemporâneo “transformou a paisagem” anteriormente estabelecida pelo paradigma da coexistência, removendo antigos marcos e permitindo o surgimento de novas fontes, modificando o processo de geração do direito. Neste sentido, a Delmas-Marty aponta, ainda, para a reconsideração do princípio da hierarquia e para “o aparecimento de hierarquias descontínuas, alternativas e enredamentos”, que transformaram o processo de predeterminação das normas⁴³³.

3.3 O DIREITO INTERNACIONAL COMO UM SISTEMA

⁴²⁹ CRAWFORD, Op. Cit., 2014, p. 199-201.

⁴³⁰ KELSEN, Op. Cit., 1998. Tunkin afirma que “the doctrine of a ‘basic norm’ is a purely logical construction which is wholly unable to explain the historical development of international law, and the actual relationship between its different norms and between international law and other social phenomena. (TUNKIN, Op. Cit., 1958, p.39).

⁴³¹ Virally observa a diferença entre a ordem interna e a ordem internacional, mas argumenta pela superioridade do direito internacional. “Droit international et droits internes constituent donc des orders formant deux catégories distinctes et autonomes das leurs modes de création, mais non rigoureusement séparées. Au contraire, ils reconnaissent mutuellement leurs validités respectives et entretiennent entre eux des rapports multiples, dominés par le principe de la superiorité du droit international. Si on tient aux formules simplificatrices, on peut donc parler d’un pluralisme à primauté du droit international” (Virally, Op. Cit., p. 116).

⁴³² WRIGHT, Quincy. **The strengthening of international law**. *Recueil des Cours*, n. 98, 1959.

⁴³³ DELMAS-MARTY, Mireille. **Por um Direito Comum**. São Paulo: Martins Fontes, 2004a.

As transformações da ordem internacional contemporânea reinventaram o trabalho de interpretação do julgador na aplicação do direito internacional, que passa a dispor de maior margem de ação na codeterminação das normas. Neste contexto, ressalta-se a necessidade de se estabelecer os suportes de raciocínio que substituam a lógica clássica que caracterizava a atuação jurisdicional no paradigma anterior – o silogismo aristotélico –, substituindo-se “a identidade pela proximidade e a conformidade pela compatibilidade”⁴³⁴. A noção de coerência lógica, trazida por Losano como um requisito da sustentabilidade de um sistema normativo⁴³⁵, cede diante do paradigma da compatibilidade, onde a solução, em uma situação concreta, pode ser desconforme com uma norma existente no sistema, mas compatível com ela na sua funcionalidade.

A abordagem sistêmica de um fenômeno social como o direito internacional significa que ele é considerado como uma unidade de elementos que estão em interação orgânica e em desenvolvimento⁴³⁶. As operações que ocorrem nas relações internacionais mediadas pelos códigos da programação do direito internacional permitem uma descrição da funcionalidade do sistema e da dinâmica das relações dos seus componentes. No caso do direito internacional, a existência de diversas ordens normativas no seu entorno interno desafia a tarefa de descrever as interações dos seus elementos como uma unidade. Mesmo reconhecendo a diferença das ordens normativas internas do sistema, a unicidade de seu funcionamento é percebida pelo fechamento operacional, uma vez que todos os seus componentes operam com base nas características próprias do sistema, que não podem ser encontradas fora dele. É importante considerar que os componentes da periferia do sistema também estão em interação com os fenômenos sociais do seu ambiente, mantendo uma abertura cognitiva.

O processo de sobredeterminação⁴³⁷ sugere que o direito internacional esteja constituído de maneira sistêmica, a partir da identificação de uma programação capaz de garantir a legitimidade de suas normas. Na comunidade internacional, onde os principais sujeitos são Estados soberanos, o direito não poderia ser estabelecido por um poder soberano, não se trata de uma ordem imposta por uma autoridade superior aos destinatários das normas. Neste sentido, a legitimidade democrática, garantida pela liberdade estrutural da manifestação soberana e independente de cada um dos Estados, depende da observância de regras

⁴³⁴ DELMAS-MARTY, Op. Cit., 2004a, p. 116-118.

⁴³⁵ LOSANO, Op. Cit., Vol. I, p. 254.

⁴³⁶ TUNKIN, Op. Cit., 1975, p. 56

⁴³⁷ Considerando que a positivação do direito internacional incorporou um conjunto de valores que orienta todas as decisões que são tomadas pelo sistema político internacional e, portanto, representa um horizonte de sentido cultural implícito (DELMAS-MARTY, Op. Cit., 2004a).

essenciais para sua própria conservação. Estas seriam as regras que garantiriam a segurança e a certeza do sistema, por serem obrigatórias, independentemente da vontade dos Estados⁴³⁸. O reconhecimento de princípios na programação do direito internacional, identificados na interpretação das normas internacionais nas operações do direito permite observar um sistema jurídico internacional. A generalidade dos princípios deixa margem para distintas interpretações, mas mantém a sua importância para a aplicação das normas e para orientar a evolução de todo o sistema jurídico internacional⁴³⁹.

Para Crawford, o direito internacional constitui-se como um processo de “verificação e confiança” (*assertion and reliance*) da realidade, mas também é um sistema dotado de princípios e regras. Assim, o direito internacional não deve ser entendido apenas como um processo de desenvolvimento prático (paradigma ontológico), nem apenas como um conjunto de regras e princípios normativos que ditam como a realidade deveria idealmente ser (paradigma deontológico), pois só haverá direito no direito internacional se ambas as vertentes puderem ser simultaneamente verificadas. Para o autor, o direito internacional é suficientemente “flexível” para permitir seu desenvolvimento e sua expansão e, ao mesmo tempo, detém um núcleo suficientemente definido, de modo que tal desenvolvimento e expansão não promovam uma insegurança jurídica do seu conteúdo. Crawford indica que a ligação entre as normas de direito internacional na estruturação de um sistema estaria, na verdade, no processo de formação do direito internacional decorrente das relações sociais entre Estados e outros atores⁴⁴⁰.

3.3.1 A dimensão positiva do sistema jurídico internacional

A estrutura normativa da ordem jurídica internacional se organiza hierárquica e heterarquicamente, onde são reconhecidas normas superiores e inferiores, normas vinculantes e não vinculantes, em diferentes conjuntos interligados por intersecções consideradas como

⁴³⁸ Cf. ARBUET-VIGNALI, Heber. “El Fundamento del derecho Internacional Público”, em JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo et al. **Derecho Internacional Público: principios, normas y estructuras**. Tomo I, Montevideu: Fundación de Cultura Universitaria, 2005, p. 83-109. Mosler afirma que “The public order of the international community (...) consists of principles and rules the enforcement of which is of such vital importance to the international community as a whole that any unilateral action or any agreement which contravenes these principles can have no legal force. The reason for this follows simply from logic: the law cannot recognize any act either of one member or of several members in concert, as being legally valid, if it is directed against the very foundation of law” (MOSLER, Hermann. **The International Society as a Legal Community**, *Recueil des Cours*, n. 140, The Hague: ILA, 1974).

⁴³⁹ TRINDADE, Op. Cit., 2006, p. 85-86.

⁴⁴⁰ CRAWFORD, Op. Cit., 2014, p. 179-211. HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Vol. I, Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 353.

normas gerais da programação. No plano da estrutura hierárquica, as normas interagem nas operações do sistema seguindo uma lógica formal, pela qual as normas inferiores não podem entrar em colisão substancial com as normas superiores, que têm primazia. A disposição hierárquica é descrita em proposições normativas como o artigo 103 da Carta das Nações Unidas, e os artigos 53 e 64, relativos ao *jus cogens* da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (CVDT/69), de 1969⁴⁴¹. A Corte Internacional de Justiça, em sua jurisprudência, reconheceu, ainda, na estrutura do direito internacional, as obrigações *erga omnes*, que criam expectativas de comportamento dos Estados pelo fato de serem partipantes da sociedade internacional, que não podem ser afastadas pela manifestação de vontade⁴⁴². Nas relações heterárquicas, os diálogos construtivos são necessários, ressaltando-se a aplicação da regra da especialidade, a partir dos regimes internacionais, e a regra da prevalência da norma posterior, prevista no artigo 30(3) da CVDT/69. O recurso ao artigo 31(3) letra *c* da CVDT/69 também é indicado como uma ferramenta de integração sistêmica da ordem jurídica internacional⁴⁴³.

O artigo 103 da Carta das Nações Unidas⁴⁴⁴ estabelece uma hierarquia normativa entre as obrigações previstas na própria Carta e quaisquer outras obrigações decorrentes de outros acordos internacionais⁴⁴⁵⁻⁴⁴⁶. A supremacia das normas da Carta permite concluir que os Estados concordam que os valores fundamentais ali estabelecidos foram incorporados na estrutura normativa do sistema do direito em um patamar acima de quaisquer outros e dos

⁴⁴¹ VIDMAR, Jure. “Norm Conflicts and Hierarchy in International Law: Towards a Vertical International Legal System” em DE WET, Erika; VIDMA, Jure (eds.). **Hierarchy in International Law: The Place of Human Rights**. Oxford: Oxford University Press, 2012.

⁴⁴² Orakhelashvili afirma que “the category of peremptory norms is now firmly established as a matter of general international law having a comprehensive scope” (ORAKHELASHVILI, Alexander. **Peremptory Norms in International Law**. Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 576).

⁴⁴³ ICJ. *Certain questions of mutual assistance in criminal matters (Djibuti v France)*, ICJ Report, 2008. Cf. KLABBERS, Jan. “Reluctant Grundnormen: Articles 31(3)(C) and 42 of the Vienna Convention on the Law of Treaties and the Fragmentation of International Law”, em CRAVEN, Matthew; FITZMAURICE, Malgosia; VOGIATZI, Maria (eds.). **Time, History and International Law**. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2007, pp. 141-162.

⁴⁴⁴ Artigo 103. No caso de conflito entre as obrigações dos Membros das Nações Unidas, em virtude da presente Carta e as obrigações resultantes de qualquer outro acordo internacional, prevalecerão as obrigações assumidas em virtude da presente Carta.

⁴⁴⁵ VIRALLY Michel. “Reflexions sur le jus cogens”, em **Annuaire Français de Droit International**, vol. 12, 1966, p. 26; DUPUY, Pierre-Marie. “Ultimes remarques sur la ‘constitutionnalité’ de la Charte des Nations Unies”, em CHEMAIN, Régis; PELLET, Alain (eds.). **La Charte des Nations Unies, constitution mondiale?** Paris: Pedone, 2006, pp. 219-232, p. 226-230. Em sentido diverso, Kolb entende que “la pratique subséquente ne permet pas davantage de valider la version ‘hiérarchie’. En réalité l’article 103 a servi jusqu’ici à donner une solution à des conflits concrets entre obligations (...). Les normes de la Charte restent placées sur un pied d’égalité avec les autres normes du droit international, coutumières et conventionnelles”. (KOLB, Robert. **L’article 103 De La Charte Des Nations Unies. Recueil des Cours**, n. 367, The Hague: ILA, 2014, p. 242-243).

⁴⁴⁶ O judge Francisco Rezek observou, em opinião separada no caso *Lockerbie*, que a norma do artigo 103 da Carta não opera “to the detriment of customary international law and even less so to the detriment of the general principles of the law of nations”. CIJ. *Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United Kingdom)*. ICJ Report, 1992

seus interesses individuais. Ainda que não se atribua à Carta das Nações Unidas o caráter de Constituição da ordem internacional, é inegável o caráter simbólico e legitimador do uso da expressão “povos das Nações Unidas” na abertura do seu texto. Considerando o momento histórico de reconstrução de uma ordem jurídica esfacelada pela Segunda Guerra, a referência à vontade dos povos na construção de uma nova ordem jurídica tem o objetivo de atrair um elemento legitimador à Carta, que não se apresenta à comunidade humana como um ato de plenipotenciários ou mesmo de Chefes de Estado. A norma descreve que são os povos que elegem seus valores fundamentais para o estabelecimento das bases para um convívio harmônico e pacífico, a partir da reconstrução da sociedade internacional.

Neste sentido, já no primeiro parágrafo do preâmbulo são ressaltados valores como a preservação das gerações futuras do flagelo da guerra, os direitos humanos fundamentais e a dignidade humana, a igualdade no tratamento entre homens e mulheres e na relação entre pequenas e grandes nações, a justiça e a obrigatoriedade dos tratados e das outras fontes internacionais. Ainda no preâmbulo, valores como o progresso econômico e social, a liberdade e a melhoria das condições de vida dos povos, a tolerância no convívio, a manutenção da paz e a busca de solução pacífica dos conflitos e a limitação absoluta do uso da força são consagrados.

Dentro desta lógica sistêmica, o artigo 1 da Carta estabelece os propósitos das Nações Unidas e o artigo 2, os princípios norteadores das atividades da Organização e dos Estados membros. Dentre os propósitos, destacam-se: a manutenção da paz e da segurança internacionais, o desenvolvimento de relações amistosas entre as Estados, o respeito ao princípio de igualdade de direitos, a preservação da autodeterminação dos povos, a cooperação internacional para solucionar os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário, o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião e a harmonização da ação dos Estados para a consecução desses objetivos comuns⁴⁴⁷.

Para alcançar estes propósitos, foram estabelecidos como princípios a igualdade de todos os seus Membros, *a pacta sunt servanda* (“deverão cumprir de boa fé as obrigações por eles assumidas de acordo com a presente Carta”), a solução pacífica das controvérsias e a renúncia à ameaça ou ao uso da força, a assistência coletiva às ações das Nações Unidas e a não intervenção. Chama atenção, ainda, o artigo 2(6) da Carta, que dispõe que a ONU deverá estimular os Estados que não são Membros das Nações Unidas a agirem de acordo com seus

⁴⁴⁷ Sobre a evolução da cooperação internacional em matéria de direitos humanos, cf. COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

princípios em tudo quanto for necessário à manutenção da paz e da segurança internacionais. Percebe-se, portanto, que os princípios da Carta limitam as possibilidades de os Estados firmarem tratados que comprometam seus propósitos, mesmo em relação àqueles Estados que não sejam parte da Organização. Neste sentido, constituem-se como os valores fundantes de uma comunidade internacional, incorporados em uma ordem jurídica positiva que passa a orientar a formação de toda a programação do sistema⁴⁴⁸.

As relações entre os elementos da estrutura normativa do sistema do direito internacional podem ser observadas, por exemplo, na remissão que a CVDT/69 faz, no seu preâmbulo, na disciplina convencional do direito dos tratados, à observância dos princípios da Carta das Nações Unidas, reafirmando-os. Também no preâmbulo, o caráter de sistema positivo da ordem internacional se concretiza ao relacionar o desenvolvimento do direito dos tratados com a promoção dos propósitos das Nações Unidas. A CVDT/69 reforça o caráter superior das obrigações da Carta no artigo 30(1)⁴⁴⁹ e reflete concretamente o princípio da *pacta sunt servanda* no artigo 26. No sentido hartiano de sistema, a CVDT/69 representaria uma norma de reconhecimento, pois estabelece o tratado internacional como fonte de direitos e obrigações para os Estados, servindo para identificá-lo como norma integrante do sistema, conforme o disposto no artigo 2(1)(a), que define o significado da expressão “tratado”⁴⁵⁰.

Outro dispositivo fundamental da CVDT/69 para a observação da estrutura hierárquica da ordem jurídica internacional é o artigo 53, que define os *jus cogens* e estabelece sua superioridade hierárquica em relação aos tratados internacionais⁴⁵¹. Já na definição dos *jus cogens*, fica positivado o reconhecimento da existência de uma comunidade

⁴⁴⁸ Verdross aponta que essas normas constituem positivamente de *jus cogens* na Carta das Nações Unidas (VERDROSS, Alfred. “*Jus Dispositivum* and *Jus Cogens* in International Law” em **The American Journal of International Law**, Vol. 60, n. 1, pp. 55-63, 1966, p. 60).

⁴⁴⁹ CVDT/69, artigo 30. Aplicação de Tratados Sucessivos sobre o Mesmo Assunto. 1. Sem prejuízo das disposições do artigo 103 da Carta das Nações Unidas, os direitos e obrigações dos Estados partes em tratados sucessivos sobre o mesmo assunto serão determinados de conformidade com os parágrafos seguintes.

⁴⁵⁰ Artigo 2, n.1, a, CVDT: “tratado” significa um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica. Também teria a função de norma de reconhecimento o artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça.

⁴⁵¹ Para Schlemmer-Schulte, o recurso aos *jus cogens* como forma de evitar conflitos entre as normas internacionais seria um mecanismo rudimentar quando se trata de situações criadas pela economia global, que ficam no limbo entre o direito internacional e o direito interno dos Estados, como é o caso do direito dos investimentos internacionais. SCHLEMMER-SCHULTE, Sabine. “Fragmentation of International Law: The case of International Finance & Investment Law Versus Human Rights Law”, disponível na Internet em https://www.mcgeorge.edu/documents/Conferences/GlobeJune2012_FragmentationofInternationalLaw.pdf, acessado em 24 de dezembro de 2019. Em sentido oposto, Dupuy defende que os direitos humanos, considerados como *jus cogens*, devem limitar a liberdade dos Estados em matéria de investimentos internacionais (DUPUY, Pierre-Marie. “Unification Rather than Fragmentation of International Law? The Case of International Investment Law and Human Rights” in DUPUY, Pierre-Marie; PETERSMANN; Ernst-Ulrich, and FRANCONI; Francesco (eds.). **Human Rights in International Investment Law and Arbitration**. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 45-46).

internacional, que aceita e reconhece tais normas como imperativas e inderrogáveis, podendo ser modificadas apenas por uma norma ulterior da mesma natureza⁴⁵². A superioridade hierárquica frente aos tratados é evidente na medida em que se estabelece a nulidade absoluta dos tratados que contrariem os *jus cogens*⁴⁵³. A nulidade de uma norma jurídica por inconformidade com outra considerada superior é uma sanção invalidante, típica de uma ordem normativa hierárquica⁴⁵⁴. O artigo 64 da CVDT/69 reforça esta noção de superioridade hierárquica ao invalidar, também, os tratados internacionais em vigor que colidirem com normas *jus cogens* supervenientes.

O artigo 31(3)(b) da CVDT/69 estabelece que, na interpretação do tratado internacional, além do seu contexto, “será levada em consideração qualquer prática seguida posteriormente na aplicação do tratado, pela qual se estabeleça o acordo das partes relativo à sua interpretação”, evidenciando uma regra de interação entre os costumes internacionais e os tratados como fontes do direito internacional⁴⁵⁵, positivando a regra da *lex posteriori derogat priori*.

O item 31(3)(c) amplia ainda mais esta interação entre fontes normativas do direito internacional ao determinar que se considere na interpretação dos tratados “quaisquer regras pertinentes de Direito Internacional aplicáveis às relações entre as partes”. Como bem observou a CDI no *Fragmentation Report*, este dispositivo opera duas presunções, uma positiva e uma negativa. A positiva é de que as partes devem levar em consideração, na interpretação dos tratados, as outras fontes do direito internacional, como princípios, costumes ou declarações unilaterais, por exemplo. A negativa é de que as partes, quando assumem obrigações em um tratado não pretendem agir de maneira inconsistente com as normas gerais do direito internacional⁴⁵⁶.

⁴⁵² Artigo 53, CVDT: É nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza.

⁴⁵³ Kleinlein afirma que “a substantial hierarchy has its place in the relationship between treaties under the VCLT and peremptory norms because *jus cogens superveniens* can be explained only as an exercise of derogatory power. (KLEINLEIN, Thomas. “*Jus Cogens* as the ‘Highest Law’? Peremptory Norms and Legal Hierarchies”, em DEN HEIJER; VAN DER WIL (eds.), Op. Cit., 2016, pp. 173-210, p. 181-185).

⁴⁵⁴ TOMUSCHAT, Christian; THOUVENIN, Jean-Marc (eds.) **The Fundamental Rules of the International Legal Order: *Jus Cogens* and Obligations *Erga Omnes***. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2006.

⁴⁵⁵ BENVENISTI, Eyal “Customary international law as a judicial tool for promoting efficiency” em BENVENISTI, Eyal; HIRSCH, Moshe (eds.). **The Impact of International Law on International Cooperation: Theoretical Perspectives**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, pp. 85-116.

⁴⁵⁶ CDI, *Fragmentation Report*, p. 237-238.

Dispositivos como estes evidenciam uma interação sistêmica entre as normas do ordenamento jurídico internacional⁴⁵⁷. A CDI concluiu, no *Fragmentation Report*, que a CVDT/69 deveria ser considerada como base normativa para um “direito internacional dos conflitos”, pois suas normas de colisão poderiam ser utilizadas para resolver conflitos envolvendo as regras estabelecidas em tratados, nos regimes jurídicos e em outras fontes do direito, considerando a inexistência de uma hierarquia fixa⁴⁵⁸.

O centro da ordem jurídica internacional reconhece, ainda, a existência de obrigações *erga omnes* no ordenamento internacional, que se distinguem dos *jus cogens*. São normas que não se destacam necessariamente pela importância do seu conteúdo, mas são normas procedimentais, que contribuem para uma observação do caráter sistêmico da ordem jurídica internacional⁴⁵⁹. A Corte Internacional de Justiça já as admitiu no caso *Barcelona Traction*, indicando que existem diferentes tipos de obrigações no direito internacional: obrigações do tipo tradicional, baseadas na relação bilateral entre Estados e obrigações que dizem respeito a todos os Estados e cuja proteção em todos os Estados possuem interesse jurídico⁴⁶⁰. O Tribunal Internacional Criminal para a ex-Iugoslávia (ICTY) também reconheceu as obrigações *erga omnes* ao estabelecer que a proibição da tortura impõe uma obrigação a todos os Estados da comunidade internacional. Sua violação representa a quebra de um direito particular de cada Estado, mas gera, para todos os Estados, um direito de reclamar pela sua observância⁴⁶¹. Neste sentido, as obrigações *erga omnes* se caracterizam como normas relativas a uma esfera pública internacional, em contraposição às obrigações atinentes à reciprocidade bilateral, que têm sua aplicação limitada às partes envolvidas.

Desta maneira, percebe-se que a estrutura normativa do sistema jurídico internacional organiza-se hierarquicamente, com regras de interação entre as fontes e normas de prevalência. A CVDT/69, em seu preâmbulo, indica a integralidade da ordem jurídica, ao estabelecer que “as regras do Direito Internacional consuetudinário continuarão a reger as questões não reguladas pelas disposições da presente Convenção”, ampliando as expectativas de comportamento que integram a programação internacional. As normas de modificação ficam a cargo dos Estados, em suas relações internacionais ordinárias, das organizações

⁴⁵⁷ MERKOURIS, Panos. **Article 31(3)(c) VCLT and the Principle of Systemic Integration: Normative Shadows in Plato’s Cave**. Leiden/Boston: Brill Nijhoff, 2015. Cf. TZEVELEKOS, Vassilis P. “The Use of Article 31(3)(c) of the VCLT In the Case Law Of the ECtHR: An Effective Anti-Fragmentation Tool Or A Selective Loophole For The Reinforcement Of Human Rights Teleology?” em **Michigan Journal Of International Law**, Vol. 31, n. 3, pp. 621-690, 2010.

⁴⁵⁸ CDI, *Fragmentation Report*, p. 250.

⁴⁵⁹ TOMUSCHAT; THOUVENIN (eds.). Op. Cit., 2006.

⁴⁶⁰ ICJ. *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain)*. **ICJ Report**, 1964

⁴⁶¹ ICTY. *The Prosecutor v. Anto Furundzija* - Case n. IT-95-17/1-T, julgado em 10 de dezembro de 1998.

internacionais, por meio de seus órgãos e procedimentos⁴⁶², e das cortes internacionais, que visam atualizar a interpretação das normas do da programação do sistema e garantir a uniformidade de sua aplicação.

3.3.2 Programação e operação do sistema internacional

A sistematicidade da ordem jurídica internacional induz o seu funcionamento em consonância com sua programação. O funcionamento do sistema exige uma dinâmica de conduta dos sujeitos submetidos à programação normativa em consonância com suas regras e a existência de mecanismos de eficácia das normas. Estados, organizações internacionais e todos os demais atores da comunidade internacional devem agir no sentido de atender às expectativas previstas nos comandos normativos internacionais, obtendo, naturalmente, desta conformidade, as consequências esperadas nas relações internacionais. Da mesma forma, a inobservância dos comandos normativos deve encontrar mecanismos capazes de garantir a plena eficácia das normas internacionais.

O cumprimento das normas internacionais pelos Estados pode se dar a partir de condutas internacionais, praticadas pelos órgãos de representação internacional estabelecidos em conformidade com o próprio regime jurídico doméstico e sem implicações sobre a ordem jurídica interna, como o pagamento da contribuição obrigatória dos Estados membros para as organizações internacionais. No entanto, o cumprimento de uma obrigação decorrente de uma norma internacional pode implicar a produção de efeitos no ambiente normativo interno a partir de atos das autoridades domésticas.

Com efeito, o caráter institucional da ordem internacional do pós-guerra, estruturalmente viabilizado pelo funcionamento das organizações internacionais, reflete-se na institucionalização do direito internacional, que é garantida pela atuação dos tribunais internacionais. Nesta medida, ao invés de causarem uma fragmentação da ordem jurídica internacional, a existência de tribunais internacionais diversificados contribui para a compreensão sistêmica do direito internacional. Entretanto, a inexistência de uma jurisdição compulsória⁴⁶³ fragiliza o centro da ordem jurídica internacional, na medida em que põe em risco o fechamento operativo do sistema. A abertura da possibilidade de os Estados não

⁴⁶² Cf. CRETELLA NETO, José. **Teoria Geral das Organizações Internacionais**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

⁴⁶³ Artigo 36. n. 1, ECIJ: A competência da Côte abrange tódas as questões que as partes lhe submetam, bem como todos os assuntos especialmente previstos na Carta das Nações Unidas ou em tratados e convenções em vigor. Cf. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **El Ejercicio de la Función Judicial Internacional: memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

aceitarem se submeter ao julgamento de uma corte em caso de violação do direito internacional pode permitir que alguns participantes da comunidade internacional adotem uma conduta no contrafluxo dos sentidos da cooperação internacional. O fechamento do sistema é garantido no reconhecimento da busca pela solução pacífica dos conflitos como uma obrigação *erga omnes*⁴⁶⁴, o que deve prevalecer, seja pelas vias diplomáticas, seja pela via jurisdicional, por meio das operações nos centros de decisão da ordem jurídica internacional.

O reconhecimento dos regimes jurídicos internacionais reflete o caráter multicêntrico da ordem jurídica internacional. Ao contrário do que ocorre com os Estados, na ordem jurídica internacional convivem diversas estruturas normativas, algumas conectadas com diferentes possibilidades de centros de decisão⁴⁶⁵, outras com seus próprios centros de tomada de decisão⁴⁶⁶, todos eles igualmente competentes para resolver questões concretas pela aplicação da programação internacional. A multiplicação de tribunais internacionais organizados heterarquicamente, mas em constante interação comunicativa, reflete a complexidade da sociedade mundial. Esses regimes entrelaçam suas programações e seus centros⁴⁶⁷, mas, em qualquer dos centros de decisão reconhecidos pelo sistema do direito internacional, a programação do direito internacional é sempre compreendida como uma unidade.

A percepção de unidade poderá variar de acordo com as partes envolvidas, pois o conjunto de normas aplicáveis aos Estados poderá variar conforme sua participação em tratados e costumes internacionais. Como ensina Vilanova “há apenas uma porção comum de normas de Direito Internacional integrando os sistemas jurídicos parciais” dos Estados. Esta complexidade é característica do direito internacional, pois nem todos os Estados fazem parte dos mesmos instrumentos internacionais. Assim, “a relação do direito internacional público geral ante os sistemas jurídicos é a de um *conjunto-interseção*, e não a *relação-de-*

⁴⁶⁴ Também fixada como um valor fundamental da comunidade internacional pela Carta das Nações Unidas. Christian Tomuschat afirma que “Chapter VI of the Charter (Articles 33-38) contains detailed provisions on how international disputes should be addressed by peaceful means. The right of initiative, guaranteed in Article 35(1), ensures that any situation of major dimensions, involving a breach of jus cogens norms, may be brought to the attention of the SC [Security Council]” (TOMUSCHAT, Christian. “The Security Council and *Jus Cogens*” em CANNIZZARO, Enzo. **The Present and Future of Jus Cogens**. Roma: Sapienza Università Editrice, 2015, pp. 7-99, p. 72).

⁴⁶⁵ Como ocorre com a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, que prevê, no artigo 287, a possibilidade as partes escolherem os meios de solução de controvérsias.

⁴⁶⁶ Como no caso da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), que submete os casos de violação ao procedimento que envolve a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

⁴⁶⁷ YEARWOOD, Ronnie R. F. **The Interaction between World Trade Organisation (WTO) Law and External International Law: The constrained openness of WTO law (a prologue to a theory)**. Oxford: Routledge, 2012; DUPUY; FRANCONI; PETERSMANN (eds.). Op. Cit., 2009; DE JONGE, Alice. **Corporations and International Law: Accountability in the Global Business Environment**. Cheltenham/Northampton: Edward Elgar, 2011

includência”. Existe, então, um núcleo comum de normas que forma um subconjunto do conjunto que é o programa do direito internacional, que será observado como uma “parte comum que todas as ordens jurídicas-positivas têm e que faz a sua *relação-de-pertinencialidade* (parcial) ao sistema total” do direito. Como o conjunto interseção é subconjunto de qualquer dos conjuntos que se interseccionam em um segmento comum, há núcleos de recíproca pertinência nas ordens jurídicas dos Estados que permitem a percepção de unidade do direito internacional aplicável em cada operação do sistema⁴⁶⁸.

Essa composição da estrutura normativa se dá no entrelaçamento heterárquico entre os regimes internacionais e o direito internacional geral. Porém, a estrutura hierárquica se propaga em todas as relações heterárquicas dos diversos regimes internacionais – como os *jus cogens* e as obrigações *erga omnes* –, pois são normas aplicáveis a todos os participantes das relações internacionais, independentemente de seu consentimento, e são reconhecidas pelo sistema como normas de aplicação geral⁴⁶⁹. A racionalidade transversal desenvolvida nas operações desses centros de decisão garante a unicidade da ordem jurídica internacional, mesmo que existam decisões contraditórias.

A criação de diferentes jurisdições internacionais corresponde, na maioria dos casos, a um significativo aporte normativo que beneficia o direito internacional geral. A multiplicidade dos modos de resolução pacífica de controvérsias, adaptados à particularidade dos conflitos, especificamente os jurisdicionais, não constitui um problema. Trata-se, na verdade, de um incremento nas técnicas de solução de controvérsias colocadas à disposição dos sujeitos de direito internacional, calcado na liberdade de escolha. Dupuy reconhece o risco das interpretações divergentes de conceitos e regras de direito internacional, entretanto, entende que as jurisdições devem evitar esse tipo de situação, promovendo um diálogo constante entre as instituições.⁴⁷⁰

A jurisdição internacional tem a possibilidade de interpretar, deduzir, traçar relações e resolver conflitos, não somente recorrendo aos tratados específicos aplicáveis ao litígio, mas fundamentando-se, também, em princípios que integram a estrutura normativa do sistema jurídico⁴⁷¹. No caso *The Gabčíkovo-Nagymaros Project*⁴⁷², a Corte Internacional de Justiça desenvolveu a “interpretação evolutiva”, segundo a qual a interpretação dos acordos

⁴⁶⁸ VILANOVA, Op. Cit., 2010, p. 143-144 (grifos do original).

⁴⁶⁹ LANGE, Felix. Between Systematization and Expertise for Foreign Policy: The Practice-Oriented Approach in Germany’s International Legal Scholarship (1920–1980), *The European Journal of International Law*, Vol. 28 no. 2, 2017.

⁴⁷⁰ DUPUY, Op. Cit., 2004, p. 470-473.

⁴⁷¹ BENVENISTI, Eyal, “The Conception of International Law as a Legal System” em *German Yearbook of International Law*, Vol. 50, p. 393-405, 2008, p. 4

⁴⁷² ICJ, *The Gabčíkovo-Nagymaros Project*, *ICJ Reports*, 1997.

deve levar em conta as preocupações contemporâneas da comunidade internacional no momento de aplicar um tratado, e não somente as intenções das partes manifestadas no ato de assinatura do tratado. O mesmo tem sido feito pelas cortes regionais de proteção aos direitos humanos e pelo Órgão de Solução de Controvérsias da Organização Mundial do Comércio⁴⁷³.

O que é essencial para a diferenciação funcional do sistema do direito internacional é que os observadores continuem a descrever as decisões dos diferentes centros sempre como um resultado das operações do direito internacional e consideradas na descrição da programação do sistema. De um modo geral, as cortes internacionais decidem sempre com base no direito internacional, independentemente do regime jurídico a que elas estejam atreladas, funcionando como centros de auto-observação e de reflexão da ordem internacional como parte do sistema do direito como um todo⁴⁷⁴.

O poder de interpretação do órgão judicante deve proporcionar a mudança da programação diante das transformações da realidade, garantindo a sua evolução sistêmica pela continuidade da observância dos seus valores fundamentais. As cortes internacionais influenciam no desenvolvimento do direito internacional também por meio de pareceres consultivos. A Corte Internacional de Justiça, por exemplo, assumiu uma posição muito mais arrojada na competência consultiva, contribuindo para o fortalecimento das Nações Unidas e da independência das instituições judiciárias internacionais⁴⁷⁵.

As cortes internacionais têm um papel fundamental no funcionamento do sistema do direito internacional e na manutenção de sua autonomia. A função da jurisdição é permitir a constante atualização da programação da ordem internacional, por meio de operações de interpretação, baseada em uma argumentação sustentada no direito positivo, em suas regras e princípios, considerando as circunstâncias de fato e o momento da decisão. A atuação dos tribunais internacionais garante a operabilidade do sistema jurídico, o que deve ser realizado por meio do essencial diálogo entre as cortes⁴⁷⁶. A uniformização progressiva da aplicação do direito internacional é um dos desafios da jurisdição internacional em expansão de maneira a fortalecer as expectativas de comportamento demandadas pela sociedade.

⁴⁷³ WTO. Appellate Body, *Shrimp/Turtle (India et al. vs. USA)*, 6 de novembro de 1998. Cf. HOWSE, Robert. “Back to court after *Shrimp-Turtle*: India’s challenge to labor and environmental linkages in the EC generalized system of preferences” em BENVENISTI; MOSHE (eds.). Op. Cit., 2004 pp. 261-298.

⁴⁷⁴ BURKE-WHITE, Op. Cit., 2004.

⁴⁷⁵ FRIEDMANN, Op. Cit., 1972, p. 90.

⁴⁷⁶ Para Treves, a consideração das decisões de outras cortes internacionais pode reduzir os conflitos de interpretação das normas internacionais consideradas como um sistema. O autor observa que há um crescimento do número de cortes e tribunais internacionais que criam condições para um diálogo, resultando em respostas positivas de um corpo judicial em relação ao posicionamento adotado por outro ao utilizá-lo como fundamento de seus próprias decisões (Ob. Cit., 2005, p. 225).

3.3.3. A autopoiese da ordem jurídica internacional

O direito internacional como linguagem é compreendido como um sistema de sentido, como acontece com todo o sistema do direito. Sua autopoiese se concretiza por meio da comunicação que seleciona e sintetiza seus elementos, diferenciando-se das outras ordens pertencentes ao sistema do direito. Com o passar do tempo, o direito internacional desenvolveu mecanismos de informação, por meio da publicidade dos atos internacionais proporcionada pelo funcionamento das organizações internacionais, vide o exercício da função de depositário dos tratados internacionais do Secretariado das Nações Unidas⁴⁷⁷. O mesmo pode-se dizer sobre os *Press Releases* publicados pelos diversos organismos e tribunais internacionais existentes, além dos *sites* de internet que contêm vasto material disponível para acesso ao público. Com isso, o conhecimento da informação é uma realidade da ordem jurídica internacional, o que inclui o direito internacional no complexo do entorno interno do sistema do direito, que se diferencia pela comunicação. As operações internacionais e as relações entre elas permitem a seleção dos sentidos com base no código binário característico do direito, lícito/ilícito, estabilizando-se como estrutura da ordem jurídica internacional.

A contingência das operações do sistema do direito abre a possibilidade do diálogo entre as diferentes ordens jurídicas que povoam o entorno interno do sistema, conferindo aos centros de decisão possibilidades de escolha dos sentidos possíveis dos elementos que compõem as estruturas normativas legitimadas pelo símbolo da validade contextual. Como o sistema se mantém operativo e funcional por meio das decisões, a recursividade das operações permitirá a reescrita da programação após o entrelace das diferentes ordens jurídicas que estão em constante processo de auto-observação e autodescrição. Assim, a autopoiese do sistema absorve a distinção entre as ordens jurídicas e se reproduz na forma de decisão que estabiliza a funcionalidade por ressignificar as expectativas de comportamento. Trata-se da circularidade do sistema, que cria uma estabilidade reflexiva que reconhece a contingência de sua programação⁴⁷⁸.

Assim, observa-se a hipercircularidade⁴⁷⁹, na medida em que os circuitos dos regimes normativos internacionais são mediados pelo meta-circuito do direito internacional

⁴⁷⁷ CVDT/69, artigo 80.

⁴⁷⁸ SILVA, A., Op. Cit., 2009.

⁴⁷⁹ FEBBRAJO, Op. Cit., 1992, p. 24.

geral, que lhes confere as bases do funcionamento. A hipercircularidade continua, na medida em que a ordem internacional se entrelaça ciclicamente nas suas operações com a programação de outras ordens jurídicas do sistema do direito, que atua como meta-circuito porque determina o critério do funcionamento de todas as programações, que é o binômio lícito/ilícito. E o sistema do direito interage no circuito com outros sistemas sociais da sociedade mundial, que, organizada como um sistema⁴⁸⁰, estabiliza todo esse conjunto de hipercomplexidade.

Como todas as operações do sistema podem se sujeitar a qualquer dos lados do binômio, a programação irá determinar a valoração em conformidade com os enlaces e os acoplamentos operativos e estruturais com o ambiente da sociedade, de onde emanam as demandas por regulação jurídica. Com isso, a conjugação das expectativas de comportamento das diferentes ordens faz-se necessária, pois todas elas são reflexos da funcionalidade do sistema do direito. Nesse sentido, o centro de decisão de uma ordem jurídica não pode deixar de observar e reconhecer como parte do sistema do direito as estruturas normativas periféricas de outras ordens jurídicas, pois essas refletem expectativas nem sempre passíveis de serem observadas na ordem jurídica do centro de decisão em questão.

A multicentralidade da ordem jurídica internacional traz esse desafio para o diálogo construtivo entre os órgãos de tomada de decisão. Um exemplo dessa dificuldade foi apontado pela Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas, no *Fragmentation Report*⁴⁸¹, em relação ao caso *Tadic*⁴⁸², julgado pelo Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia (ICTY) em 1999. Para a Comissão, este caso representou um “conflito normativo” de interpretação do direito internacional geral em relação ao precedente do caso *Nicarágua*⁴⁸³, julgado pela Corte Internacional de Justiça (CIJ) em 1986. De um lado, a CIJ entendeu que os Estados Unidos não foram responsáveis pelos atos dos *contras* no território nicaraguense, pois, apesar de organizar, financiar, treinar e equipar o grupo, não detinha sobre ele *effective control*; de outro lado, o ICTY entendeu que bastava para a condenação criminal dos acusados a prova do *overall control*, caracterizado pela organização, coordenação ou planejamento das ações militares do grupo militar. Este “conflito normativo” identificado como fragmentação do sistema, na realidade é resultado da circularidade do sistema do direito, que permite o movimento de *re-entry* pelo princípio do acesso à justiça. Ao acionar o sistema por uma

⁴⁸⁰ Cf. LUHMANN Niklas. “The World Society as a Social System”, em *International Journal of General Systems*, Vol. 8, n. 3, pp. 131-138, 1982.

⁴⁸¹ CDI. *Fragmentation Report*. para. 49 e 50.

⁴⁸² ICTY. *Prosecutor vs Tadic case*. Julgado em 15 de Julho de 1999.

⁴⁸³ ICJ. *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua vs United States)*. ICJ Reports 1986.

operação nova, o estado de coisas da programação pode ser questionado, possibilitando uma reescrita.

Como foi visto, uma norma com sentido é descrita a partir do texto de uma proposição jurídica, ela deve ser considerada válida e, portanto, apta a produzir seus efeitos. Ainda que as possibilidades lógicas permitam a descrição de outras normas com sentido, é aquela que foi selecionada pela autoridade competente para decidir que irá se aplicar à situação concreta, criando um estado de coisas que passa a ser descrito como parte da programação. Os demais sentidos logicamente possíveis não se tornam, por isso, inválidos, pois novas decisões podem descrevê-los, dando-lhes eficácia. Isso pode acontecer tanto pela mudança de entendimento do intérprete quanto pela mudança do intérprete. Por essa razão, diferentes centros de decisão podem proferir decisões logicamente conflitantes a partir da mesma programação, na medida em que o sistema do direito é contingente.

A autopoiese do sistema não observa a mudança como conflito, pois a decisão desfaz o paradoxo da situação, reestabilizando o funcionamento do sistema, possibilitando a criação de um novo paradoxo⁴⁸⁴. A partir da decisão, passa a ser um trabalho da teorização reflexiva a comunicação da descrição da programação, o que pode significar uma reescrita da programação, ou continuidade da recursividade, ficando a decisão contrária como reforço do estado de coisas da programação pela identificação da diferença. Decisões posteriores terão o papel de resolver o novo paradoxo, gerando novas escritas e permitindo novas descrições em um processo contínuo⁴⁸⁵.

O próximo Capítulo será centrado no desenvolvimento teórico e prático da relação entre o direito interno dos Estados e o direito internacional. Esta relação entre as ordens jurídicas centralizadas no Estado permanece relevante mesmo no contexto de uma pluralidade de ordens jurídicas observada no entorno interno do sistema do direito. Neste sentido, serão visitadas as principais doutrinas clássicas e contemporâneas que procuram descrever o funcionamento das operações do sistema do direito que envolvem essas diferentes ordens jurídicas. Posteriormente, será estudado o desenvolvimento jurisprudencial do tema no Brasil e seus reflexos na doutrina nacional.

⁴⁸⁴ RUSSELL, Bertrand. “Lógica e Conhecimento” em **Os Pensadores**. São Paulo: Abril, pp. 7-143, p. 128.

⁴⁸⁵ LADEUR, Op. Cit., 1999, p. 9.

4 A RELAÇÃO ENTRE O DIREITO INTERNACIONAL E O DIREITO INTERNO DOS ESTADOS

No cenário do capitalismo nascente do século XIX, o aumento das relações econômicas entre os Estados fez crescer, também, a importância prática das normas internacionais nas relações jurídicas no âmbito interno dos Estados. Tornou-se comum a assinatura de tratados que criavam obrigações internacionais para os Estados que tinham implicações para a ordem jurídica doméstica e para as autoridades estatais. No entanto, frequentemente a doutrina moderna da soberania foi utilizada pelos Estados para manter comportamentos contraditórios entre suas manifestações externas e a conduta interna dos seus agentes. O aprofundamento dos nacionalismos no século XIX resultou em transformações da programação da ordem jurídica interna na forma de protecionismos econômicos, que produziram, no ambiente da sociedade mundial, ruídos comunicativos, inclusive com o direito internacional.

Coube a Karl Heinrich Triepel a elaboração do primeiro estudo doutrinário sobre o assunto, calcado nos fundamentos clássicos do direito internacional. No dualismo proposto por Triepel, apesar de considerar ordens jurídicas distintas e não conectadas, fica evidente a supremacia do direito internacional sobre o direito interno. A resposta ao dualismo foi dada por Hans Kelsen, pela proposição da teoria monista, segundo a qual o sistema do direito seria construído a partir de uma norma fundamental, o que nega as premissas do dualismo.

4.1 TEORIA DUALISTA

Para a doutrina dualista, as noções de direito interno e direito internacional são diferentes. Ela propõe que a diferenciação entre os conjuntos de regras jurídicas podem se basear em dois critérios: ou nas relações sociais reguladas pelas normas, ou na vontade da qual emanam as fontes do direito. O direito internacional seria distinto do direito interno, considerando-se os dois critérios. Primeiro, porque um rege relações sociais diferentes do outro. A programação do direito interno é estabelecida pelas autoridades de um Estado para regular as relações sociais que ele considera como lhe sendo submetidas em razão da soberania, seja nas relações recíprocas entre particulares (direito privado), seja nas relações entre estes e o próprio Estado (direito público). Já o direito internacional público rege as relações entre Estados, considerados em situação de igualdade jurídica. Para Triepel, o particular não possui capacidade de direitos e deveres na comunidade de Estados regida pelo

direito internacional. O indivíduo é, assim, concebido como um objeto de direitos e deveres internacionais. Segundo, porque no direito interno a fonte do direito seria a vontade do próprio Estado, enquanto que, no direito internacional, a vontade criadora do direito decorreria da manifestação de uma pluralidade de Estados, constituindo uma união de vontades, a que Triepel denomina *Vereinbarung*⁴⁸⁶. Esta vontade dos Estados também pode ser manifestada tacitamente por meio de atos concludentes (*actes concluants*), constituindo o direito costumeiro. Com base nestes argumentos, Triepel conclui que são sistemas jurídicos diferentes⁴⁸⁷. O autor afirma que os sistemas jurídicos de direito interno e de direito internacional jamais se sobrepõem, mas admite que eles têm um “contato íntimo”. Nega que haja concorrência entre as fontes normativas dos dois sistemas, pois não regem as mesmas relações.

No dualismo, a ideia de assimilação do direito internacional ao direito interno consiste em uma contradição, pois a norma de fonte internacional pode ser convertida em conteúdo de uma regra de direito interno, mas a “apropriação” de disposições de direito internacional pelo direito interno não poderia ser considerada como uma translação de uma regra de um sistema para o outro. Como exemplo, enquanto um tratado de extradição cria para o Estado a obrigação de entregar o indivíduo ao outro, a lei interna autoriza as autoridades internas a operacionalizarem a entrega da pessoa ao Estado requerente, observados os parâmetros de legalidade. Em outras palavras, o que para a lei interna é eficácia normativa, para a norma internacional é conduta, em conformidade com as expectativas da programação internacional. Nesse sentido, a própria constituição da lei interna consiste em um elemento de eficácia normativa da norma internacional, já que se trata da criação das condições programáticas para o cumprimento da obrigação internacional do Estado. Portanto, a formação do direito internacional jamais poderia substituir a formação do direito interno, pois o conteúdo das regras jurídicas envolvidas não é o mesmo. Um tratado de direito internacional não cria, por si mesmo, direito interno, então, a fonte de direito interno deve produzir uma regra própria. O tratado pode, no entanto, solicitar, ou exigir, que o Estado crie o direito, mas a formação dele dependerá da atuação da fonte de direito interno.

Segundo Triepel, seria um erro afirmar que a publicação de um tratado por um governo, para garantir a sua eficácia interna frente às autoridades e aos particulares, tenha por

⁴⁸⁶ Triepel, portanto, questiona a doutrina voluntarista de Jellinek ao defender que a vontade comum dos Estados seria superior à vontade dos Estados particulares, pois essa deve sucumbir quando estiver em contradição com aquela (VERDROSS, Op. Cit., p. 28).

⁴⁸⁷ TRIEPEL, Karl Heinrich. **Les rapports entre le droit interne et le droit international**. Recueil des Cours. The Hague: ILA, 1923, p. 83.

efeito atribuir-lhe validade interna. O autor tem razão ao afirmar que a validade do tratado é sempre internacional; a publicação interna do tratado, para produção de seus efeitos, é necessária apenas em razão das disposições internas do Estado e não tem repercussão na ordem internacional. Contudo, Triepel acrescenta que o tratado é obrigatório apenas para o próprio Estado, não sendo correto afirmar que, pela publicação, ele se torna obrigatório para os particulares, pois estes são obrigados apenas ao cumprimento de normas internas. Assim, o autor arremata que “uma fonte de direito internacional é incapaz de criar, por si mesma, uma regra de direito interno, tanto quanto uma fonte de direito interno não se encontra em condições de produzir, por si mesma, direito internacional”⁴⁸⁸. Este posicionamento contraria o funcionamento do sistema do direito contemporâneo, que admite entrelaçamento entre as diferentes ordens jurídicas, como se verá adiante.

4.1.1 As relações entre o direito interno e o direito internacional

Estabelecida a premissa de que o direito internacional e o direito interno são duas ordens jurídicas diferentes, Triepel passou a investigar as relações recíprocas entre os dois sistemas. Para isso, dividiu a análise em duas partes: primeiro em relação aos conteúdos das normas e, segundo, em relação às fontes que integram cada uma das estruturas normativas.

4.1.1.1 Relações quanto ao conteúdo

Em relação ao conteúdo, não se pode considerar que o reenvio de normas do direito interno possa ser confundido com a internalização do direito internacional. Por exemplo, o fato de uma lei interna conceder imunidades a membros de missão diplomática, conforme estabelecido na Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas, de 1961⁴⁸⁹, ou a previsão de expulsão em caso de condenação do estrangeiro por um dos crimes previstos no Estatuto do Tribunal Penal Internacional, de 1998, como determinado pela Lei de

⁴⁸⁸ TRIEPEL, Ob. Cit., 1923, p. 84.

⁴⁸⁹ Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas, de 1961, Artigo 31.1. O agente diplomático gozará de imunidade de jurisdição penal do Estado acreditado. Gozará também da imunidade de jurisdição civil e administrativa, a não ser que se trate de: a) uma ação real sobre imóvel privado situado no território do Estado acreditado, salvo se o agente diplomático o possuir por conta do Estado acreditado para os fins da missão. b) uma ação sucessória na qual o agente diplomático figure, a título privado e não em nome do Estado, como executor testamentário, administrador, herdeiro ou legatário. c) uma ação referente a qualquer profissão liberal ou atividade comercial exercida pelo agente diplomático no Estado acreditado fora de suas funções oficiais.

Migração⁴⁹⁰, não significa que estes tratados passaram a integrar a programação da ordem jurídica interna. Estas regras jurídicas ligam uma consequência jurídica a um fato que necessita de complementação de definição por parte de outra regra jurídica ou indicam as consequências jurídicas que se ligam a um fato de importância internacional. A lei interna não exprime o que enuncia o direito internacional sobre o fato; ela dispõe sobre o fato, de acordo com o que o direito internacional obriga, ou permite fazer, atribuindo efeito àquilo que foi estabelecido na fonte normativa de direito internacional. Isto é particularmente claro no caso da expulsão prevista na Lei de Migração, pois é um efeito previsto na norma interna para o cometimento de tais crimes que não tem amparo na norma internacional.

No direito internacional também existe esta espécie de regra por assinatura em branco que reenvia ao direito interno uma consequência⁴⁹¹. Isto se dará *i*) quando a norma de fonte internacional ordena, ou permite, ao Estado exercer uma autoridade e isso deve ser feito por meio do direito interno ou *ii*) quando ela recorre ao direito interno para completar a definição de um fato que é parcialmente definido na norma internacional. A primeira situação pode ser vista na Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, que remete às jurisdições nacionais o estabelecimento de normas para prevenir, reduzir e controlar a poluição do meio marinho⁴⁹², e a segunda pode ser exemplificada pelo artigo 7º da CVDT/69, que estabelece quem pode ser representante do Estado para assinar tratados, mas deixa ao direito interno definir como essas pessoas serão designadas⁴⁹³. Triepel considera que o direito internacional não pode deixar de apoiar-se no direito interno para produzir seus efeitos normativos⁴⁹⁴.

É possível, ainda, que a norma da programação de uma ordem jurídica aplique um conceito determinado por outra ordem, como acontece em relação à noção de “mar

⁴⁹⁰ Lei n. 13.445/2018, Art. 54. A expulsão consiste em medida administrativa de retirada compulsória de migrante ou visitante do território nacional, conjugada com o impedimento de reingresso por prazo determinado. § 1º Poderá dar causa à expulsão a condenação com sentença transitada em julgado relativa à prática de: I - crime de genocídio, crime contra a humanidade, crime de guerra ou crime de agressão, nos termos definidos pelo Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, de 1998, promulgado pelo Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002; (...)

⁴⁹¹ Anzilotti chama de reenvio com recepção, e que acarreta transformação tríplice; a do valor, a da destinação e a do conteúdo dessas normas (ANZILOTTI, Dionísio. **II Diritto Intemazionale nei giudizi interni**. Bologna: Nicola Zanichelli, 1905, p. 179=180).

⁴⁹² Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, de 1982, artigos 207 a 212, que são concretizadas no direito brasileiro pelas Normas da Autoridade Marítima – NORMAMs – publicadas pela Marinha do Brasil.

⁴⁹³ Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, artigo 7º, concretizado no direito brasileiro pelos artigos 84, VIII, e 49, I, da Constituição, bem como pelas normas internas de delegação dos plenipotenciários com poderes de assinar tratados internacionais.

⁴⁹⁴ TRIEPEL, Op. Cit., 1923, p. 92.

territorial”, definida pelo direito internacional e reproduzida no direito interno⁴⁹⁵, ou, no caso do Tratado de Versalhes, de 1919, que menciona conceitos como “empresa de utilidade pública” e “concessões”, que são definidos no direito interno. Esse tipo de situação também não se confunde com a recepção.

4.1.1.2 Relações entre as fontes

Triepel observa a relação entre as fontes do direito interno e do direito internacional heterarquicamente, ao afirmar que entre o direito internacional e o direito interno dos Estados a relação de justaposição é impossível, porque estes sistemas não decorrem de fontes coordenadas em uma relação jurídica que possa ser estabelecida por terceira fonte, a eles superior⁴⁹⁶. Com efeito, uma das formas de domínio jurídico entre diferentes fontes ocorre quando a fonte dominante estabelece normas que limitam a competência da fonte subordinada, de maneira que o direito produzido por esta última será válido ou inválido conforme suas normas estejam nos limites estabelecidos pela fonte dominante, ou fora destes limites. A fonte de direito internacional não é sobreposta à de direito interno, pois não há uma fonte superior capaz de decidir pela existência de uma regra jurídica que determine este domínio.

Para exemplificar esta questão, Triepel recorre à relação entre os Estados federados e os Estados membros da Federação. Ele considera que o ato legislativo de um Estado membro pode ser considerado válido pela Constituição federal porque os destinatários da norma são os mesmos destinatários da Constituição. No entanto, uma lei nacional não pode ser considerada validada pelo direito internacional, porque os seus destinatários não são sujeitos de direito internacional. Com isso, também fica afastada a aplicação da regra *lex posterior derogat lex priori* nas relações entre o direito internacional e o direito interno, já que seus destinatários não são os mesmos e as relações sociais que regulam não são as mesmas.

Em conclusão, Triepel postula que a lei interna contrária ao direito internacional obriga os particulares submetidos à soberania do Estado da mesma forma que obriga uma lei conforme ao direito internacional. Com base nesta conclusão, para a doutrina dualista, os agentes estatais, em princípio, especialmente os juízes, são obrigados a aplicar o direito interno, mesmo contrário ao direito internacional, e não lhes é permitido julgar a validade de

⁴⁹⁵ RANGEL, Vicente Marotta. **Natureza Jurídica e Delimitação do Mar Territorial**. 2. ed. São Paulo: RT, 1970, p. 194-206.

⁴⁹⁶ TRIEPEL, Op. Cit., 1923, p. 94.

uma lei do ponto de vista de sua admissibilidade internacional. Dionísio Anzilotti assente que existe uma presunção de que o direito interno é conforme às regras do direito internacional, no entanto, mesmo que a presunção venha a se mostrar falha, o juiz não poderia colocar o direito internacional acima do direito interno⁴⁹⁷.

Uma forma especial de superposição entre fontes jurídicas seria nas situações em que uma das fontes comandasse a outra, determinando a criação do direito. Neste sentido, uma fonte poderia ordenar a regulamentação de certa matéria ou proibir de legislar em outras, sem que a violação destes comandos implique a invalidade do direito exarado pela fonte receptora do comando. É nestes termos que Triepel supõe a superioridade do direito internacional sobre o direito interno, na medida em que as fontes internacionais criam direitos e deveres para os Estados, que podem se referir à criação de direito a partir das fontes internas. Por conta disso, a fonte de direito interno seria, em muitas situações, obrigada, ou pelo menos autorizada, pelo direito internacional a criar, ou a não criar, direito. Para o autor, é neste assunto que o direito internacional produz efeitos imediatos sobre os interesses da humanidade, recorrendo ao direito interno para desempenhar a sua tarefa. Uma só regra de direito internacional pode produzir inúmeras ordens de direito interno com um só objetivo: tornar o direito internacional efetivo na vida dos particulares submetidos à soberania do Estado.⁴⁹⁸

Em sua obra, Triepel propõe uma classificação das normas internas em direito interno internacionalmente indiferente; o direito interno internacionalmente relevante; direito interno-internacional internacionalmente indiferente; e direito interno-internacional internacionalmente relevante. O direito interno-internacional é aquele em que é de sua natureza a relação com a ordem internacional, como o direito internacional privado e as normas de direito interno que visam promover condutas do Estado em conformidade com as obrigações internacionais. A relevância internacional do direito interno será determinada conforme sua introdução, ou manutenção, manifeste o cumprimento, ou a violação, de um dever internacional imposto ao Estado em questão⁴⁹⁹. O direito interno pode ser conforme ao direito internacional, seja ordenado, seja autorizado, e pode ser contrário ao direito internacional. É importante notar, entretanto, que, em uma observação heterárquica, não é

⁴⁹⁷ ANZILOTTI, Dionísio. **Curso de Derecho Internacional**. Traduzido para o espanhol por Julio Lopez Olivan. Tomo I. Madrid: Reus, 1935, p. 52.

⁴⁹⁸ TRIEPEL, Op. Cit., 1923, p. 91; ANZILOTTI, Op. Cit., 1935, p. 58.

⁴⁹⁹ Existe, ainda, o direito interno internacionalmente relevante que não seria direito interno-internacional. Triepel exemplifica com um caso em que Suécia e Noruega deveriam observar o direito à sucessão de trono na união real entre os Estados, direito este internacionalmente relevante, em razão da representação externa dos Estados, mas não interno-internacional, porque não decorrente de obrigações assumidas nas relações internacionais (Op. Cit., 1923, p. 112)

propriamente a existência do direito interno que é contrária ou conforme ao direito internacional, mas a conduta da autoridade estatal que cria ou aplica o direito.

Ao tratar do direito interno autorizado pelo direito internacional, Triepel já abre espaço para a ideia da existência de uma margem de apreciação do Estado no cumprimento das obrigações internacionais. Ele sustenta que o direito interno autorizado pelo direito internacional é limitado, pois, em geral, o dever internacional de um Estado corresponderá ao direito de outro Estado, não havendo uma faculdade para agir. No entanto, situações podem haver em que a norma internacional autorize ao Estado a adoção de normas de direito interno, como a faculdade que tem um Estado para dispensar ou exigir a retirada prévia de visto para estrangeiros que cheguem ao seu território⁵⁰⁰.

O direito que seja criado pela fonte interna como cumprimento de dever internacional é um direito internacionalmente ordenado. Assim como o direito criado sem que houvesse o dever internacional, mas em razão do seu surgimento posterior, o Estado fica obrigado a conservar. Triepel não esclarece por que, mas entende que o Estado que, tendo o direito interno conforme ao dever internacional, o ab-roga e se abstém de reintroduzi-lo, descumpra o seu dever internacional, mas aquele que, não possuindo o direito internacionalmente ordenado, deixa de introduzi-lo, não descumpra o seu dever. Ao final, assume, contudo, que ambos cometem um delito internacional permanente⁵⁰¹.

Para o dualismo, para o cumprimento das obrigações internacionais, a necessidade de criação de direito interno é relativa, pois o que interessa é a conduta do Estado. Há casos, contudo, em que a obrigação internacional é a de estabelecer, na ordem jurídica interna, certos comandos normativos, como ocorre nos tratados sobre direitos humanos, como no caso do artigo 2 da Convenção Americana de Direitos Humanos, o Pacto de San José da Costa Rica, que determina que os Estados Partes devem adotar as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos os direitos e liberdades previstos no tratado.

Triepel aponta que a tarefa do direito internacionalmente indispensável é estabelecer uma concordância entre os sistemas do direito internacional e do direito interno, permitindo que o Estado cumpra seus deveres internacionais, já que não lhe é dado alegar um descumprimento com fundamento na inexistência do direito interno adequado. O ato do Estado devido em razão do direito internacional, nestes casos, não é o ato legislativo, mas sim o ato administrativo ou judicial autorizado pelo direito interno internacionalmente

⁵⁰⁰ TRIEPEL, Op. Cit., 1923, p. 114.

⁵⁰¹ Idem, p. 116-117.

indispensável. No campo da responsabilidade internacional dos Estados, o direito internacionalmente indispensável se mostra particularmente relevante, pois o Estado deve manter o seu direito interno preparado para o cumprimento dos deveres internacionais quando eles surgirem. Assim, o dever de proteção dos interesses dos demais Estados em seu território exige que o direito interno de um Estado esteja apto a oferecer respostas, por meios de suas autoridades públicas, adequadas e em conformidade com o direito internacional vigente, no sentido de prevenir e reprimir violações aos direitos dos Estados estrangeiros⁵⁰².

4.2 TEORIA MONISTA

A resposta teórica à doutrina dualista de Triepel foi formulada por Hans Kelsen, que elaborou uma proposta monista de relação entre o direito interno dos Estados e o direito internacional⁵⁰³. A doutrina kelseniana, no entanto, insere-se em uma teoria do direito mais ampla, que considera o sistema jurídico como uma unidade decorrente de uma mesma norma fundamental.

Para Kelsen, existe uma ordem normativa quando cada uma de suas normas extrai sua validade, em última instância, de uma mesma norma básica fundamental, que constitui a fonte última de todo o sistema. Portanto, considera-se que uma norma pertence a um sistema quando ela se funda, em última instância, na norma básica fundamental deste sistema. Assim, há monismo quando todas as normas pertencem ao mesmo sistema e há dualismo quando algumas normas pertencem a um sistema e outras normas a outro. Se as normas de direito interno e as normas de direito internacional devem ser aplicadas em uma mesma esfera de realidade jurídica, Kelsen conclui que elas só podem fazer parte de um mesmo sistema jurídico.

A premissa de Kelsen é que, se um sistema I prevê a solução x para uma situação juridicamente relevante e um sistema II prevê a solução não- x para a mesma situação, isto significa que é logicamente impossível aplicar estes dois sistemas simultaneamente. Consequentemente, a proposta dualista seria inaceitável. Seria necessário considerar a relação entre direito interno e o internacional puramente do ponto de vista lógico. Portanto, se se

⁵⁰² Idem, p. 117-118.

⁵⁰³ A doutrina monista de Hans Kelsen é desenvolvida principalmente em três obras: “*Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public*”, publicado pela Academia da Haia no *Recueil des Cours*, em 1926; “*General Theory of Law and State*” (Teoria Geral do Direito e do Estado), publicada originalmente em 1945; “*Principles of International Law*”, obra original de 1952; e “*Reine Rechtslehre*” (Teoria Pura do Direito), cuja segunda edição foi publicada em 1960. Apesar de estas obras estarem bastante afastadas no tempo, elas mantêm, em relação ao tema aqui tratado, uma mesma linha de pensamento, sem grandes alterações.

admitir que tais sistemas de normas são, simultaneamente, válidos, a contradição entre as normas de um e de outro seria, do ponto de vista lógico, totalmente insolúvel. Kelsen, então, considera impossível admitir simultaneamente o caráter obrigatório de duas ordens jurídicas diferentes e independentes aplicáveis aos mesmos fatos. O resultado de tal situação seria sempre a negação da validade de um dos sistemas normativos, já que a aplicação das normas de um tornaria o outro totalmente inaplicável por consequência⁵⁰⁴.

Se, no modelo monista, as normas do direito internacional e as normas de direito interno fazem parte de um mesmo sistema jurídico⁵⁰⁵, torna-se imperioso questionar qual delas prevaleceria em caso de conflito e quais as razões para esta superioridade. Para Kelsen, o poder do Estado é o poder organizado pelo Direito positivo. O Estado seria a “personificação de uma ordem jurídica”⁵⁰⁶. Por outro lado, a personalidade internacional do Estado significa apenas que o direito internacional geral impõe deveres e confere direitos aos Estados⁵⁰⁷, conferindo-lhe a condição de sujeito. É neste sentido que um delito que consista em uma violação do direito internacional pode ser imputado ao Estado⁵⁰⁸. A prevalência do direito internacional sobre o direito interno dos Estados não seria uma decorrência da lógica, mas de uma atitude mais alinhada a um sentimento de pacifismo, ou de altruísmo, o que significa que seria uma decisão política⁵⁰⁹.

Kelsen sustenta que é o direito internacional que determina e delimita as esferas territoriais de validade das várias ordens jurídicas nacionais. Esta delimitação tem caráter puramente normativo. Assim, dentro do território de um Estado, seus órgãos estão autorizados pela ordem internacional a criar e a executar a ordem jurídica nacional. A ordem jurídica internacional determina como a validade das ordens jurídicas nacionais está restrita a certo espaço e quais as fronteiras desse espaço. Tal restrição se refere a atos coercitivos e aos procedimentos de tomada de decisão que conduzem a estes atos. Do ponto de vista territorial, Kelsen explica que o direito internacional só seria violado quando se decretasse uma norma que prescrevesse que um ato coercitivo fosse praticado no território de outro Estado, ou,

⁵⁰⁴ KELSEN, Hans. **Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public**, *Recueil des Cours*, IV, t.14, The Hague: ILA, 1926, p. 270-276.

⁵⁰⁵ Ao contrário de Hart, em Kelsen “there are no conceptual difficulties in considering international law as a complete form of law” (LA TORRE, Massimo. “The Hierarchical Model and H. L. A. Hart's Concept of Law” em **Revus**: Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law, n. 21, 2013, pp. 141–161 p. 155).

⁵⁰⁶ KELSEN, Op. Cit., 1998, p. 283

⁵⁰⁷ KELSEN, Op. Cit., 1998, p. 355.

⁵⁰⁸ KELSEN, Op. Cit., 1998, p. 287.

⁵⁰⁹ KOSKENNIEMI, Martti. **The Gentle Civilizer of Nations: the rise and fall of international law 1870-1960**. Cambridge: Cambridge University Press, 2001, p. 240.

então, quando um ato coercitivo, ou um ato preparatório de tal ato coercitivo, fosse efetivamente posto em prática no território de outro Estado⁵¹⁰⁻⁵¹¹.

O direito internacional delimita também a esfera temporal de validade da ordem jurídica nacional, pois define: o início da existência do Estado, pelo reconhecimento; o fim do domínio territorial de um espaço que se declarou independente por secessão, e teve a sua soberania internacionalmente reconhecida; e o fim da existência do Estado⁵¹².

No que se refere ao aspecto jurídico material, Kelsen aduz que “é preciso considerar todo o direito positivo, a ordem jurídica internacional, assim como todas as ordens jurídicas nacionais, como um sistema jurídico internacional”⁵¹³. Nesse sistema, as normas internacionais gerais são as normas centrais, válidas para um território que compreende os territórios de todos os Estados efetivamente existentes, e o território em que os Estados podem potencialmente existir. As normas jurídicas dos Estados seriam normas locais desse sistema. Assim, o direito internacional seria relevante para a esfera de validade material da ordem jurídica nacional, já que os tratados poderiam regular qualquer matéria. Com isso, o direito internacional limita a esfera de validade do direito nacional, pois o fato de uma matéria ser regulamentada pelo direito internacional tem o efeito de que ela não pode ser regulamentada arbitrariamente pelo direito nacional⁵¹⁴. Assim, a competência material de um Estado, o seu poder de regulamentar qualquer matéria que deseje, seria limitada pelo direito internacional, mas ela seria limitada juridicamente apenas pelo direito internacional.

De acordo com Kelsen, a teoria do fundamento voluntarista do direito internacional é uma ficção, pois o Estado não entra voluntariamente para a comunidade jurídica internacional e é obrigado pelo direito internacional sem, e até mesmo contra, a sua vontade. Quando passa a ter existência jurídica, o Estado é sujeitado ao direito internacional preexistente. Não é o Estado que, por seu livre-arbítrio, concorda com certa restrição da sua liberdade, é o direito internacional geral que restringe a sua liberdade, concorde ele, ou não, com isso⁵¹⁵.

⁵¹⁰ KELSEN, Op. Cit., 1998, p. 303.

⁵¹¹ Importante observar que a Corte Internacional de Justiça já afirmou que a delimitação dos espaços marítimos tem sempre um aspecto internacional, logo, não pode depender somente da vontade dos Estados costeiros tal como expressado no seu direito interno. (CIJ. *Fisheries (United Kingdom v. Norway)*, **ICJ Report**, 1951). Cf. CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. **Soberania del Estado y Derecho Internacional**. Madrid: Tecnos, 1969, p. 79-80.

⁵¹² KELSEN, Op. Cit., 1998, p. 318.

⁵¹³ KELSEN, Op. Cit., 1998, p. 464.

⁵¹⁴ KELSEN, Op. Cit., 1998, p. 499.

⁵¹⁵ KELSEN, Op. Cit., 1998, p. 358-359.

Portanto, para Kelsen, o Estado não é “soberano” na ordem jurídica internacional. Os Estados são órgãos da ordem internacional, ou da comunidade por ele constituída, que têm a função de criação e execução da ordem, e são iguais porque, e na medida em que, o direito internacional os trata assim. No sistema jurídico monista de Kelsen, as normas internacionais podem ser divididas em dois grupos: a) normas referentes a matérias que só podem ser reguladas pelo direito internacional e não admitem regulamentação por direito nacional; b) normas referentes a matérias que também podem ser reguladas por direito nacional, e o são, na medida em que o direito internacional não as regulamente.

4.2.1 Crítica de Triepel ao Monismo

Triepel analisa a doutrina monista de Hans Kelsen, criticando a proposição de um sistema de direito único, por ser ineficaz a solução de colocar no fim do encadeamento normativo uma norma originária hipotética. O autor reafirma sua posição no sentido de que o direito não tem sua origem em um fato jurídico, mas em um ato de vontade e que a ideia de uma norma originária hipotética é pura ficção. Com isso, conclui que, se o direito deriva da vontade, é permitido afirmar que há tantos sistemas jurídicos quantas sejam as vontades capazes de criar direito. Triepel ainda sustenta que os diversos sistemas de direito existentes podem ser absolutamente independentes um do outro e considera arbitrária a tese kelseniana de que um não pode contradizer o outro, assim como seria arbitrário afirmar que os sistemas internos seriam fundados no direito internacional.

Triepel refuta, ainda, a proposta de pureza teórica de Kelsen ao afirmar que “não se pode fazer a menor ideia do direito sem pensar nas relações sociais por ele regidas. As relações sociais são a matéria, o direito a sua forma. Regular as relações sociais; eis o objeto e fim de todo direito”⁵¹⁶. Amílcar de Castro observa, a este respeito, que tanto na ordem jurídica interna, quanto nas relações internacionais, há sempre uma aglomeração de processos sociais, que se repetem em determinados institutos que são vividos pelos homens, ou pelos Estados, em sua convivência na sociedade⁵¹⁷.

Analisando os sistemas anglo-saxões da Inglaterra e dos Estados Unidos, Triepel conclui que, em ambos, o direito internacional não se converte em direito interno, nem as normas internacionais produzem direito interno. Somente as leis nacionais ou decisões

⁵¹⁶ TRIEPEL, Ob. Cit., 1923, p. 87.

⁵¹⁷ CASTRO, Amílcar de. Nota de Rodapé n. 8, em TRIEPEL, Karl Heinrich. **As Relações entre o Direito Interno e o Direito Internacional**. Trad. Amílcar de Castro. Belo Horizonte: UFMG, 1964, p. 23.

judiciais dos tribunais locais obrigam os particulares, mesmo que entrem em contradição com o direito internacional. O problema do cumprimento da norma derivada de uma fonte internacional é do governo do Estado, diante das dificuldades internacionais que possam resultar desta contradição. No caso particular dos Estados Unidos, onde a Constituição prevê, no artigo 6º, que “todos os tratados elaborados, ou ainda por elaborar, sob a autoridade dos Estados Unidos, devem ser considerados o direito supremo do local”⁵¹⁸, Triepel aduz que é a norma constitucional que atribui a força obrigatória do tratado no direito interno. Isto é, o tratado, por si, não é norma interna e, portanto, não cria direitos e obrigações. A imposição decorrente da disposição constitucional é que ensejaria estes direitos e obrigações, com base no tratado internacional em questão.

A posição adotada pelo dualismo de Triepel é convergente com uma noção de relação heterárquica entre a ordem jurídica interna e a internacional, exceto pelo fato de que ele nega que exista efetivamente essa relação. A neutralidade proposta pelo dualismo não reflete adequadamente a realidade, mormente se for considerada a evolução do direito internacional no século XX, com sua institucionalização em organizações internacionais e com a criação dos sistemas de solução de controvérsias, por exemplo. Alguns autores tentaram encontrar soluções conciliatórias ou propor soluções moderadas para os modelos do monismo e do dualismo, justamente para tentar encontrar explicações para questões que essas duas doutrinas não conseguiram resolver.

4.3 DOCTRINAS MODERADAS E CONCILIATÓRIAS ENTRE O DUALISMO E O MONISMO

Pelo estudo das teorias dualista e monista pode-se concluir que Triepel e Kelsen discordam em quase todos os pontos. No entanto, é preciso notar que eles concordam em um ponto essencial: a supremacia do direito internacional sobre o direito interno. Para Triepel, esta supremacia decorre dos deveres assumidos pelos Estados na ordem internacional, o que submete o direito interno ao cumprimento de tais obrigações; em Kelsen, a superioridade do direito internacional teve fundamentos metajurídicos, conforme ele afirma: “ideais éticos e políticos”⁵¹⁹, posição reafirmada em obras posteriores.

⁵¹⁸ No original: “all treaties made, or which shall be made, under the authority of the United States, shall be supreme law of the land”.

⁵¹⁹ KELSEN, Op. Cit., 1926, p. 242. Posição também assumida por Hans Kelsen na primeira edição de “Teoria Pura do Direito”, publicada em 1934, e em “Principles of International Law”, obra original de 1952, onde afirma que “It may be that our choice, though not determined by the science of law, is guided by ethical or political

Autores monistas posteriores a Kelsen criticam esta posição por considerar que ela transmite uma insegurança na conclusão de sua teoria e sustentam que a supremacia do direito internacional sobre o direito interno pode encontrar fundamentos jurídicos. Entre estes autores, encontram-se, dentre outros, Alfred Verdross, que foi contemporâneo de Kelsen, George Scelle, e Jiménez de Aréchaga, que apontam a superioridade do direito internacional sobre o direito interno sem recorrer a argumentos de fora do direito.

Verdross elaborou a doutrina do “monismo moderado”, partindo da constatação de que uma norma do direito interno que contraria o direito internacional não deixa de ter força obrigatória, pois elas deverão ser aplicadas pelos tribunais nacionais, mesmo que isso implique uma violação do direito internacional. Verdross continua sua teoria presumindo que nenhum Estado deseja violar constantemente o direito internacional. Logo, prevalece, em caráter geral, a norma de que a interpretação das leis internas deve ser feita “dentro do possível” tendo em conta as obrigações internacionais. Segundo o autor, a evolução do direito internacional indica que os órgãos estatais estão obrigados a se negar a obedecer uma lei de seu próprio Estado quando a sua aplicação incorrer não em responsabilidade internacional, mas em um delito internacional. Ele exemplifica no caso de violação de uma norma do direito da guerra por um combatente seguindo ordem superior, pois tal ordem não excluiria o caráter de crime de guerra.

Verdross critica a teoria dualista, aduzindo que um Estado prejudicado está autorizado pela ordem internacional a exigir a revogação, ou a não aplicação, de uma lei de outro Estado que seja contrária ao direito internacional. Quando o Estado for obrigado a deixar de aplicar seu direito interno, isto comprovaria que o procedimento legislativo estatal estaria submetido a um “controle jurídico internacional”. Outro ponto levantado pelo autor é que o esgotamento das instâncias internas antes de se iniciar um procedimento internacional reflete a obrigação dos Estados de cumprir o direito internacional e a sua superioridade em relação ao direito interno, já que as instâncias estatais devem resolver as questões que lhe são levadas em observância da ordem internacional⁵²⁰.

A doutrina de Verdross afasta-se da de Kelsen porque não fundamenta o direito internacional em uma norma hipotética, mas em uma “constituição” formada pelos costumes

preferences. A person whose political attitude is that of nationalism or imperialism may be inclined to accept as a hypothesis the basic norm of his own national legal order; in other words, he may proceed on the basis of the primacy of national law. A person whose sympathy is for internationalism and pacifism may be inclined to accept as a hypothesis the basic norm of international law and thus proceed from the primacy of international law. From the point of view of the science of law, it is irrelevant which hypothesis one chooses. But **from the point of view of politics**, the choice may be important since it is tied up with the ideology of sovereignty” (KELSEN, Hans. **Principles of International Law**. 2. ed. New York : Rinehart & Company, 1966, p. 587-588).

⁵²⁰ VERDROSS, Op. Cit., 1927, p. 287-296.

internacionais e complementada por alguns tratados multilaterais fundamentais. Com a criação da Sociedade das Nações, e, depois, das Nações Unidas, a comunidade internacional se fundaria em um documento constitucional em sentido formal, mas que seria aplicável somente ao direito internacional por ela pressuposto. Importantes doutrinadores aderiram à teoria “conciliadora” de Verdross, com algumas diferenças, como é o caso de J. Kunz, H. Lauterpacht e P. Guggenheim⁵²¹.

Lauterpacht parte da doutrina da incorporação (*doctrine of incorporation*) do direito inglês, que se baseia na regra de que “*the law of nations is part of the law of the land*”, fixada no *common law* no século XVIII, para admitir um monismo moderado, mas que nega a supremacia do direito internacional ao se filiar ao voluntarismo. Como decorrência dessa regra, os atos do Parlamento deveriam seguir os princípios do direito internacional e deveriam ser interpretados à luz do direito internacional, que não precisaria ser objeto de prova, como o é o direito estrangeiro. Lauterpacht se refere a uma unidade no sistema do direito (*universal law*), incluindo o direito internacional e o direito interno, mas adverte que essa situação dependeria da vontade do Estado, que poderia recusar ou se retirar da obrigação internacional a qualquer tempo. Na situação chamada de “direito universal”, os direitos individuais decorrentes do direito internacional poderiam ser alegados diretamente, independentemente de um ato de internalização pelo Estado⁵²².

George Scelle parte da concepção de que o direito internacional se constitui como ordem jurídica universal da humanidade, sendo o ser humano o destinatário de qualquer norma jurídica, interna ou internacional⁵²³. Assim, por se configurar como a ordem universal, o direito internacional teria primazia sobre as ordens jurídicas internas, formando com cada uma delas um sistema jurídico monista. Para o autor, como o direito internacional carece de um aparato próprio de execução de suas normas, ocorre uma delegação, que Scelle chama de *dédoublement fonctionnel*, para que os órgãos nacionais atuem na função de órgãos internacionais⁵²⁴. Apesar de reconhecer que isto só acontece em razão do desenvolvimento

⁵²¹ GUGGENHEIM, Paul. **Les Principes de Droit International Public**. *Recueil des Cours*. The Hague: ILA, 1952.

⁵²² LAUTERPACHT, Op. Cit., 1939, p. 64-65.

⁵²³ SCELLE, George. **Précis de Droit des Gens**. Paris: Dalloz, 2008, p. 42, “les individus seuls sont sujets de droit en droit international. Il n’y a pas lieu de répéter ici la démonstration que nous avons faite en parlant du Droit un général. Ce qui est vrai dans une société quelconque l’est évidemment dans une société internationale. Une déclaration unilatérale de volonté, un traité, un acte illicite dont on dit qu’ils engagent l’Etat, son *toujours* des actes émanant d’individus, agents ou gouvernants, investis d’une compétence représentative et jamais de l’être fictif qu’on appelle l’Etat.

⁵²⁴ Scelle afirma que “pour les gouvernants et agentes nationaux qui deviennent ainsi gouvernants et agentes internationaux, un *dédoublement fonctionnel caractéristique des relations intersociales* et que nous aurons à

deficiente da ordem jurídica internacional, ele considera um mal menor a ser resolvido pela estrutura interna dos Estados. Assim, a única solução para este problema seria desenvolver, progressivamente, o direito internacional até chegar a uma ordem jurídica universal plena, alcançando um institucionalismo supraestatal⁵²⁵. Portanto, para Scelle, a supremacia do direito internacional se fundamenta em razões jurídicas. A doutrina do *dedoublement fonctionnel*, no entanto, propõe uma diluição da ordem internacional no centro da ordem jurídica interna, que não reflete o desenvolvimento do direito internacional contemporâneo. Com efeito, nos últimos cinquenta anos, os mecanismos eficazes autônomos da ordem jurídica internacional têm se mostrado suficientes para as operações do direito internacional não dependerem de instituições internas.

A doutrina dualista de G. A. Walz sustenta que o direito internacional se dirige aos Estados, mas só tem imediata eficácia quando aplicado por eles. Assim, os particulares somente seriam atingidos pelo direito internacional quando a norma internacional fosse objeto de uma *mediatization*, o que significa a sua transformação em direito interno. Consequentemente, toda lei interna contrária ao direito internacional seria válida, mas ensejaria uma responsabilidade internacional do Estado, tanto no caso de edição de normas contrárias ao direito internacional, como, também, na omissão em adotar os meios para o cumprimento das obrigações internacionais⁵²⁶. É importante refletir sobre o fato de que as grandes doutrinas internacionalistas sobre as relações entre o direito interno e direito internacional concluírem, por razões diversas, pela supremacia do direito internacional em caso de conflito.

Por esta razão, faz-se necessário estudar algumas doutrinas que fundamentaram a superioridade do direito interno sobre o direito internacional. De acordo com Koskenniemi, a doutrina de Kaufmann se contrapôs à proposta liberal de Kelsen, pois ele não reconhecia nenhum centro concreto ou autoridade incontestável na ordem internacional. Assim, o Estado seria um legado das gerações passadas que as gerações presentes têm o dever de preservar para as futuras, constituindo-se como o centro da realidade social⁵²⁷. Com isso, Kaufmann considerava que o direito internacional é fraco e superficial, excessivamente abstrato e desconectado das pessoas, faltando-lhe perspectiva positiva para projetar e distribuir os valores. Apesar de reconhecer a existência de interesses recíprocos entre os Estados e a

constater fréquemment. Ce dédoublement se rencontre d'ailleurs dans les sociétés étatiques elles-mêmes où l'on voit couramment des fonctionnaires locaux investis de compétences générales et vice versa" (Op. Cit., 2008, p. 43).

⁵²⁵ SCELLE, George. **Cours de Droit International Public**. Paris: Dalloz, 1948, p. 21-22.

⁵²⁶ WALZ, G. A. **Les Rapports du Droit International et du Droit Interne**. Recueil des Cours. The Hague: IIA, 1937.

⁵²⁷ KOSKENNIEMI, Op. Cit., 2001, p. 251-255.

disposição para a cooperação, em razão da necessidade de estabilidade e de expectativas de segurança, Kaufmann indicava que estas são constatações factuais e não jurídicas, pois, em um ambiente social de coordenação, todo Estado *may what it can*. Sua obra não deposita esperanças de que a interdependência dos Estados conduziria à paz; ao contrário, em seu curso na Academia da Haia, 1935, Kaufmann, que era judeu, revela-se frustrado com as consequências do fracasso da ordem internacional na Segunda Guerra Mundial⁵²⁸.

A doutrina historicista de Boris Mirkine-Guetzévitch revisita as teorias do dualismo e do monismo, optando por uma abordagem histórica para explicar as relações entre o direito internacional e o direito constitucional. Sua proposta metodológica é procurar respostas com base na técnica jurídica, e não a partir de teorizações abstratas e, assim, ele afirma que é necessário reconhecer que as concepções dualista e monista coexistem na realidade histórica da prática jurídica⁵²⁹. Mirkine-Guetzévitch demonstra refinamento teórico ao observar a relação heterárquica entre o tratado internacional e o direito constitucional, afirmando, de um lado, a obrigatoriedade do tratado pela *pacta sunt servanda* e, de outro lado, a necessidade de atos do Estado, atos da ordem jurídica interna, para sua execução. Ele defende que a invalidação, na ordem jurídica interna, de um tratado internacional, quando ele tiver sido assinado no plano externo sem o consentimento do poder legislativo, interfere na validade internacional do tratado.

Como a obra de Mirkine-Guetzévitch é de 1931, portanto, antes da assinatura da CVDT/69, é possível perceber que o artigo 46 da Convenção acolheu esta opinião. No entanto, em sua concepção de unidade do direito público, ele se aproxima do monismo ao afirmar que a validade interna de um tratado é um elemento essencial e determinante do tratado internacional, pois o reconhecimento da validade internacional de um tratado inconstitucional seria uma contradição flagrante com a consciência jurídica dos povos modernos⁵³⁰. Em uma tentativa conciliatória, Mirkine-Guetzévitch propõe um constitucionalismo internacional que une a técnica da liberdade e a técnica da paz, que se completam e, por outro lado, sustenta que toda constituição estatal concorre para a realização da unidade do sistema jurídico universal.

Michel Virally traz importante contribuição para a discussão sobre as relações entre o direito interno e o direito internacional, procurando conciliar as teorias monista e

⁵²⁸ KAUFMANN, Erich. **Règles générales du droit de la paix**. *Recueil des cours*, n. 54, pp. 309 – 639, The Hague: ILA, 1935, p. 557-559.

⁵²⁹ MIRKINE-GUETZÉVITCH, Boris. **Droit International et Droit Constitutionnel**. *Recueil des Cours*, n. ., pp. 310-463, The Hague : ILA, 1931.

⁵³⁰ Idem, p. 400.

dualista, apostando na noção de pluralismo jurídico⁵³¹. O pluralismo parte do reconhecimento tanto do direito internacional pela ordem jurídica interna como o inverso. O direito internacional precisa reconhecer o direito interno como direito, na medida em que precisa dele para sua efetividade⁵³², enquanto o direito interno reconhece o direito internacional como uma necessidade, em razão dos limites que o convívio com os outros Estados lhe impõe. Neste sentido, a imposição do direito interno em oposição às obrigações internacionais só prevalecerá na medida em que essas reivindicações unilaterais sejam aceitas pelos outros participantes da sociedade internacional. Isto pode se dar pela formação de um costume internacional, ou firmando-se um acordo neste sentido, o que são fontes do direito internacional. Virally entende, portanto, que o reconhecimento da superioridade da ordem internacional é uma questão de coerência da ordem interna, que só poderá manter a sua força na medida em que os demais Estados aceitem este estado de coisas. A carência de instituições internacionais com força para impor suas decisões faria a ordem internacional dependente das ordens jurídicas internas para a eficácia de suas operações, o que leva à existência de um pluralismo jurídico.

Todas essas doutrinas conciliatórias oferecem importantes contribuições para uma compreensão mais abrangente da relação entre o direito interno e o direito internacional. No entanto, todas as tentativas de descrição do funcionamento da programação do entorno interno do sistema do direito se prendem a uma perspectiva hierarquizada da estrutura normativa, o que acaba por exigir uma resposta antecipada sobre a prevalência de uma ordem jurídica sobre a outra. Nesta linha de pensamento é que as decisões tomadas no centro da ordem jurídica brasileira procuraram dar respostas aos casos concretos relativos a eventos conectados com a programação internacional.

4.4 RELAÇÕES ENTRE DIREITO INTERNACIONAL E DIREITO INTERNO NO BRASIL

No Brasil, a recepção das doutrinas dualista e monista da relação entre o direito internacional e o direito interno pode ser observada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. A aplicação do direito internacional pelos tribunais brasileiros foi influenciada por

⁵³¹ VIRALLY, Michel. “Sur un Pont aux ânes: Les rapports entre droit international et droits internes”.

⁵³² Entende assim, também, Marín ao afirmar que “pero la eficacia real del Derecho internacional en los ordenamientos internos depende en muy amplia medida de la fidelidad con que los derechos nacionales se conformen a las normas internacionales y les den efectos” (MARÍN LÓPEZ, Antonio. “Orden Jurídico Internacional y Constitución Española” em *Revista de Derecho Político*, n. 45, 1999, pp. 35-67, p. 40).

uma doutrina constitucionalista, que descreve a ordem jurídica interna com supremacia sobre o direito internacional. O fato de as constituições brasileiras serem muito lacunosas a respeito do direito internacional também colaborou para que o reconhecimento do direito internacional no centro da ordem jurídica interna ficasse submetido a uma lógica hierarquizada de prevalência do direito interno.

Nesta parte, procura-se analisar, primeiramente, como a jurisprudência brasileira descreveu a relação do direito internacional com a ordem jurídica brasileira, antes e depois da ordem constitucional vigente. Depois, serão vistos alguns posicionamentos doutrinários nacionais acerca do tema, que levam em consideração a programação da ordem jurídica nacional. E, por fim, são apresentados os problemas resultantes da solução hierárquica adotada pela prática do direito no Brasil. É importante considerar, em todo este percurso, a diversidade de possibilidades que o sistema constitucional brasileiro apresenta para a observação da ordem jurídica internacional. Neste sentido, cumpre analisar se a jurisprudência do Supremo tem foco na garantia da máxima efetividade dos compromissos internacionais, em harmonia com os valores fundamentais da ordem interna estabelecida pela Constituição Federal de 1988, com suas mutações.

4.4.1 Construção jurisprudencial da relação entre o direito internacional e o direito brasileiro no Supremo Tribunal Federal

A partir da leitura do texto das Constituições brasileiras, é possível concluir que elas não estabeleceram, em seu bojo, previsões normativas acerca da existência de hierarquia entre as normas internas constitucionais ou infraconstitucionais e as normas internacionais, os princípios, os costumes e os tratados internacionais. Na doutrina, conforme adiante explorado, parte dos internacionalistas permanece debatendo a questão a partir das premissas estabelecidas pelas teorias monista e dualista. Por sua vez, os constitucionalistas exacerbam o instituto da soberania, privilegiando o nacionalismo em descompasso com os fenômenos da globalização, da mundialização da sociedade e da cooperação entre os Estados. Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal, alta instância do poder judiciário brasileiro, que acumula competências típicas de Suprema Corte e Tribunal Constitucional, uma vez tratar-se de tribunal de última instância, que julga questões de constitucionalidade independentemente de litígios individuais e concretos, tem entendido pelo primado da Constituição Brasileira sobre os tratados internacionais e pela igualdade de hierarquia entre a lei interna e os atos internacionais, à exceção de quando o tratado versar sobre direitos humanos e for aprovado

pelo quórum especial de três quintos dos votos dos respectivos membros de cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, conforme previsto no artigo 5º, §3º, da Carta Magna de 1988, inserido pela Emenda Constitucional nº 45/2004.

Conforme posicionamento da doutrina e da jurisprudência brasileiras, a seguir exploradas, as normas de direito internacional são recepcionadas no interior da ordem jurídica brasileira e sua posição hierárquica depende da verificação da compatibilidade destas com a Constituição Federal, partindo da análise de competência do Supremo Tribunal Federal, por força do artigo 102, inciso I, alínea *a*⁵³³, e inciso III, alínea *b*, da Constituição Federal; e da inexistência de conflitos das normas internacionais com as normas internas infraconstitucionais, anteriores ou posteriores, verificação de competência do Superior Tribunal de Justiça, nos termos do artigo 105, inciso III, alínea *a*, do diploma constitucional. Para fins de estudo da aplicação dos tratados internacionais no direito brasileiro pelo poder judiciário brasileiro, faz-se, pois, necessário analisar os principais *leading cases*, de maneira a verificar como se constrói a jurisprudência e qual o atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal e, por consequência, como a doutrina reescreve e descreve a estrutura interna da programação da ordem jurídica brasileira.

4.4.1.1 Precedentes anteriores ao regime constitucional vigente

Até os anos 1970, os tribunais brasileiros buscaram a conciliação entre as normas de direito interno e as normas de direito internacional. No princípio, consagraram a primazia do direito internacional sobre a ordem jurídica nacional, normalmente sob o fundamento da regra da especialidade, o que denota a adoção de um monismo não declarado. No Pedido de Extradução nº 07, de 1913, o Supremo Tribunal Federal entendeu pela aplicação do tratado de extradição celebrado com a Alemanha, de 1877, em detrimento da Lei nº 2.416/1911, norma interna posterior. A lei exigia que a documentação fosse submetida à autenticação, com reconhecimento, pelo representante diplomático brasileiro, das firmas dos subscritores dos documentos. Em 29 de janeiro de 1913, o Supremo entendeu que não haviam sido atendidas as formalidades legais e denegou a extradição. Por sua vez, após o julgamento, o Ministro da Justiça informou que, quando do pedido de extradição pela Alemanha, ainda estava em vigor

⁵³³ Importante notar, no entanto, que o artigo 102, I, *a*, da Constituição não menciona a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade de tratado internacional por ação direta de inconstitucionalidade, nos seguintes termos: “a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal”. Para se concluir pela possibilidade de tal ação, somente considerando o tratado internacional como um “ato normativo federal”, o que estaria totalmente equivocado.

o Tratado firmado pelo Brasil, que somente foi denunciado em 14 de março de 1913, para deixar de produzir efeitos no prazo estipulado no seu próprio texto. Conforme as normas do tratado, não se exigia o reconhecimento e a autenticação dos documentos pela representação diplomática e a extradição era concedida sem pronunciamento do Poder Judiciário. Nesses termos, em 07 de janeiro de 1914, o Supremo Tribunal Federal declarou insubsistente o acórdão proferido anteriormente e, reconhecendo a primazia do tratado, apesar de existir lei interna posterior conflitante, decidiu não possuir competência para conhecer da extradição.

No mesmo sentido, na Apelação Civil n. 9.587-DF⁵³⁴, o Supremo enfrentou questão referente à tributação de importação de bens para uso próprio e o conflito entre norma interna, o Decreto-lei n. 7.404, de 22 de março de 1945, e norma internacional, o Tratado de Comércio, firmado entre Brasil e Estados Unidos, promulgado pelo Decreto nº 542, de 24 de dezembro de 1935. O Ministro Relator entendeu pela não aplicação do Decreto-lei n. 7.404/1945, tendo em vista o quanto disposto no tratado, afastando a alegação de que a norma interna posterior teria revogado a norma internacional, uma vez que a simples promulgação de decreto-lei não seria hábil para denúncia de um tratado. Segundo o Ministro, as leis internas posteriores, que alteram a vigente, ficam sem aplicação nos países signatários, sendo os tratados leis especiais que, nessa condição, não se sujeitam às leis internas de cada país. Concluiu no sentido de que o tratado revogaria a legislação interna que lhe fosse anterior, mas não poderia ser revogado por leis internas posteriores se estas não se referissem, expressamente, a essa revogação ou se não denunciasses o tratado, pelo que uma simples lei que dispõe sobre o imposto de consumo não teria força para alterar os termos de um tratado internacional. Tem-se, portanto, evidente reconhecimento, pelo Supremo Tribunal Federal, neste precedente, de primazia do tratado sobre as leis internas pela regra da especialidade, o que só pode ocorrer entre normas pertencentes a uma mesma ordem jurídica.

No Conflito de Jurisdição n. 4.663-SP⁵³⁵, o Supremo Tribunal Federal enfrentou o conflito de competência para julgamento de ação executiva cambial de nota promissória embasada na Convenção de Genebra ou Lei Uniforme de Genebra, de 19 de março de 1931⁵³⁶. O Ministro Relator adotou o entendimento de que a Constituição Brasileira vigente à época não continha norma expressa que estabelecesse a predominância das normas de direito internacional, pelo que estas, ingressadas na ordem jurídica brasileira através de recepção de

⁵³⁴ STF, AC 9.587-DF, Rel. Min. Lafayette de Andrade, julgada em 21 de agosto de 1951 e publicada no Diário de Justiça de 18 de outubro de 1951.

⁵³⁵ STF, CJ 4.663/SP, Rel. Min. Eloy da Rocha, julgado em 17 de maio de 1968 e publicado no DJ de 13 de fevereiro de 1969.

⁵³⁶ Aprovada no Congresso pelo Decreto Legislativo nº 54, de 08 de setembro de 1964, e promulgada pelo Decreto nº 57.663, de 24 de janeiro de 1966.

tratado internacional, encontravam-se no mesmo plano de igualdade que as normas internas sobre a matéria, inexistindo hierarquia entre elas. Segundo a decisão, concluir de forma diversa consistiria em dar à norma internacional poder de restrição dos ditames constitucionais, o que somente poderia ser autorizado pela própria Constituição. Nesses termos, manifestou-se no sentido de que o fato de a Convenção resultar na introdução, na ordem jurídica brasileira, de normas sobre letra de câmbio e nota promissória, não implicava a competência dos juízes federais para julgar as questões. Com isso, fixou-se o entendimento pela inexistência de hierarquia entre as normas de direito internacional, emanadas de tratado internacional, e as normas jurídicas internas, submetendo-se à mesma competência jurisdicional, estadual ou federal, das normas legislativas, e, por conseguinte, no caso, pela competência da Justiça Estadual para processar e julgar as ações baseadas na Convenção de Genebra.

Em 1971, no Recurso Extraordinário n. 71.154-PR⁵³⁷, o Supremo enfrentou controvérsia a respeito da vigência, na ordem jurídica brasileira, da Lei Uniforme sobre Cheque, adotada pela Convenção de Genebra⁵³⁸. Com efeito, a Lei n. 2.591/1912, estabelecia, no artigo 15, que o prazo prescricional destinado à cobrança de cheque seria de cinco anos, enquanto a Lei Uniforme previa o prazo de seis meses.

Segundo o Ministro Relator, parte da doutrina entendia que a aplicação das normas internacionais dependeria de edição de legislação interna especial, uma vez que, na ordem jurídica brasileira, a lei só se revogaria por outra lei e inexistiria previsão constitucional que consagrasse a eficácia imediata dos tratados internacionais, celebrados pelo Brasil, em especial quando colidentes com o direito interno. Apesar de ratificar a inexistência de regra constitucional expressa, o Ministro Relator entendeu pela existência de princípio constitucional implícito no texto constitucional, em especial no artigo 66, I, da Constituição de 1946, que foi reproduzido no artigo 47, I, da Carta de 1967, e no artigo 44, I, da Emenda de 1969⁵³⁹.

A partir da leitura do artigo 66, I, da Constituição de 1946, que estabelecia ser de competência exclusiva do Congresso Nacional, dentre outras, resolver definitivamente sobre os tratados e convenções celebradas com os Estados estrangeiros pelo Presidente da República, o Ministro Relator salientou não ser adequado concluir que, após o Brasil firmar

⁵³⁷ STF, RE 71.154/PR, Rel. Min. Oswaldo Trigueiro, julgado em 04 de agosto de 1971, publicado no DJ de 27 de agosto de 1971.

⁵³⁸ Aprovada pelo Congresso Nacional pelo Decreto Legislativo nº 54, de 08 de setembro de 1964, e promulgada pelo Decreto nº 57.663, de 24 de janeiro de 1966

⁵³⁹ O dispositivo foi repetido, com modificações, no artigo 49, I, da Constituição de 1988.

tratado, este ser definitivamente aprovado pelo Congresso Nacional e, em seguida, promulgado, sua validade ainda depender de novo ato do Poder Legislativo. Caso assim fosse, o tratado, mesmo após sua ratificação, vigoraria apenas no plano internacional, mas não na ordem jurídica brasileira, concedendo ao Brasil a privilegiada posição de exigir a observância do quanto pactuado pelas outras partes do tratado, sem se sujeitar à obrigação recíproca. Entendeu o Ministro que a exigência de lei interna especial seria apenas ponderável caso a aprovação do tratado fosse de competência de outro órgão que não o Congresso Nacional, mas o sendo, não seria razoável que, além de aprovar os termos do tratado, o Congresso tivesse que confirmá-los mediante edição de novo diploma legal que, destacou, obedece ao mesmo processo legislativo de aprovação.

Além do artigo 66, I, o Ministro Relator observou que o artigo 100, III, a, da Constituição de 1946, estabeleceu ser de competência do Supremo Tribunal o julgamento, mediante recurso extraordinário, de causas oriundas de instância inferior, quando a decisão exarada fosse contrária à letra de tratado ou de lei federal. Nesses termos, segundo entendimento do Relator, mais uma vez a norma constitucional consagraria a vigência dos tratados independentemente de lei especial, uma vez que, caso houvesse tal dependência, a referência a tratado no dispositivo constitucional supracitado seria ociosa. Concluiu, portanto, que a Constituição previa a negativa de vigência da lei e do tratado, exigindo, para a validade deste, a aprovação pelo Congresso Nacional, mas não a sua reprodução formal em texto de legislação interna. Após densa análise do direito comparado, identificou-se que o princípio dominante em outros países era de que se fazia necessária a aprovação legislativa de todos os tratados de significação política e dos que conflitam com as normas de direito interno, não sendo exigido, para vigência do tratado internacional ratificado, novo ato legislativo. Diante de tais premissas, a partir do voto do Ministro Relator, seguido pelos demais Ministros, o Supremo Tribunal Federal consolidou entendimento da aplicabilidade direta da norma internacional decorrente de tratado, no caso, a Lei Uniforme de Genebra, após aprovação pelo Congresso Nacional, com a conseqüente revogação das normas internas conflitantes anteriormente vigentes. No Recurso Extraordinário nº 69.873-PE⁵⁴⁰, o Supremo entendeu que as disposições das Convenções de Genebra⁵⁴¹ estariam em vigor, produzindo efeitos nas relações de direito interno. Tendo em vista a existência de reserva quanto à possibilidade de

⁵⁴⁰ STF, RE 69.873/PE, Rel. Min. Amaral Santos, Primeira Turma, julgado em 11 de novembro de 1971 e publicado em 15 de março de 1972. Também admitindo a vigência da Lei Uniforme sobre Nota Promissória, o RE nº 66.501-MT, Rel. Min. Djaci Falcão, Primeira Turma, julgado em 14 de dezembro de 1971.

⁵⁴¹ Aprovadas pelo Decreto Legislativo nº 54, de 8 de setembro de 1964, e promulgadas pelos Decretos nº 57.595 e 57.663, de 07 e 24 de janeiro de 1966, com as reservas.

previsão, na legislação interna, de prazo de apresentação dos títulos cambiais superior, o Tribunal entendeu pela aplicação da norma interna. No Recurso Extraordinário n. 80.856-SP⁵⁴², a Corte Suprema entendeu, em sede de embargos, que a Lei Uniforme, aprovada pela Convenção de Genebra, teve sua vigência condicionada a reservas expressas, não aplicando as normas internacionais no caso concreto. Por sua vez, nos Recursos Extraordinários n. 80.171-GB⁵⁴³, n. 82.583-SP⁵⁴⁴, n. 84.502-RJ⁵⁴⁵ e n. 83.437-SP⁵⁴⁶, ao apreciar litígios referentes ao prazo para apresentação de cheque sacado, os Ministros entenderam pela aplicação da norma interna, Lei n. 2.919/1914, entendendo pela não prevalência da Lei Uniforme do Cheque face às reservas expressas à Convenção formuladas pelo Brasil.

Finalmente, em 1977, no Recurso Extraordinário n. 80.004-SE⁵⁴⁷, o Supremo julgou uma questão que suscitou a invalidade do Decreto-lei n. 427, de 22 de janeiro de 1969, lei interna brasileira, por contrariar tratado internacional⁵⁴⁸ e, substancialmente, a persistência da responsabilidade do avalista, exigível por ação ordinária de cobrança, apesar da nulidade do título por falta de registro a que alude o mencionado Decreto-lei⁵⁴⁹.

Segundo o Ministro Xavier Albuquerque, embasado em argumentos doutrinários de Haroldo Valadão, a norma internacional tem forma própria de revogação, a denúncia, que só poderia ser modificada por outra norma de igual ou superior categoria, internacional ou supranacional. Nesses termos, conforme entendimento do Relator, enquanto não denunciado o tratado, este não pode ser descumprido, sendo obrigatória a sua observância. Sustentando a preponderância da norma internacional, mencionou o artigo 98 do Código Tributário Nacional, segundo o qual os tratados e convenções internacionais revogam ou modificam a legislação interna e devem ser observados pela que lhes sobrevenha, como consagração legislativa desse princípio na ordem jurídica nacional. A partir das premissas de que as Convenções de Genebra sobre cambiais se incorporaram ao direito interno e que os tratados e

⁵⁴² STF, RE 80.856/SP, Rel. Min. Moreira Alves, Segunda Turma, julgado em 27 de agosto de 1976, publicado em 08 de outubro de 1976.

⁵⁴³ STF, RE 80.171/GB, Rel. Min. Cordeiro Guerra, Segunda Turma, em 21 de março de 1975.

⁵⁴⁴ STF, RE 82.583/SP, Rel. Min. Thompson Flores, Segunda Turma, em 17 de fevereiro de 1976, D.J. de 24 de setembro de 1976.

⁵⁴⁵ STF, RE 84.502/RJ, Rel. Min. Moreira Alves, em 01 de outubro de 1976.

⁵⁴⁶ STF, RE 83.437/SP, Rel. Min. Moreira Alves, Segunda Turma, em 27 de agosto de 1976, DJ de 08 de outubro de 1976.

⁵⁴⁷ STF, RE 80.004/SE, Rel. Min. Xavier Albuquerque, julgado em 01 de junho de 1977, publicado no DJ de 29 de dezembro de 1977.

⁵⁴⁸ Convenção de Genebra sobre Títulos de Crédito, tratado aprovado pelo Congresso Nacional mediante Decreto Legislativo nº 54, de 08 de setembro de 1964, e promulgado pelo Decreto nº 57.663, de 24 de janeiro de 1966.

⁵⁴⁹ Em que pese parecer da Procuradoria no sentido de não apreciação da invalidade do Decreto-lei nº 427, de 22 de janeiro de 1969, por ausência de prequestionamento e de fato não ter havido pronunciamento sobre esse tema pelas instâncias inferiores, o Ministro Relator Xavier Albuquerque entendeu tratar-se de questão preliminar para análise do mérito recursal.

convenções não poderiam ser revogados por leis ordinárias, o Ministro Xavier Albuquerque sustentou, citando a doutrina de Rubens Requião, que o Decreto-lei n. 427, de 22 de janeiro de 1969, e seu regulamento, que sujeitaram a registro, sob pena de nulidade, as letras de câmbio e notas promissórias são inválidos e, como lei ordinária, não poderiam sobrepor à Convenção de Genebra, uma vez que não seria lícito, a nenhuma parte contratante, sem prévia denúncia do tratado, exigir ao título cambiário requisito ou exigência para sua validade não prevista na Convenção.

O Ministro Cunha Peixoto, em seu voto, revisitou a internalização da Lei Uniforme de Genebra na ordem jurídica positiva brasileira e as teorias monista e dualista, filiando-se à corrente dualista. Segundo o Ministro, ratificado e publicado, o tratado obriga o governo na ordem internacional, mas ainda não converteria o que foi convencionado em direito positivo nacional, pois tratado não é lei, mas ato internacional, não sendo admissível que um só ato, ao mesmo tempo, pudesse produzir efeitos de tratado e ato legislativo ordinário ou que um tratado normativo se convertesse em ato legislativo, exigindo, para sua vigência, promulgação de lei interna, posicionamento que ia em sentido contrário ao da jurisprudência da Corte. Cunha Peixoto analisou a forma como a Alemanha, França e Itália, signatários da Convenção de Genebra adotaram a norma em seus respectivos direitos internos, concluindo que o cerne da questão residiria não nas teorias relativas ao direito internacional, mas no direito constitucional de cada Estado.

Passando para a análise das normas constitucionais brasileiras, o Ministro Cunha Peixoto entendeu existir normas distintas para o processamento da lei interna e da ratificação do tratado internacional, identificando que foram cumpridas todas as formalidades constitucionais para adoção da Convenção de Genebra a partir do Decreto Legislativo n. 54, de 08 de setembro de 1964, quais sejam: ratificação da Convenção pelo Decreto, declaração de aprovação da convenção para adoção de uma lei uniforme sobre letras de câmbio e notas promissórias, bem como de lei uniforme sobre cheques e o fato de ser a Convenção destinada a regular conflitos em matérias de letras de câmbio e notas promissórias e cheques. A partir dessa constatação, o Ministro concluiu que o Congresso Nacional não transformou a Lei Uniforme em direito positivo brasileiro, uma vez que, conforme expresso no Decreto, havia sido aprovada a Convenção para adoção da lei uniforme e não sua vigência na ordem jurídica brasileira. Diante de tais premissas, o Ministro entendeu ser um equívoco da Suprema Corte considerar que o texto da Lei Uniforme estivesse em vigor e que teria revogado o Decreto nº 2.044/1908, chamado de Lei Cambial Brasileira.

Em que pese a crítica formulada, para fins de julgamento, admitindo que a Lei Uniforme estivesse em vigor na ordem jurídica brasileira, o Ministro Cunha Peixoto não aderiu à corrente que entendia que o Poder Legislativo não podia modificá-la, sustentando que, se esta lei transformou-se em direito positivo brasileiro, poderia ser modificada, revogada como qualquer outro diploma legal, sob pena transformar lei decorrente de tratado em “super lei”, acima da própria Constituição. A partir da análise das normas constitucionais afeitas ao processo legislativo vigente à época, Cunha Peixoto concluiu que inexistia previsão que impedisse que os membros do Congresso apresentassem projeto que revogasse, tácita ou expressamente, “lei originada de tratado internacional” e que inexistia previsão constitucional que determinasse a irrevogabilidade da lei originada de tratado internacional.

Cunha Peixoto ainda questionou a constitucionalidade do artigo 98 do CTN e aduz que ele se referia aos tratados contratuais, que acobertam títulos subjetivos, e que seria relativo apenas à legislação tributária, não constituindo princípio geral. Ao contrário, o Ministro entendeu que, se a lei ordinária não pudesse revogar a que advém de um tratado, não seria necessária a edição deste dispositivo legal. Conclui, portanto, divergindo do Ministro Relator, no sentido de que ou o tratado não se transforma em lei ordinária apenas com a ratificação, ou poderá ser revogado, ou modificado pelo Congresso, como qualquer outra lei, sendo inconstitucional a existência de uma lei que, por lei advinda de um tratado internacional, só pudesse ser revogada pelo Chefe do Poder Executivo através da denúncia.

O Ministro Cordeiro Guerra reafirmou, com base nos precedentes, a vigência, na ordem jurídica positiva brasileira, da Lei Uniforme em matéria de cheques e cambial, tendo suas normas aplicação imediata inclusive naquilo que modifica a legislação interna. Uma vez incorporada ao direito interno, o Ministro entendeu que não era possível conceder ao tratado o efeito de impedir o livre exercício da soberania nacional, isto é, de obstar a elaboração legislativa interna, ainda que esta modificasse ou revogasse o texto da Convenção vigente no direito interno.

A partir da constatação de serem o direito internacional e o direito interno duas ordens jurídicas distintas e independentes, cujas normas não são comuns, nem a motivação de sua validade, nem os destinatários dos seus mandamentos, o Ministro entendeu que, ainda no caso de as normas de direito interno terem sido editadas em violação do direito internacional, elas permanecem vinculando os indivíduos sujeitos à sua incidência. Nesses termos, o Ministro Cordeiro Guerra ressaltou que a Constituição brasileira deferiu ao Supremo Tribunal Federal a competência para declarar a constitucionalidade de tratado ou lei igualmente, sem dar ao tratado internacional relevância superior à da lei e que a adoção de lei federal posterior,

contrária às obrigações assumidas no tratado, pode ensejar reclamação de outra parte contratante no plano internacional, sem afetar as questões de direito interno. Concordando com o Ministro Cunha Peixoto, entendeu que devem ser aplicadas as normas trazidas pela lei interna com força derogatória da norma de direito internacional, pelo que teve como válido e vigente o Decreto-Lei n. 427, de 1969, e, conseqüentemente, indispensável a observância do que nele previsto.

O Ministro Leitão de Abreu iniciou seu voto, salientando, a partir de tratamento exegético da ordem constitucional, a sua concordância com o entendimento acerca da aplicabilidade imediata dos tratados-leis, aprovados e regularmente promulgados, sem necessidade de nova manifestação legislativa interna. Identificou posteriormente inexistir, no direito positivo brasileiro, dispositivo legal que determinasse, quando do conflito entre tratado e lei, a aplicação do princípio de que lei posterior revoga a anterior. Analisou, todavia, o artigo 114, inciso III, alínea b, da Constituição Brasileira de 1967, segundo o qual competia ao Supremo Tribunal Federal julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas por outros tribunais, quando a decisão recorrida declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, afirmando que, em que pese o dispositivo traga, em seu bojo, tanto a lei quanto o tratado, isso não quer dizer que possuam o mesmo *status*. Segundo o Ministro, hierarquicamente a lei e o tratado se situam abaixo da Constituição, sem que isso implicasse a equiparação entre eles, que guardariam suas características específicas, sendo dotados de eficácia formal própria, pelo que não seria possível adotar o princípio da *lex posterior derogat lex priori*, de forma que lei interna revogasse o tratado.

Para o Ministro Leitão de Abreu, a questão não se encerrava com a anuência à opinião de que a lei não revoga o tratado, mas se a lei, ainda que não revogando este, se despoja de toda eficácia para os tribunais internos, que estão incumbidos de aplicar o direito, a emprestar eficácia ao direito interno, estando autorizados a recusar-lhes autoridade apenas nos casos previstos constitucionalmente. Sustentou este argumento na doutrina de Hans Kelsen, em *Teoria Geral do Estado e do Direito*, no sentido de que a recusa à aplicação da lei pelo Poder Judiciário dependeria de previsão expressa em norma constitucional⁵⁵⁰.

Tendo em vista que a Constituição de 1967 não atribuiu ao poder judiciário competência para negar aplicação às leis que contradissem um tratado internacional, o Ministro concluiu que os tribunais estariam, então, obrigados, na falta de título jurídico para proceder de modo diverso, a aplicar as leis incompatíveis com o tratado, o que não equivaleria

⁵⁵⁰ A conclusão, no entanto, tem mais aderência epistêmica à doutrina dualista de Triepel e de Anzilotti, como foi visto.

a admitir que a lei posterior ao tratado e com ele incompatível tivesse eficácia revogatória. Sustentando que a eficácia das normas jurídicas constantes do tratado seria obstada pela aplicação obrigatória das normas internas com aquele conflitante, o Ministro Leitão de Abreu entendeu que o Decreto-lei n. 427/1969 seria de aplicação obrigatória pelos tribunais, uma vez que estes só poderiam afastar a sua aplicação por inconstitucionalidade.

O Ministro Rodrigues Alckmin entendeu inexistir, no texto constitucional, dispositivo que outorgasse aos tratados predominância sobre as leis internas ulteriores, tornando-as inválidas se lhes forem contrárias; inexistir norma constitucional que estabeleça restrição ao Poder Legislativo quanto à edição de leis internas contrárias às obrigações firmadas em tratados; e que, ainda que se atribua ao Código Tributário Nacional a eficácia de lei complementar, a restrição constante da cláusula final do artigo 98, relativa ao exercício de um dos poderes do Estado, somente comportaria previsão constitucional e, ademais, estaria restrita à legislação tributária. Concluiu, portanto, que, diante de contradição entre tratado anterior e a lei interna posterior, deve ser considerada válida a lei interna posterior, divergindo do Ministro Relator e acompanhando os votos dissidentes.

O Ministro Antônio Neder sustentou não ser a controvérsia relativa à discussão da relação entre direito internacional e direito interno. Segundo esse Ministro, a Convenção de Genebra ressalvou, no direito interno de cada uma das contratantes, a vigência da regra tributária que incide nas letras de câmbio e notas promissórias, condicionando a validade de qualquer de tais títulos ao pagamento de tributo e, nesses termos, a partir de interpretação extensiva, concluiu que o Decreto-lei n. 427, de 1969, não se acha incompatibilizado com a Convenção, mas sim em harmonia com uma de suas cláusulas, especialmente redigida para exprimir a reserva. No mesmo sentido, o Ministro Eloy da Rocha sustentou que a lei ordinária não poderia revogar norma constante em tratado internacional, mas que, no presente caso, inexistiria incompatibilidade do artigo 2º do Decreto-lei 427 de 1969 com as normas da Convenção, pelo que acompanhou os votos divergentes pela aplicação da lei interna.

O Ministro Thompson Flores salientou que a solução da controvérsia consistiria em apurar a existência, ou não, da predominância do tratado sobre as leis internas, se este prevaleceria mesmo com o advento de lei interna que com ele não se concilia. Entendeu que não há prevalência do tratado, pois inexistente previsão constitucional implícita ou expressa nesse sentido, sendo, portanto, lei e tratados hierarquicamente equivalentes e podendo lei interna posterior revogar as disposições previstas no tratado. Considerando os votos divergentes, o Supremo Tribunal Federal, nesse caso, reafirmou a regra de que o tratado

internacional tem o mesmo nível hierárquico que as leis ordinárias, aplicando-se a regra de que ele é revogado por leis novas.

A partir dos precedentes trazidos, é possível constatar que, até os anos setenta do século XX, aproximadamente, o Supremo Tribunal Federal adotava a tese do primado das normas de direito internacional, pela aplicação da regra da especialidade, adotando um monismo que implicava, inclusive, a aplicação direta dos tratados pelo centro da ordem jurídica interna. Todavia, percebe-se uma mudança de posicionamento, consolidada com o RE n. 80.004-SE, que resolveu pela paridade hierárquica entre os tratados internacionais e as leis federais e, por conseguinte, a submissão dos tratados ao princípio *lex posterior revogat lex priori*.

Algumas observações são importantes em relação ao precedente estabelecido pelo RE 80.004-SE, que se tornou um *leading case* reiteradamente referido nos julgamentos do Supremo a partir de sua publicação, em 1977. A primeira é que, em voto-vista, o Ministro Leitão de Abreu rechaçou a posição assumida pelo Ministro Cunha Peixoto, relativa à necessidade de adoção de lei específica para dar eficácia aos termos de um tratado internacional no direito interno, mantendo o entendimento estabelecido na Corte no precedente do RE n. 71.154-PR.

A segunda observação é que apenas quatro dos oito votos⁵⁵¹ foram favoráveis à solução de aplicação da regra *lex priori derogat posteriori* nas relações entre os tratados internacionais e as leis federais, que foi o caso dos Ministros Cunha Peixoto, Cordeiro Guerra, Rodrigues Alckmin e Thompson Flores. O Ministro Leitão de Abreu afirmou expressamente, em seu voto, que não vislumbrava “norma constitucional que haja consagrado, em sua plenitude, quanto às relações de incompatibilidade entre tratado e lei, o princípio da *lex posteriori derogat lex priori*”. O fundamento do seu voto foi confuso e acabou sustentando-se na tese da inafastabilidade da aplicação da lei pelo Poder Judiciário, por ausência de previsão constitucional neste sentido. Embora cite Kelsen, sua conclusão está mais alinhada ao pensamento dualista de Triepel e Anzilotti. Ao final, acompanhou o relator, embora não concordasse com a solução da regra *lex posteriori derogat lex priori*. Os Ministros Antônio Neder e Eloy da Rocha entenderam não haver incompatibilidade entre o Decreto-lei n. 427/1969 e o tratado, acompanhando o voto vencedor no sentido de manter a eficácia da norma interna. O Ministro Eloy da Rocha, no particular, afirmou ser sua posição que uma lei ordinária não poderia revogar um tratado internacional nos seguintes termos: “entendo que lei

⁵⁵¹ Não participaram do julgamento nos Ministros Bilac Pinto, Moreira Alves e Djaci Falcão.

ordinária não pode revogar norma constante das mesmas Convenções [de Genebra]”. Por fim, o voto do Ministro Relator Xavier de Albuquerque, o único que se aprofundou na natureza do tratado internacional e das implicações do julgamento para as relações internacionais, foi vencido.

Pode-se concluir, portanto, que o entendimento consagrado a partir do precedente do RE n. 80.004-SE na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, qual seja, a de que tratado internacional e lei federal encontram-se no mesmo patamar hierárquico, aplicando-se em caso de incompatibilidade a regra *lex posteriori derogat lex priori*, foi decidido pelo voto de apenas quatro dos oito ministros votantes no julgamento e dos onze componentes da Corte. É preciso observar, ainda, que os argumentos trazidos nos votos dos ministros, na maioria dos casos, manipulam conceitos de forma totalmente descontextada das descrições usualmente encontradas na teoria e na prática do direito internacional e elaboram doutrinas que não são encontradas em nenhum outro lugar que não seja o ambiente do próprio Tribunal. Mesmo assim, o precedente se consolidou como entendimento predominante sobre a relação entre o direito internacional e a ordem jurídica brasileira. Em razão da promulgação da Constituição Federal de 1988, a questão da aplicabilidade das normas de direito internacional voltou a ser debatida doutrinária e jurisprudencialmente.

4.4.1.2 A questão dos tratados sobre direitos humanos na Constituição Federal de 1988

A nova ordem constitucional, ao reinstalar o Estado Democrático de Direito e assumir a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil, acabou por promover mudanças profundas em toda ordem jurídica nacional. Nesse sentido, quanto à ordem internacional, o artigo 4º, II, da Constituição, arrolou o princípio da prevalência dos direitos humanos dentre os princípios que regem as relações internacionais do Estado brasileiro. Na mesma direção, ao final do rol de direitos e garantias fundamentais do cidadão, elencado no artigo 5º da Constituição, o constituinte originário estabeleceu, nos parágrafos 1º e 2º do referido dispositivo, que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata e que os direitos e garantias constitucionalmente ali enumerados não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios adotados na Constituição ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

A partir da promulgação do texto constitucional de 1988, uma parte da doutrina entendeu que a Carta havia instituído um sistema diferenciado de internalização de tratados

internacionais na ordem jurídica brasileira, combinando dois regimes distintos: o primeiro aplicável aos tratados que não versassem sobre direitos humanos, que teriam a mesma posição hierárquica das leis ordinárias, conforme o entendimento consagrado no Supremo Tribunal Federal pelo RE n. 80.004-SE; e o segundo, relativo aos tratados internacionais sobre direitos humanos, que entrariam na ordem jurídica no patamar constitucional. Nesse ponto, surgiu divergência doutrinária quanto à posição hierárquica que os tratados internacionais sobre direitos humanos assumiriam no direito interno.

Os principais defensores do caráter constitucional dos tratados sobre direitos humanos entendiam que, com a aprovação pelo Congresso Nacional e a ratificação pelo Presidente da República, esses tratados passariam a integrar o bloco de constitucionalidade no rol de direitos e garantias fundamentais, o que lhes deixaria na condição de cláusulas pétreas, previstas no artigo 60, § 4º, IV, da Constituição Federal. Por outro lado, a maior parte da doutrina brasileira, em especial autores constitucionalistas, advogava no sentido de que estes tratados se encontravam no mesmo patamar hierárquico dos demais, ou seja, em paridade com as leis federais, e que seria necessária a aprovação do tratado, pelo Congresso, pelo quórum de aprovação de emenda constitucional, para que os direitos neles previstos figurassem no rol de direitos e garantias fundamentais constitucionais.

Enquanto o debate doutrinário se fortalecia, com o acréscimo de adeptos à tese de prevalência da constitucionalidade dos direitos humanos, foi promulgada a Emenda Constitucional n. 45/2004, efetuando grandes modificações na programação em questão. Esta Emenda, além de outras modificações, inseriu o § 3º no artigo 5º da Constituição Federal que dispõe expressamente que os tratados e convenções internacionais assinados pelo Brasil que versem sobre direitos humanos e forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, pelo quórum de aprovação de emenda constitucional, ou seja, por três quintos dos votos, uma vez ratificados, serão equivalentes às emendas constitucionais, quando entrarem em vigor.

A partir da inclusão desse dispositivo no texto constitucional, alguns doutrinadores entenderam que havia sido contemplado o entendimento dominante na doutrina e no Supremo Tribunal Federal e que estariam frustrados os argumentos dos defensores da constitucionalização direta e imediata dos tratados internacionais sobre direitos humanos⁵⁵².

⁵⁵² Os primeiros tratados aprovados nos termos do § 3º do art. 5º foram a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007, aprovados de acordo com o Decreto Legislativo nº 186/2008.

No Mandado de Injunção n. 772-1 RJ⁵⁵³, julgado em 24 de outubro de 2007, o Supremo Tribunal Federal enfrentou demanda relativa ao direito de petição e à questão da capacidade postulatória. O Ministro Relator afirmou em seu voto que, no caso exposto, não se poderia invocar os artigos 1º, 2º, 8º, 25 e 29 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, pois, em tema de capacidade postulatória, haveria de se observar o quanto disposto no artigo 133 da Constituição Federal, que reconhece o advogado como indispensável à administração da Justiça. Nesse prisma, ressaltou que, em seu entender, haveria supremacia da Constituição sobre todos os tratados internacionais celebrados pelo Estado e que nenhum valor teria o tratado internacional que, incorporado ao sistema de direito positivo interno, transgredisse, formal ou materialmente, o texto constitucional, uma vez que o sistema jurídico brasileiro não conferia qualquer precedência hierárquico-normativa aos atos internacionais. Segundo o Ministro, houve uma tendência contemporânea em buscar garantir aos tratados equiparação normativa em face das Constituições e, nesse aspecto, o Congresso Nacional promulgou a Emenda Constitucional n. 45 de 2004, introduzindo, no sistema jurídico brasileiro, norma de equivalência dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos com as emendas constitucionais, desde que aprovados com quórum especial. O Ministro Celso de Mello concluiu em seu voto que, em caso de antinomia entre o tratado internacional e o texto constitucional, impunha-se que se atribuisse irrestrita prevalência da norma constitucional, exceto na hipótese de tratado internacional que versasse sobre direitos humanos.

À luz do novo regime constitucional e, principalmente, das transformações do direito internacional contemporâneo, o Supremo Tribunal Federal alterou o entendimento da Corte acerca da posição hierárquica dos tratados internacionais sobre direitos humanos aprovados e ratificados antes de a Emenda Constitucional n. 45/2004 entrar em vigor no julgamento conjunto dos *Habeas Corpus* n. 87.585-TO e n. 92.566 e do Recurso Extraordinário n.º 349.703-RS, proferido no Recurso Extraordinário n. 466.343-SP⁵⁵⁴, julgados em conjunto em 03 de dezembro de 2008 e publicado no Diário de Justiça do dia 05 de junho de 2009. O cerne do litígio está na discussão da constitucionalidade da prisão civil do depositário infiel, que é prevista como exceção à proibição geral da prisão civil na Constituição Federal no art. 5º, LXVII, em face da ratificação pelo Brasil, em 1992, da Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969, o Pacto de San José da Costa Rica.

⁵⁵³ STF, MI n.º 772-1 RJ, Min. Rel. Celso de Mello, julgado em 24 de outubro de 2007.

⁵⁵⁴ STF, RE 466.343/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 03 de dezembro de 2008 e publicado no Diário de Justiça do dia 05 de junho de 2009.

O problema central estava na vedação de prisão civil por dívida, salvo no caso do devedor de alimentos, conforme o artigo 7º, n. 7, do Pacto. Conclui-se, portanto, que a prisão do depositário infiel, prevista na legislação infraconstitucional brasileira, não tem amparo na Convenção, apesar do permissivo constitucional. Aventou-se, então, o caráter constitucional do direito acrescentado à ordem jurídica nacional, qual seja, a proibição da prisão civil do depositário infiel, em face do previsto no artigo 5º, §2º, da Constituição.

O Ministro Ilmar Galvão entendeu que, diante do § 2º do artigo 5º da Constituição Federal, restou difícil sustentar a tese dualista de que os tratados não geram, por si sós, direitos subjetivos, ficando condicionados a ato normativo interno e, com isso, inviável manter o posicionamento predominante do Supremo Tribunal Federal de que os tratados ingressam, na ordem jurídica brasileira, indistintamente, como lei ordinária. Segundo o Ministro, tal entendimento soa injustificado, uma vez que o § 2º do artigo 5º institui norma de caráter aberto, que dá margem ao ingresso, no rol dos direitos e garantias fundamentais, a outros direitos e garantias derivados dos tratados de proteção dos direitos humanos. Logo, ainda que não se admita que tais tratados tenham o condão de emendar a Constituição, seria inequívoco que poderiam adicionar novos princípios equivalentes às próprias normas constitucionais, sendo, portanto, normas materialmente constitucionais que, conquanto não se incorporem ao texto constitucional, ampliam o núcleo mínimo de direitos e garantias nele consagrados, ganhando hierarquia constitucional. Todavia, suscitou que tal constatação perderia o sentido com a inclusão do § 3º do artigo 5º da Constituição, concluindo ser necessária a aprovação do tratado com quórum de emenda constitucional e a revogação expressa da norma constitucional.

O Ministro Gilmar Mendes pediu vista e, em análise às posições doutrinárias acerca do *status* normativo dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos, afirmou que vislumbra dificuldade em aceitar a teoria de que os tratados teriam posição supraconstitucional, uma vez que a ordem jurídica brasileira seria regida pelo princípio da supremacia formal e material da constituição e que os tratados devem ser celebrados em consonância formal e material com o texto constitucional. Por sua vez, quanto ao posicionamento de que os tratados que versem sobre direitos humanos teriam *status* constitucional, o Ministro salientou entender que tal discussão fora esvaziada pela promulgação da Emenda Constitucional n. 45, de 2004, que, em seu entender, declararia que os tratados já ratificados, anteriormente à mudança, e não submetidos ao processo legislativo especial de aprovação, não poderiam ser comparados às normas constitucionais. Grifou, todavia, que a reforma teria evidenciado o caráter especial dos tratados de reciprocidade entre

os Estados pactuantes, conferindo-lhes lugar privilegiado, evidenciando a insuficiência da tese da legalidade ordinária dos tratados e convenções internacionais, preconizada pelo julgamento do Recurso Extraordinário n. 80.004/SE.

Nesse sentido, o Ministro entendeu que, a partir do texto constitucional de 1988, ficou difícil sustentar que os tratados de direitos humanos, como quaisquer outros instrumentos convencionais de caráter internacional, teriam *status* equivalente ao de leis ordinárias. Após identificar a existência de tendência contemporânea do constitucionalismo mundial de prestigiar as normas internacionais destinadas à proteção do ser humano, entendeu o Ministro que as constituições apresentam maiores possibilidades de sua concretização normativa e só podem ser interpretadas sob abordagem que aproxima o direito internacional do direito constitucional, termos em que concluiu que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no sentido da legalidade ordinária dos tratados que versem sobre direitos humanos, deveria ser revisitada criticamente.

Segundo o Ministro Gilmar Mendes, a tese da legalidade ordinária, na medida em que permite o descumprimento unilateral de um acordo internacional pelo Estado brasileiro, contraria os princípios internacionais fixados pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. Diante de tal crítica, o Ministro indicou ser mais consistente a interpretação que atribui a característica de suprallegalidade aos tratados e convenções de direitos humanos, que não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado na ordem jurídica. Diante do inequívoco caráter especial dos tratados que versam sobre a proteção dos direitos humanos, a sua internalização na ordem jurídica brasileira, por meio do procedimento de ratificação, teria o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante. A partir desse entendimento, concluiu que, diante da supremacia constitucional, a previsão da prisão civil do depositário infiel consubstanciada no artigo 5º, inciso LXVII, da Carta Magna, não foi revogada pelo ato de adesão do Estado Brasileiro ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e ao Pacto de San José da Costa Rica, mas deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional que trata da matéria e, tendo em vista o caráter suprallegal, à legislação infraconstitucional posterior.

O Ministro arremata que, desde a adesão do Brasil aos referidos tratados internacionais, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico na ordem jurídica, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna; o *status* normativo suprallegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Estado

Brasileiro torna, segundo seu entendimento, inaplicável a legislação infraconstitucional, anterior ou posterior ao ato de adesão, com ele conflitante.

Em seu voto, o Ministro Celso de Mello ressalta o papel do Supremo de extrair a máxima eficácia da Convenção Americana de Direitos Humanos, que consistiria em um instrumento normativo destinado a desempenhar papel de relevo no âmbito do sistema interamericano de proteção aos direitos da pessoa humana, qualificando-se como peça complementar no processo de tutela das liberdades fundamentais. Entendeu o Ministro ser dever do Poder Público respeitar e promover a efetivação dos direitos garantidos pelas Constituições e assegurados pelas declarações internacionais, de modo a permitir a prática de um constitucionalismo democrático aberto ao processo de crescente internacionalização dos direitos básicos da pessoa humana. Segundo o Celso de Mello, o eixo de atuação do direito internacional público contemporâneo passou a se concentrar, assim como o direito interno brasileiro, na dimensão subjetiva da pessoa humana, cuja essencial dignidade passou a ser reconhecida como valor fundante da ordem jurídica e, dentro desse contexto, os tratados e convenções internacionais desempenhariam papel de relevo no plano da afirmação, da consolidação e da expansão dos direitos humanos.

Modificando posicionamento adotado em outros julgados, como a ADI n. 1.480-3/DF, o Ministro acolheu a orientação que atribui natureza constitucional às convenções internacionais sobre direitos humanos, reconhecendo a existência de três situações referentes aos tratados internacionais de direito humanos celebrados ou aderidos pelo Estado brasileiro. No caso dos tratados regularmente incorporados à ordem interna em momento anterior ao da promulgação da Carta de 1988, estes se revestiriam de índole constitucional, uma vez assim recepcionados pelo parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição. Por sua vez, aqueles celebrados ou aderidos pelo Brasil em data posterior à da promulgação da Emenda Constitucional n. 45/2004 deveriam, segundo o Ministro, observar o procedimento estabelecido pelo parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição para se impregnarem de natureza constitucional. Por fim, o Ministro entende que os tratados celebrados ou aderidos pelo Brasil entre a promulgação da Constituição e a superveniência da Emenda Constitucional n. 45 de 2004 assumem caráter materialmente constitucional, como decorrência de sua inclusão no bloco de constitucionalidade.

Por outro lado, entendeu o Ministro ser irrecusável a supremacia da Constituição sobre todos os tratados internacionais celebrados pelo Estado brasileiro, inclusive os que tratem sobre o tema dos direitos humanos, desde que, nessa última hipótese, as normas internacionais impliquem supressão, modificação gravosa ou restrição a prerrogativas

essenciais ou a liberdades fundamentais reconhecidas e asseguradas pelo texto constitucional, eis que os direitos e garantias fundamentais qualificar-se-iam como limitações materiais ao poder reformador legislativo.

Os demais ministros do Supremo Tribunal, contudo, ficaram com a *tese da supralegalidade* dos tratados sobre direitos humanos, capitaneados pelo voto do Ministro Gilmar Mendes e acabou ensejando a edição da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal nº 25, com o seguinte texto: “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito”. Trata-se de uma concepção doutrinária que não era conhecida até então, sendo toda ela elaborada no curso do processo decisório do caso concreto, apesar de ter uma abrangência abstrata. A posição adotada pelo Tribunal enseja nova situação na persecução da validade das leis no país, uma vez que, além da conformidade com as normas constitucionais, os atos infraconstitucionais não poderiam violar as convenções internacionais, celebradas ou aderidas pelo Estado brasileiro, que versem sobre direitos humanos.

Um exemplo da aplicação do precedente pode ser encontrado no Recurso Extraordinário n. 603.616/RO⁵⁵⁵, no qual o Supremo enfrentou questão referente aos limites da cláusula de inviolabilidade do domicílio. O Ministro Relator, Gilmar Mendes, afirmou que a jurisprudência do Supremo entende pela possibilidade de a autoridade policial ingressar em domicílio, sem a autorização do dono, em hipóteses de flagrante de delito de crime permanente, entendendo, todavia, que tal tese esvaziaria a inviolabilidade domiciliar e contrariaria o texto constitucional e os tratados de direitos humanos do qual o Estado brasileiro é signatário. Ao analisar tal questão, o Ministro afirmou, citando o RE n. 466.343-SP, que os tratados sobre direitos humanos podem ampliar direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição, mesmo para afastar ressalvas expressas feitas pelo texto constitucional.

4.4.2 Construção doutrinária sobre a aplicação do direito internacional no Brasil

Diante da doutrina existente no Brasil à época e dos debates que decorreram do julgamento do precedente estabelecido no RE n. 80.004-SE, pode-se concluir que a discussão em torno da aplicação do direito internacional no direito interno poderia ser dividida em três correntes: i) aqueles que entendiam que a aplicação do direito interno tem prevalência sobre a eficácia das normas de direito internacional; ii) aqueles que entendiam que as normas de

⁵⁵⁵ STF. Recurso Extraordinário 603.616/RO, Min. Rel. Gilmar Mendes, julgado em 05 de novembro de 2015.

direito internacional são incorporadas à ordem jurídica interna como normas infraconstitucionais, no mesmo patamar das leis ordinárias; e iii) aqueles que defendiam a superioridade do direito internacional sobre o direito interno.

A primeira posição foi exposta no voto do Ministro Leitão de Abreu e se fundamenta no argumento de que a ordem constitucional impõe aos órgãos do Poder Judiciário a obrigação de aplicação da lei. A lei somente não seria aplicável na hipótese de contrariar a Constituição ou quando a Constituição ou a própria lei estabelecesse uma situação em que ela deixasse de ser aplicável. Não havendo, na Constituição, um comando no sentido de não aplicação da lei em razão da existência de tratado internacional, seria considerada obrigatória a aplicação das leis internas.

Neste caso, o direito internacional somente prevaleceria em termos de eficácia sobre as disposições da lei quando o próprio texto legislativo, ou outro que lhe fosse posterior, determinasse esta solução. Assim, por exemplo, no caso do Código Tributário Nacional, o artigo 98 determina que os tratados internacionais em matéria tributária devem ter aplicação prevalente sobre as leis que versem sobre o assunto, e devem ser observados pela legislação superveniente.

Fora destas hipóteses, o Poder Judiciário estaria adstrito a garantir a aplicação da lei e, assim, em caso de contrariedade com uma norma decorrente de um tratado internacional, o juiz nacional estaria obrigado a aplicar a lei interna. A consequência desta doutrina seria admitir que o direito internacional pode ser naturalmente descumprido sob o argumento de imposição de aplicação do direito interno.

Tal doutrina não prevalece pelos seguintes argumentos: a Convenção de Viena sobre Direitos dos Tratados, de 1969, estabeleceu que um Estado não pode deixar de cumprir as obrigações decorrentes de tratado internacional alegando seu direito interno, conforme o artigo 27; a própria Constituição estabelece a obrigatoriedade de cumprimento dos tratados, da mesma forma que impõe o cumprimento das leis; o descumprimento do direito internacional não pode ser considerado uma opção juridicamente aceitável.

Embora o Brasil só tenha ratificado a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados em 2009, é inegável a sua aplicação pelo Brasil como norma costumeira⁵⁵⁶ desde a sua conclusão, em 1969. O artigo 27 da CVDT/69 institui uma norma geral internacional a respeito da posição do direito interno no sistema jurídico internacional: o Estado que violou uma estipulação de direito internacional não pode apresentar como justificativa seu

⁵⁵⁶ RODAS, João Grandino. “A Constituição e os Tratados Internacionais” em **Revista dos Tribunais**, São Paulo, out. 1987, ano 76, vol. 624, p. 48.

ordenamento jurídico interno. Trata-se de uma regra consolidada pela prática reiterada dos Estados, considerada por todos como sendo de direito, o que impede que os países envolvidos em litígios internacionais aleguem suas leis internas para contornar o direito internacional⁵⁵⁷. Fora da hipótese do artigo 46 da CVDT/69, qualquer alegação de um Estado parte em um tratado com fundamento em seu direito interno, como a necessidade de uma publicação oficial do tratado, ou a superveniência de norma interna em sentido contrário, em regra, não será aceita pelos demais Estados como justificativa para o descumprimento do tratado internacional.

Na ordem jurídica interna, deve-se observar que a Constituição Federal de 1988 estabelece a obrigatoriedade do cumprimento dos tratados internacionais a partir da interpretação do disposto no artigo 105, III, *a*, que dispõe sobre a competência do Superior Tribunal de Justiça para julgamento de recurso especial quando a decisão do tribunal de segunda instância, estadual ou federal, contrariar tratado ou negar-lhe vigência. Fica assim, claro, que a Constituição impõe aos órgãos do Poder Judiciário a observância dos tratados internacionais em suas decisões, sendo passível de reforma em tribunal superior a decisão de tribunal de segunda instância que deixe de aplicar um tratado, dando ao caso solução diversa da prevista na norma internacional.

Note-se que é o mesmo dispositivo que determina a obrigatoriedade de aplicação das leis federais pelo Poder Judiciário. Assim, fica totalmente sem sustentação o argumento de que a lei interna deve prevalecer sobre a norma internacional em razão de o Poder Judiciário estar obrigado pela Constituição, pois a Carta Política também impõe a observância dos tratados aos órgãos judiciais.

Esta doutrina, de caráter dualista, tem o mérito de não relacionar a norma internacional com a lei interna em termos hierárquicos, considerando-as corretamente como pertencentes a sistemas jurídicos distintos.

Na segunda corrente estão aqueles que posicionam o direito internacional na mesma hierarquia das normas infraconstitucionais na ordem jurídica brasileira. Para estes doutrinadores, o tratado internacional é uma norma integrada ao sistema jurídico interno e situada ao lado das leis. Logo, em caso de antinomia entre as normas destas duas fontes, a questão se resolve pela aplicação das regras *lex posterior derogat priori* e *lex specialis derogat legi generali*. Este posicionamento doutrinário foi o que prevaleceu no julgamento do RE 80.004-SE no Supremo Tribunal Federal, com fundamento em dois dispositivos

⁵⁵⁷ SHAW, Op. Cit., 2010, p. 104.

constitucionais: o artigo 102, III, *b*, que estabelece a competência do STF para julgamento de recurso extraordinário quando a decisão recorrida declarar a inconstitucionalidade de tratado internacional, e o artigo 105, III, *a*, já referido acima sobre a competência do STJ para julgamento de recurso especial quando a decisão recorrida contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência. Destes dois dispositivos, conclui-se que o tratado é considerado na ordem jurídica positiva nacional como uma norma infraconstitucional, já que pode ser declarado inconstitucional em uma decisão judicial em um caso concreto, no controle difuso de constitucionalidade, e que o tratado está no mesmo patamar hierárquico das leis federais, pois o seu descumprimento por uma decisão de tribunal de segundo grau enseja o recurso especial. Acrescenta-se, ainda, a esta argumentação o fato de os tratados internacionais serem, em regra, submetidos à aprovação no Congresso Nacional, conforme previsto no artigo 49, I, da Constituição, seguindo o mesmo procedimento de votação das leis ordinárias.

Com isso, para esta corrente, os tratados internacionais, de um modo geral, quando promulgados por Decreto Presidencial, passam a integrar o rol de fontes do direito interno no mesmo patamar das leis federais. Portanto, um tratado que entra em vigor no Brasil a partir da publicação do Decreto revoga todas as leis que lhe sejam contrárias que estejam em aplicação naquele momento, do mesmo jeito que uma lei posterior irá prevalecer sobre o tratado internacional, resultando, conseqüentemente em sua ineficácia.

Uma parte da doutrina constitucionalista, ao comentar o artigo 105, III, *a*, conclui que a Constituição confiou ao STJ “a missão de assegurar uma aplicação uniforme do direito federal”⁵⁵⁸ e da “uniformização da interpretação da legislação federal infraconstitucional”⁵⁵⁹. Entre os internacionalistas, Francisco Rezek afirma que, não havendo na Constituição previsão de superioridade hierárquica dos tratados internacionais sobre as leis do Congresso, “era inevitável que a Justiça devesse garantir a autoridade da mais recente das normas, porque paritária sua estatura no ordenamento jurídico”⁵⁶⁰.

Um ponto relevante para discutir essa doutrina é questionar qual o efeito da aprovação de uma lei posterior a um tratado sobre sua validade. Pela lógica da aplicação da regra *lex posteriori derogati priori*, a consequência seria a invalidação da norma anterior, no todo ou em parte, na medida em que a norma posterior seja com ela incompatível⁵⁶¹. No entanto, como se sabe, a validade de um tratado não pode ser afetada em razão de um ato

⁵⁵⁸ MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 973.

⁵⁵⁹ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 983.

⁵⁶⁰ REZEK, Op. Cit., 2015, p. 130.

⁵⁶¹ BOBBIO, Op. Cit., 2010, p. 239

normativo interno de um Estado. O tratado é uma norma com regência do direito internacional, como estabelecido no art. 2(1)(a) da CVDT/69, portanto, sua validade é determinada em conformidade com a ordem jurídica internacional. Não há, assim, como aplicar a regra *lex posteriori derogati priori* neste caso, pois a prevalência da lei sobre o tratado não produzirá a coerência esperada, já que o tratado permanecerá em vigor, produzindo todos os seus efeitos na ordem jurídica internacional.

Ademais, é preciso questionar a conclusão de que tratado e lei ordinária encontram-se no mesmo patamar hierárquico pelo fato de que estão no mesmo dispositivo normativo. Não há nenhuma razão para se chegar a esta conclusão com base apenas no *locus* normativo dos dois institutos em um dispositivo constitucional, desconsiderando-se todas as construções teóricas e decorrências práticas que diferenciam a lei dos tratados internacionais. A lei é um ato normativo tipicamente estatal, unilateral, produzido a partir da manifestação dos poderes legislativo e executivo do Estado, conforme o procedimento estabelecido no Constituição, considerada como norma fundamental do sistema jurídico estatal, que distribui e legitima a autoridade legiferante e limita materialmente seu conteúdo. O tratado é um ato necessariamente coletivo, bilateral ou multilateral, que envolve um consenso entre Estados soberanos, considerados como sujeitos de direito internacional. A manifestação do consentimento pelo Estado brasileiro passa pela declaração do Poder Executivo na conclusão e assinatura do texto do tratado e, posteriormente, na aprovação, ou referendo, do Congresso Nacional, para se completar com a ratificação no plano externo pelo Poder Executivo, encerrando o procedimento de celebração.

São tipos normativos completamente diferentes, ditados por autoridades distintas, cujo procedimento de criação decorre de programações de ordens jurídicas diferentes e que fundamentam operações próprias. Logo, a validade de uma lei não está relacionada, de nenhuma maneira, a um tratado internacional, da mesma maneira que um tratado não tem a sua validade estabelecida pela sua conformidade com uma lei. A lei é existente e válida em razão do quanto determinado na Constituição, enquanto a existência e a validade de um tratado são medidas a partir do disposto na ordem jurídica internacional, notadamente, no caso, na CVDT/69.

Considerar estes dois institutos como presentes na mesma ordem jurídica, pelo fato de haver uma promulgação do tratado internacional por um Decreto Presidencial, já é um equívoco, mas colocá-los no mesmo patamar hierárquico é ainda mais grave.

O STF firmou posição no sentido de que a publicação do Decreto Presidencial de promulgação do tratado internacional teria o condão de colocá-lo em vigor na ordem jurídica

nacional, permitindo-lhe a eficácia interna, em razão de sua publicação, pelo disposto no artigo 1º da Lei de Introdução das Normas do Direito Brasileiro, por equiparação às leis. No *leading case* do Tribunal, o Min. Celso de Mello sustentou que a execução do tratado no plano interno estaria condicionada a sua recepção, que dependeria, sucessivamente, da sua aprovação pelo Congresso Nacional; da ratificação pelo depósito do respectivo instrumento no plano externo; da promulgação por decreto da presidência. Este decreto viabilizaria a produção de efeitos essenciais para a vigência do tratado na ordem jurídica doméstica: a publicação oficial do texto e a sua executoriedade no plano do direito positivo interno⁵⁶².

O entendimento da Suprema Corte foi no sentido de que os princípios do efeito direto e da aplicabilidade imediata dos tratados internacionais não se encontram positivados na Constituição. Assim, será necessário concluir a sua transposição para o direito interno para que os direitos e obrigações fundados em tratados possam ser invocados pelos particulares. Ocorre que a vigência de um tratado, como norma do sistema jurídico internacional, é estabelecida em conformidade com a ordem jurídica internacional e, muitas vezes, em suas próprias disposições⁵⁶³. Uma vez em vigência na ordem jurídica internacional, de onde o tratado é próprio, imediatamente surgem, para os Estados, as obrigações dele decorrentes. Assim, se o tratado não estiver produzindo efeitos no plano interno, em razão da falta de publicação do ato interno de publicação do seu texto, o Estado poderá estar praticando um ilícito pelo descumprimento dos deveres contraídos na ordem internacional desde a vigência do tratado no sistema jurídico internacional.

Desta maneira, embora seja importante, e mesmo necessária, a publicação do texto de um tratado ratificado e eficaz na ordem internacional, por meio de um Decreto

⁵⁶² “A recepção dos tratados ou convenções internacionais em geral (...) depende, para efeito de sua ulterior execução no plano interno, de uma sucessão causal e ordenada de atos revestidos de caráter político-jurídico, assim definidos: (a) aprovação, pelo Congresso Nacional, mediante decreto legislativo, de tais convenções; (b) ratificação desses atos internacionais, pelo Chefe de Estado, mediante depósito do respectivo instrumento; (c) promulgação de tais acordos ou tratados, pelo Presidente da República, mediante decreto, em ordem a viabilizar a produção dos seguintes efeitos básicos, essenciais à sua vigência doméstica: (1) publicação oficial do texto do tratado e (2) executoriedade do ato de direito internacional público, que passa, então - e somente então - a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno”. STF, CR 8.279 AgR, Relator(a): Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 17/06/1998, DJ 10-08-2000. A posição já havia sido assumida antes na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.480. Rel. Min. Celso de Mello, j. 04 de setembro de 1997.

⁵⁶³ CVDT/69, artigo 24. Entrada em vigor. 1. Um tratado entra em vigor na forma e na data previstas no tratado ou acordadas pelos Estados negociadores. 2. Na ausência de tal disposição ou acordo, um tratado entra em vigor tão logo o consentimento em obrigar-se pelo tratado seja manifestado por todos os Estados negociadores. 3. Quando o consentimento de um Estado em obrigar-se por um tratado for manifestado após sua entrada em vigor, o tratado entrará em vigor em relação a esse Estado nessa data, a não ser que o tratado disponha de outra forma. 4. Aplicam-se desde o momento da adoção do texto de um tratado as disposições relativas à autenticação de seu texto, à manifestação do consentimento dos Estados em obrigarem-se pelo tratado, à maneira ou à data de sua entrada em vigor, às reservas, às funções de depositário e aos outros assuntos que surjam necessariamente antes da entrada em vigor do tratado.

Presidencial, para dar-lhe força executória no âmbito interno, não é este ato que o coloca em vigor, nem tem ele o efeito de tornar o tratado uma fonte normativa de direito interno. A entrada em vigor do tratado na ordem internacional é que determina o início de sua eficácia e, desde então, o Estado, tanto o poder executivo, como o legislativo e o judiciário, já está obrigado ao seu cumprimento, independentemente de promulgação por Decreto. Caso qualquer das funções estatais deixe de cumprir o tratado por falta de publicação, o ato se configurará como um ilícito internacional, ainda que internamente o ato seja considerado lícito em face do sistema jurídico interno.

O tratado, mesmo com a previsão constitucional de seu processo de celebração (artigos 84, VIII, e 49, I) e da possibilidade de declaração de inconstitucionalidade, não pode ser considerado como uma norma da ordem jurídica interna. O tratado é concebido e regido de acordo com a ordem jurídica internacional, é uma norma integrada à ordem jurídica internacional e sua eficácia se produz em conformidade com este sistema. A eficácia interna do tratado é percebida nas relações internacionais como uma conduta estatal no cumprimento das obrigações assumidas internacionalmente. O meio pelo qual o Estado garante a eficácia da norma internacional não é relevante para a ordem internacional.

O fato de o poder judiciário poder/dever observar o tratado como norma jurídica e conferir-lhe eficácia nos casos concretos não é suficiente para se chegar à conclusão de que um tratado possa ser considerado como uma norma jurídica da programação da ordem jurídica interna. O tratado é uma norma jurídica que emana da soberania estatal e, portanto, deve refletir seus efeitos na jurisdição interna na condição de norma da programação do sistema do direito. Se a eficácia do tratado depende de uma manifestação do poder judiciário, a sua aplicação em um caso concreto nada mais é que a concretização das expectativas de comportamento criadas pelo Estado em sua participação como sujeito da sociedade internacional. Acrescente-se que a eficácia de um tratado internacional nem sempre depende de uma manifestação do poder judiciário, sendo também possível que seu cumprimento decorra de ato dos poderes executivo e legislativo, ou de um conjunto complexo de atos de todos estes poderes articulados.

O fato de o tratado ser aprovado pelo quórum de lei ordinária pelo Congresso Nacional não tem o condão de transformá-lo em uma norma interna. Trata-se do *treaty-making power*, expressão que designa os pressupostos constitucionais do consentimento do Estado em se obrigar por um tratado internacional. O caráter internacional da norma não é desvirtuado pelo fato de que houve, para a formação do consentimento do Estado, um assentimento do poder legislativo. Essa manifestação do Estado é apenas um dos elementos

necessários para a consecução de um tratado internacional, que se perfaz pelo consenso dos diversos Estados envolvidos.

Mesmo admitindo, apenas como parte da fundamentação, que o tratado seja considerado como uma norma da ordem jurídica interna, não se poderia concluir que seja uma norma no mesmo patamar hierárquico das leis federais. O fato de uma decisão de tribunal de segunda instância, que contraria ou nega vigência a um tratado, como no caso da lei ordinária, estar sujeita a recurso especial perante o Superior Tribunal de Justiça não é razão suficiente para se chegar à aquela conclusão. Por se tratar de um recurso especial, pode-se concluir que a norma que emana de um tratado não é considerada uma norma constitucional, caso contrário, tal situação estaria sujeita a um recurso extraordinário. Mas não quer dizer que esteja, por isso, no mesmo patamar hierárquico das leis ordinárias. Não há margem de interpretação para se chegar a essa conclusão. Tampouco é suficiente, para considerar um tratado no mesmo patamar hierárquico das leis, o fato de ter sido aprovado no Congresso Nacional pelo mesmo quórum estabelecido para as leis ordinárias federais. Trata-se apenas de um elemento formador da vontade do Estado, mas o procedimento de aprovação de um tratado em nada se confunde com o processo legislativo das leis ordinárias.

Com efeito, existem diferenças substanciais entre os procedimentos: no caso da aprovação dos tratados não há possibilidade de iniciativa do legislativo ou popular, não há possibilidade de emendas, já que o texto é definitivo, uma vez que aprovado no plano externo pelos Estados negociadores, nem há sanção presidencial. A aprovação se consuma com a edição de um decreto legislativo publicado pela Presidência do Congresso Nacional. Este decreto legislativo de aprovação do tratado confere ao Presidente da República a legitimidade constitucional para ratificar o tratado e concluir o processo de celebração. O entendimento prevalente é que o Presidente da República pode decidir se irá promover a ratificação ou não, conforme ditames de conveniência e oportunidade⁵⁶⁴. Optando o Chefe de Estado por não ratificar o tratado, não poderá o Congresso Nacional suprir a vontade presidencial, como acontece na hipótese de derrubada do veto no processo legislativo.

Fica claro, portanto, que o quórum de aprovação dos tratados no Congresso Nacional não pode ser utilizado como parâmetro de equiparação hierárquica entre as leis e o tratado internacional. Considerando-se a natureza das fontes e o sentido de obrigatoriedade da

⁵⁶⁴ Neste sentido REZEK, Op. Cit., 2015, p. 76-77; ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA, Geraldo Eulálio; e CASELLA, Paulo Borba. **Manual de Direito Internacional Público**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 182, MAZZUOLI, Valério. **Curso de Direito Internacional Público**. 8. ed. São Paulo: RT, 2014, p. 375; AMARAL JR., Alberto do. **Curso de Direito Internacional Público**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 58, dentre outros. Em sentido contrário, VARELLA, **Direito Internacional Público**. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 68;

norma internacional perante outros sujeitos de direito no plano externo, mais razoável seria adotar uma posição capaz de harmonizar a ordem jurídica interna com a internacional, de maneira a adaptar as normas domésticas aos ditames da programação do direito internacional, que geram compromissos para o Estado perante a sociedade internacional.

Esta é a terceira corrente doutrinária, que admite que os tratados internacionais são normas do sistema jurídico interno, estando sob a supremacia constitucional, mas em posição superior à das leis internas. É a posição adotada pela maior parte da doutrina internacionalista, puxada pelos clássicos Hildebrando Accioly⁵⁶⁵ e Vicente Marotta Rangel⁵⁶⁶, sintetizada por Paulo Borba Casella, na atualização da obra de Accioly, ao afirmar que, após a ratificação, pelo Brasil, da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados em 2009, os manuais de direito internacional precisam ser reescritos e a jurisprudência deve ser repensada no capítulo sobre “as relações entre o direito internacional e o direito interno, ao cumprimento dos tratados, no âmbito do direito interno, e ao conjunto das questões de cooperação internacional”⁵⁶⁷. Neste sentido, admite que “no direito pátrio vigente, o direito internacional passa a ser parte integrante do sistema jurídico”⁵⁶⁸.

Celso D. Albuquerque de Mello também está entre os que concordam com a primazia do direito internacional, considerando a unicidade do sistema do direito e o Estado como um sujeito tanto do direito interno como do direito internacional, uma vez que a violação de uma obrigação internacional pela aplicação do direito interno significa que o Estado aceita a responsabilidade que as operações da programação internacional lhe vão imputar⁵⁶⁹. Neste sentido, o sistema do direito é um só, mas ele pode ser composto por diversas ordens jurídicas, entre elas, a interna dos Estados e a internacional⁵⁷⁰. O Estado pode estar submetido a dois comandos colidentes, porém, no momento da tomada de decisão no centro de uma ordem jurídica, o sistema precisa ser considerado como uma unidade⁵⁷¹ e há de prevalecer um deles para resolver o paradoxo do caso concreto. Essa corrente doutrinária

⁵⁶⁵ ACCIOLY, Hildebrando. **Tratado de Direito Internacional Público**. Vol. 1, 2. ed. Rio de Janeiro: Gráfica IBGE, 1956, p. 44.

⁵⁶⁶ RANGEL, Vicente Marotta. “Os Conflitos entre o Direito Interno e os Tratados Internacionais”, em **Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional**. Rio de Janeiro, n. 44-45, 1967, p. 50.

⁵⁶⁷ ACCIOLY et al., Op. Cit., 2019, p. 240. Mazzuoli afirma que os tratados internacionais *comuns* ratificados pelo Estado brasileiro é que se situam em um nível hierárquico *intermediário*, estando abaixo da Constituição, mas acima da legislação infraconstitucional, não podendo ser revogados por lei posterior (posto que não se encontram em situação de paridade normativa com as demais leis nacionais)” (MAZZUOLI, Op. Cit., 2014, p. 405-406).

⁵⁶⁸ Idem, p. 235.

⁵⁶⁹ MELLO, Celso D. Albuquerque de. **Curso de Direito Internacional Público** 15. ed. Vol. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 135.

⁵⁷⁰ RAMOS, André de Carvalho. **Pluralidade das Ordens Jurídicas: a relação do direito brasileiro com o direito internacional**. Curitiba: Juruá, 2012.

⁵⁷¹ VILANOVA, Op. Cit., 2010, 112.

entende que seria prevalente a ordem jurídica internacional sobre a ordem jurídica interna, garantindo, assim, a coerência do Direito.

Os principais argumentos trazidos por aqueles que defendem esta doutrina é a obrigatoriedade do direito internacional, seja por argumentos positivistas, como o trazido por Casella, calcado na ratificação, pelo Brasil, da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, seja por argumentos de ordem política, como assume Celso de Mello ao afirmar que “é preciso que o Poder Judiciário brasileiro se ‘submeta’ aos reais interesses da política externa brasileira”⁵⁷². Mirtô Fraga sustenta que “a supremacia do Direito Internacional deve ser, em realidade, o único meio possível de acordo com o sistema jurídico brasileiro, de solucionar o conflito entre duas normas”⁵⁷³.

Silvia Maria da Silveira Loureiro afirma que a interpretação dada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca da aplicação do artigo 5º, §2º, da Constituição pode ser considerada uma mutação inconstitucional, pois se encontra em desacordo com a proposta do constituinte originário, que seria criar um modelo aberto de integração entre o Direito Constitucional e as normas internacionais sobre direitos humanos, conferindo a estas um *status* materialmente constitucional. Esta situação só se modificou a partir da edição da Emenda Constitucional n. 45/2004 e no julgamento do RE 466.343-SP, em conjunto com outros, já relatados acima⁵⁷⁴.

O problema desta doutrina é que, ao considerar hierarquicamente a relação entre o direito internacional e o direito interno, como se fossem parte de uma mesma ordem jurídica, em caso de conflito, a prevalência de uma das normas por considerá-la superior à outra necessariamente implicará a exclusão desta última do sistema, por invalidação.

O julgamento do RE 466.343-SP, em 2009, pelo STF acabou por modificar o entendimento jurisprudencial fixado antes no RE 80.004-SE, de 1977, impactando também na doutrina. A Suprema Corte nacional criou um entendimento novo, que pode ser resumido da seguinte maneira: os tratados internacionais são normas que integram o direito interno após a sua promulgação pela publicação do Decreto Presidencial e, em regra, estão na mesma posição hierárquica das leis federais, resolvendo-se a antinomia entre suas normas pelas regras *lex posteriori derogat priori* e *lex specialis derogati lege generalis*; os tratados sobre direitos humanos têm uma posição hierárquica superior por força do artigo 5º, §2º, da

⁵⁷² MELLO, C. D. A. Op. Cit., p. 130.

⁵⁷³ FRAGA, Mirtô. **O Conflito entre Tratado Internacional e Norma de Direito Interno: estudo analítico da situação do tratado na ordem jurídica brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 90.

⁵⁷⁴ LOUREIRO, Silvia Maria da Silveira. **Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos na Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 179.

Constituição, sendo supralegais, mas infraconstitucionais, aqueles aprovados antes da EC nº 45/2004, pelo quórum de lei ordinária; e adquirem *status* de emenda constitucional os tratados sobre direitos humanos aprovados conforme o procedimento previsto no artigo 5º, §3º, inserido pela EC nº 45/2004.

Assim, em relação à aplicação dos tratados no direito brasileiro temos as seguintes situações: 1) um tratado internacional promulgado no Brasil revoga todas as leis federais que lhe sejam anteriores, salvo quando a norma legal for mais específica, mas, em caso de edição de nova lei que seja contrária às disposições do tratado, as normas destes serão revogadas, exceto quando forem mais específicas; 2) se o tratado em questão for sobre direitos humanos, aprovado pelo Congresso Nacional antes da EC nº 45/2004, gozará de *status* supralegal no âmbito das fontes e suas normas prevalecerão sobre as leis anteriores e as que sobrevierem; 3) os tratados sobre direitos humanos, aprovados pelo quórum estabelecido no artigo 5º, §3º, da Constituição, por possuírem *status* equivalente de emenda constitucional, invalidam todas as leis que lhe sejam contrárias, anteriores ou posteriores, por inconstitucionais, submetendo-se, apenas, ao exame de constitucionalidade em relação às cláusulas pétreas – que não podem ser abolidas, conforme previsto no artigo 60, §4º –, da mesma maneira que as emendas constitucionais.

A solução trazida pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ao longo dos anos e a doutrina que se baseia em sua manifestação não têm sido capazes de dar respostas satisfatórias a questões que seguem surgindo nas relações entre o direito internacional e sua aplicação no Brasil. A primeira destas questões diz respeito à situação das normas internas que contrariarem os tratados internacionais sobre direitos humanos considerados como normas supralegais: são válidas e ineficazes ou inválidas? O que acontece se houver denúncia do tratado pelo Brasil? Qual o sentido da supralegalidade? A segunda questão é a própria definição do que seja um “tratado sobre direitos humanos” para fins de aplicação do artigo 5º, § 3º, da Constituição: todo tratado que prevê direitos subjetivos pode ser considerado tratado sobre direitos humanos? Quais os critérios para se identificar um tratado sobre direitos humanos? No plano internacional, fica sem solução a questão das consequências da não aplicação dos tratados internacionais em razão de sua declaração de inconstitucionalidade e da sua invalidação pela aplicação da regra *lex posteriori derogat priori*: a ineficácia no âmbito interno do tratado significa que o Estado admite violar o direito internacional sempre que ele incidir sobre os fatos? A revogação tem efeitos imediatos, ou depende da denúncia formal e da passagem do prazo de doze meses para produzir seus efeitos no plano internacional? Por fim, permanece não solucionada a questão relativa à eficácia, na jurisdição brasileira, das

normas internacionais emanadas de outras fontes distintas dos tratados internacionais, como os costumes, os atos unilaterais e os princípios.

Algumas doutrinas contemporâneas procuram fazer análises mais satisfatórias sobre a relação entre o direito internos dos Estados e o direito internacional. Elas não tentam responder a essas perguntas deixadas pela jurisprudência do Supremo, que são frutos de uma construção discursiva muito particular, limitada e insuficiente para lidar com a realidade. As questões que elas se propõem a responder são tentativas de enfrentar, de outra perspectiva, a complexidade do sistema do direito na sociedade mundial.

4.5 DOCTRINAS CONTEMPORÂNEAS DA RELAÇÃO ENTRE A ORDEM JURÍDICA INTERNA E O DIREITO INTERNACIONAL

A arquitetura do sistema do direito resultante da complexidade crescente decorrente da pluralidade de ordens jurídicas no contexto de uma sociedade mundial deve adotar uma formatação heterárquica, que seja capaz de lidar com as demandas dos sistemas sociais parciais. O acoplamento operativo permite que o sistema jurídico tolere um sistema político que tende para o Estado centralizador e que tenta constantemente escapar das limitações impostas pelo direito internacional. Da mesma maneira, o sistema político responde a um sistema jurídico que realiza continuamente processos próprios, blindados da interferência política sempre que as questões binárias “direito/não direito” ou “lícito/ilícito” se apresentem⁵⁷⁵. Os sistemas funcionam operativamente fechados, pois não estabelecem determinações recíprocas, mas são sensíveis às perturbações do ambiente e são obrigados a reagir por meio das respectivas linguagens sistêmicas.

A racionalidade transversal funciona como complemento do acoplamento operativo entre sistemas funcionais da sociedade moderna, servindo, também, para integrar comunicativamente as diversas ordens normativas do ambiente interno do sistema do direito⁵⁷⁶. Cada ordem jurídica, funcionando como um sistema, é capaz de criar seus mecanismos de aprendizado e influência ao entrar em conexão com outras. A integridade e a coesão da sociedade moderna dependem da construção normativa resultante da integração das ordens jurídicas parciais, que estão inseridas em diversificados processos legitimadores da sociedade. Enquanto as constituições dos Estados estão profundamente articuladas com

⁵⁷⁵ LUHMANN, Op. Cit., 1996, p. 24-25.

⁵⁷⁶ NEVES, Op. Cit., 2009, p. XXIII-XXIV.

demandas e motivações sociais⁵⁷⁷, o direito internacional oferece suporte normativo à organização da sociedade na forma de Estados e responde às demandas dos sistemas sociais parciais que funcionam mundializados. Isto inclui uma série de mecanismos jurídicos que instrumentalizam os processos e as operações dos sistemas sociais, como os diversos modelos de *soft law* produzidos pelas organizações internacionais em suas atividades⁵⁷⁸.

Neste sentido, qualquer ordem jurídica é o reflexo contextual de um momento, resultado do compartilhamento entre Estado e sociedade⁵⁷⁹. A ordem jurídica interna de um Estado, fundamentada na sua Constituição, está sujeita às transformações sociais e de ambiente social⁵⁸⁰, ou seja, tanto no que se refere às mudanças que ocorrem na sociedade humana que se sujeita a suas normas, quanto àquelas que ocorrem na comunidade internacional onde está inserido o Estado como sujeito de direito⁵⁸¹. O Estado contemporâneo deve manter-se aberto às mudanças de ambiente social, inclusive no que se refere às suas próprias finalidades⁵⁸².

A ideia de positivação do direito expressa a autodeterminação operativa do direito, o que significa que o direito só pode ser criado pelo próprio direito. Com isso, a validade de uma norma não se funda em um ato de arbítrio político, mas na observação do próprio direito, cumprindo a regra de hierarquia de cada ordem jurídica este papel de garantir a circularidade e o fechamento operativo do sistema. A independência e a autodeterminação do sistema manifestam-se na positivação do direito. Considerado como um sistema que se encontra imune às arbitrariedades, toda imutabilidade, inviolabilidade, superioridade, diferença etc. deve ser construída no interior do próprio sistema jurídico.

O contexto de diferenciação funcional que resulte em inclusão social é imprescindível para uma ordem jurídica como mecanismo de autonomia recíproca entre direito e política. Os direitos fundamentais estabelecidos em uma Constituição são respostas do sistema jurídico a esses processos sociais de diferenciação, já que resultam da diferenciação funcional das diversas esferas sociais refletidas no sistema jurídico e só podem existir com uma distinção, clara e radical, entre sociedade e indivíduo. Da mesma forma, a

⁵⁷⁷ THORNHILL, Chris. "The Sociology of Constitutions" em **Annual Review of Law and Social Science**. n. 13, 2017, pp. 493-513, 2017, p. 495.

⁵⁷⁸ Cf. TEUBNER, Op. Cit., 2016b; MENEZES, Op. Cit., 2007.

⁵⁷⁹ FERNANDES, Op. Cit., p. 36.

⁵⁸⁰ Tushnet aponta que o direito constitucional no pós-guerra adotou um novo paradigma que decorre dos compromissos nacionais com a proteção dos direitos humanos e com a manutenção de princípios do Estado de Direito, como a regularidade procedimental, a transparência e a segurança jurídica (TUSHNET, Mark. **The Inevitable Globalization of Constitutional Law**, Public Law & Legal Theory Working Papers n. 09-06, p. 1-2, disponível na Internet em <http://ssrn.com/abstract=1317766>, acessado em 12.06.2017).

⁵⁸¹ MENEZES, Op. Cit., 2005, p. 43.

⁵⁸² THORNHILL, Op. Cit., 2014, p. 373.

democracia, como apoio generalizado que possibilita o fechamento operativo do sistema político, só pode ser construída a partir da autonomia da política em relação aos valores particulares de grupos familiares, étnicos e religiosos e aos interesses econômicos concretos⁵⁸³. No plano internacional, o reconhecimento dos direitos humanos aparece na forma de códigos de segurança contra as tendências arbitrárias dos Estados com o objetivo de salvaguardar os interesses individuais. Já a proibição do uso da força e a obrigação de busca de soluções pacíficas para os conflitos garante o fechamento operativo da ordem jurídica internacional, diferenciando-se da política orientada pelo código poder/não poder.

A doutrina contemporânea apresenta diferentes formas de observar a relação do fenômeno constitucional das ordens estatais com a ordem jurídica internacional no contexto da sociedade mundial. Elas decorrem da compreensão tardia dos efeitos da descentralização da sociedade sobre o sistema jurídico estatal. Embora os fenômenos que caracterizam a sociedade mundial e suas implicações sobre o Estado e sobre o sistema jurídico estatal sejam observados por uma parte da doutrina, isso nem sempre reflete nos processos, nas operações e nas programações das ordens jurídicas internas. Gomes Canotilho, por exemplo, revisou radicalmente o papel das constituições dos Estados, passando a observá-las de uma perspectiva integrada na dinâmica mundial⁵⁸⁴. Também a percepção da existência de uma pluralidade de ordens jurídicas coexistindo na sociedade, entrando eventualmente em contradição, obriga a repensar a relação entre elas e com os diversos centros de decisão que são criados pela programação de cada uma dessas ordens jurídicas. Soma-se, ainda, o conceito de racionalidade transversal, que permite uma observação da transnormatividade existente na sociedade mundial⁵⁸⁵ e que complementa o acoplamento operativo entre política e direito⁵⁸⁶.

A interconstitucionalidade descreve as relações interconstitucionais de concorrência, convergência, justaposição e conflito de várias ordens jurídicas no mesmo espaço político. Canotilho afirma que constituições estatais “desceram do ‘castelo’ para a ‘rede’, mas não perderam as funções identificadoras pelo facto de, agora, estarem em ligação uma com as outras”. A rede é formada pelas normas constitucionais nacionais e normas internacionais⁵⁸⁷ e abre o sistema normativo nacional em relação a princípios estruturantes de estabilidade (soberania, independência, hierarquia das normas e competência das

⁵⁸³ NEVES, Op. Cit., 2009, p. 56.

⁵⁸⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **“Brançosos” e a Interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2017.

⁵⁸⁵ MENEZES, Op. Cit., 2005.

⁵⁸⁶ NEVES, Op. Cit., 2009.

⁵⁸⁷ Entre as normas internacionais, estão aquelas que Canotilho chama “normas constitucionais europeias”, que são os tratados constitutivos da União Europeia. (CANOTILHO, Op. Cit., 2017, p. 270).

competências), mas não chega a dissolver as “linhas de marca das formatações constitutivas” dos Estados⁵⁸⁸. A existência da rede é garantida no momento em que os textos constitucionais positivam tanto uma auto-referência da ordem jurídica nacional, quanto os valores do sistema internacional, o que forma a rede interorganizativa⁵⁸⁹. Opera-se, assim, um estreitamento das fronteiras entre o direito constitucional e o direito internacional, tornando-se possível tratar, conjuntamente, do direito constitucional internacional e do direito internacional constitucional⁵⁹⁰, por meio das pontes de transição criadas no direito positivo da ordem jurídica interna. Com isso, decisões dos Estados nacionais produzem cada vez mais efeitos internacionais, em razão da crescente interdependência da comunidade internacional⁵⁹¹.

Canotilho ainda observa que subsistemas sociais internacionais, como a Internet, os sistemas de saúde, esporte, educação, cultura e tecnologia, adotam esquemas normativos semelhantes às ordens jurídicas estatais, que irão se relacionar com o subsistema jurídico de matriz estatal formado pela rede composta pelo direito nacional dos Estados e o direito internacional. Os regimes normativos dos subsistemas sociais funcionais, ainda que se pretendam autônomos, ao estabelecer dentro deles uma hierarquia normativa, procedimentos para criação de normas, meios de solução de conflitos, distribuição de competências e outras características constitucionais, são declaradamente limitados a determinados campos da realidade social⁵⁹², faltando-lhes, essencialmente, o fator político. A existência de regimes normativos privados dos subsistemas sociais se traduz na perda de poder dos Estados, entre os quais aqueles que têm seu poder legitimado por processos democráticos. Para Habermas, o déficit democrático mais grave é a falta de controle e responsabilidade.⁵⁹³⁻⁵⁹⁴

Teubner, entretanto, sustenta que a constitucionalização transnacional é um dado da realidade que deve ser observado como um fenômeno característico da complexidade da sociedade mundial. Organizações e regimes transnacionais se auto-estabeleceram enquanto

⁵⁸⁸ CANOTILHO, Op. Cit., 2017, p. 269.

⁵⁸⁹ ROCHA, Leonel Severo; TONET, Fernando. “A interconstitucionalidade como produção jurídica descentralizada dentro das novas observações estatais” em **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 115, pp. 473-496, jul./dez. 2017.

⁵⁹⁰ CANOTILHO, Op. Cit., 2017, p. 285.

⁵⁹¹ HÄBERLE, Peter. “La Constitución ‘en el Contexto’” em **Anuário Interamericano de Justicia Constitucional**, n. 7, 2003, pp. 223-245.

⁵⁹² CANOTILHO, Op. Cit., 2017, p. 269-296.

⁵⁹³ HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional: ensaios políticos**. São Paulo: Littera Mundi, 2002; HABERMAS, Jürgen. “The Constitutionalization of International Law and the Legitimation Problems of a Constitution for World Society” em **Constellations**, vol. 15, n. 4, 2008, p. 444-455.

⁵⁹⁴ Não se pode desconsiderar a necessidade de observância das regras políticas do espaço público, já que, muitas vezes, as constituições civis dos sistemas sociais parciais pretendem regular matérias com alto grau de politização, como no caso da saúde (produção de medicamentos, patentes farmacêuticas e contenção de epidemias em países pobres e de populações pobres) e da educação (faculdades privadas, modelos profissionais e acesso à educação).

instituições jurídico-políticas e desenvolveram estruturas normativas próprias⁵⁹⁵, como é o caso da Organização Mundial do Comércio, os regimes híbridos transnacionais e a *lex mercatoria*. Estas ordens normativas evoluem para fora da política internacional, em setores privados da sociedade global. A autoconstitucionalização de instituições sociais, independente dos Estados⁵⁹⁶, pode ser explicada teoricamente pelo fato de que a diferenciação funcional da sociedade não pode ser atribuída a uma decisão política básica⁵⁹⁷, pois os sistemas funcionais constituem a si mesmos, determinando sua identidade própria através da complexa semântica de autoexplicação, reflexão e autonomia. Na medida em que utilizam o código binário do direito (lícito/ilícito), passam a integrar o sistema do direito e a interagir com as demais ordens jurídicas do sistema⁵⁹⁸.

Neste cenário, o Estado perde a centralidade na produção do direito na sociedade⁵⁹⁹ e, muitas vezes, se sujeita às ordens jurídicas que são estabelecidas por particulares. No plano interno, o Estado observa como direito as regras estabelecidas pelos pais para seus filhos, as regras internas de conduta de uma organização, como uma empresa⁶⁰⁰, os regulamentos de atividades de uma associação⁶⁰¹, e ele próprio se vincula, enquanto sujeito, às normas de padrão de qualidade de entidades certificadoras⁶⁰² e aos acordos com entidades não estatais⁶⁰³, por exemplo. No plano externo, no âmbito do direito

⁵⁹⁵ Neste sentido, acerca da transformação do direito no século XX, José Eduardo Faria afirma que “enquanto a concepção de sistema jurídico forjada pelo Estado liberal faz da completude, da coerência formal e da logicidade interna os corolários básicos da ordem jurídico-positiva, esse emergente sistema normativo sob a forma de ‘rede’ se destaca pela multiplicidade de suas fontes e, principalmente, pela provisoriedade de suas estruturas normativas, que são quase sempre parciais, mutáveis e contingenciais” (FARIA, Op. Cit., 2010, p. 8).

⁵⁹⁶ A tentativa de trazer a dimensão constitucional destes sistemas para dentro da Constituição dos Estados termina por configurar uma colonização pelo direito de operações de outros sistemas (CARNEIRO, Op. Cit., 2018, p. 65).

⁵⁹⁷ TEUBNER, Gunther. “Constitucionalismo social: nove variações sobre o tema proposto por David Sculli” em FORTES, Pedro; CAMPOS, Ricardo; BARBOSA, Samuel (coord.). **Teorias Contemporâneas do Direito: o direito e as incertezas normativas**. Curitiba: Juruá, 2016a, p. 135.

⁵⁹⁸ Para Thornhill, as normas constitucionais que se referem a um constitucionalismo global são resultado da reação sociológica a pressões funcionais específicas da sociedade por inclusão legislativa, impactando no sistema político e jurídico, como produção social do poder (THORNHILL, Op. Cit., 2014, p. 372).

⁵⁹⁹ LADEUR, Op. Cit., 1999, p. 16.

⁶⁰⁰ No curso da Ação Penal n. 470, o ministro Celso de Mello explicou que a figura da *compliance* “tem por objetivo possibilitar a implementação de rotinas e condutas, ajustadas às diretrizes normativas fundadas nas leis, atos e resoluções emanados do Banco Central, bem assim normas apoiadas nas deliberações emanadas da própria instituição financeira – há um controle externo, mas também há um controle interno – em ordem a viabilizar de modo integrado as boas práticas de governança corporativa e de gestão de riscos” (STF. AP 470, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 17.12.2012).

⁶⁰¹ STF. RE n. 881.864, Rel. Min. Marco Aurélio. 1ª Turma. J. 18/04/2017, DJe 10/10/2017.

⁶⁰² TCU. Ac. 539/2015, Rel. Min. Augusto Sherman, j. 18.03.2015. Enunciado: “É admitida a utilização de certificação ISO 9001 como critério de pontuação de proposta, desde que vinculado tão-somente à apresentação de certificado válido, com atribuição de pontos ao documento em si, de forma global pelos serviços prestados, sendo vedada a pontuação de atividades específicas”.

⁶⁰³ Como no caso da adoção pelo Brasil da Lei n. 12.663/2012, que dispõe, entre outras coisas, sobre as medidas relativas à Copa das Confederações FIFA 2013 e à Copa do Mundo FIFA 2014 (Lei Geral da Copa).

internacional, o centro da ordem jurídica interna dos Estados reconhece como direito as normas internas de organizações internacionais, como a ONU⁶⁰⁴, e, também, as normas de direito desportivo, como as normas disciplinares relativas a doping⁶⁰⁵ ou as regras das entidades desportivas sobre transferências de atletas para o exterior.

A observação do pluralismo interno do sistema do direito implica reconhecer que as diferentes ordens jurídicas possuem suas próprias “fábricas” de normas, que causam uma mudança profunda no sistema político e na produção e distribuição de poder na sociedade. Embora as constituições dos Estados sejam o principal modelo histórico de fundação de uma ordem jurídica, influenciando na formação de outras estruturas normativas de matriz estatal, como o direito internacional, e não estatais, é preciso observar que os padrões formatados nestas ordens também interferem na constituição dos Estados⁶⁰⁶.

Com efeito, o Estado contemporâneo possui muitas características que advêm de padrões concebidos na estrutura de diversos sistemas da sociedade mundial e propagados por meio de uma comunicação cultural global. Padrões altamente racionalizados, articulados e consensuais, como igualdade, cidadania, consumo e desenvolvimento, definem e legitimam agendas de ação dos Estados, formatando estruturas e políticas em praticamente todos os campos da vida social – como negócios, educação, saúde, ciência, esportes, família e religião. Neste contexto, as fronteiras estatais não funcionam como fronteiras de sentido entre esferas sociais, econômicas e culturais⁶⁰⁷. Os padrões mundializados ajudam a compreender a grande semelhança estrutural e procedimental existente entre sociedades com grandes diferenças culturais e de recursos disponíveis⁶⁰⁸.

⁶⁰⁴ O Plenário do Supremo Tribunal Federal deu provimento a dois recursos extraordinários (REs 578543 e 597368) para reconhecer a imunidade de jurisdição e de execução da Organização das Nações Unidas e do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (ONU/PNUD) com relação a demandas decorrentes de relações de trabalho. Um dos aspectos destacados pelos ministros que seguiram o voto da relatora foi o de que o vínculo jurídico entre esses empregados e o PNUD é diferente do das relações trabalhistas no Brasil. “A remuneração é acima da média nacional e os contratados não pagam contribuição previdenciária nem descontam Imposto de Renda, por exemplo”, observou o ministro Joaquim Barbosa. Para o ministro Ricardo Lewandowski, quem contrata com a ONU sabe, “de antemão”, que vai ter de submeter um eventual dissídio a um organismo internacional, e não à legislação brasileira. “Quando se celebra o contrato, o trabalhador sai da esfera da jurisdição nacional e se coloca na jurisdição própria estabelecida nos tratados”, assinalou. A solução de conflitos, segundo o ministro Luiz Fux, está prevista nos próprios tratados, e passa por sistemas extrajudiciais, como a arbitragem. (Notícias STF, em 15 de maio de 2013, disponível na Internet em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=238600>, acesso em 26 de dezembro de 2019). Cf. CRETELLA NETO, Op. Cit., 2013.

⁶⁰⁵ Em outubro de 2018, o Tribunal Federal Suíço manteve a pena de suspensão do atleta peruano Paolo Guerrero decidida pela agência mundial anti-doping (*World Anti-Doping Agency – WADA*) e confirmada pela Corte de Arbitragem Desportiva (*Court of Arbitration for Sport – CAS*), no caso n. 4A_318/2018.

⁶⁰⁶ TEUBNER, Op. Cit., 2016a, p. 135.

⁶⁰⁷ TEUBNER, Op. Cit., 2016b, p. 94.

⁶⁰⁸ MEYER, John W.; BOLI, John; THOMAS, George M.; RAMIREZ, Francisco O. “World Society and the Nation State” em *American Journal of Sociology*, Vol. 103, n. 01, (July 1997), pp. 144-181, p. 145.

O conjunto normativo da ordem jurídica internacional, envolvendo suas fontes cogentes, mas também o *soft law*, se insere neste contexto de alta complexidade do sistema do direito na sociedade mundial, projetando-se, juntamente com todo o conjunto de normas dos sistemas sociais funcionalmente diferenciados, sobre a manifestação dos centros de tomada de decisão das ordens jurídicas territorializada dos Estados. O recurso aos mecanismos normativos como o *soft law* torna o direito menos dependente de mecanismos de coerção, desenvolvendo pautas de comportamento com o objetivo de orientar a conduta dos particulares de maneira mais flexível⁶⁰⁹. Com isso, além da função do direito de prescrever ou de ordenar a conduta, ele passa, também, a facilitar operações de outros sistemas sociais⁶¹⁰.

Não se pode, contudo, interpretar a realidade social da globalização conferindo ao direito um papel subordinado a outros sistemas sociais. Atienza aponta que se corre um risco teórico e um risco prático ao subestimar o papel do direito. O primeiro é de tentar compreender a sociedade globalizada desconsiderando os elementos jurídicos que a integram; o segundo se refere à necessidade de proteção dos valores fundamentais da vida social que são resguardados pelo direito⁶¹¹⁻⁶¹². Como a globalização é uma realidade incontornável, tendente à intensificação, o desafio é encontrar maneiras de gozar das vantagens que ela proporciona, sem elevar o risco de retrocesso em relação aos direitos subjetivos estabelecidos nas ordens jurídicas internas dos Estados, o que reforça o papel do direito internacional dos direitos humanos, por exemplo, como padrão de evolução civilizatória de referência para todos os centros de decisão do sistema do direito.

⁶⁰⁹ MENEZES, Op. Cit., 2005.

⁶¹⁰ ATIENZA, ATIENZA, Manuel. “Constitucionalismo, Globalización y Derecho”, em Federación de Cajas de Ahorros Vasco-Navarras (ed.). **La globalización en el siglo XXI: retos y dilemas**, Vitoria-Gasteiz: Federación de Cajas de Ahorros Vasco-Navarras, 2008, p. 222. Esta mesma crítica ao constitucionalismo global é lançada por Luigi Ferrajoli que, apesar das conhecidas divergências teóricas com Atienza (ver, ATIENZA, Manuel. “Dos versiones del constitucionalismo” em **Doxa**, n. 34, 2011, pp. 73-88), comunga com ele desta preocupação, afirmando que a relação entre esfera pública e esfera privada, entre Estado e mercado, entre política e economia, inverteu-se, pois “la política ya no gobierna a la economía sino al revés. Los Estados ya no pueden garantizar la concurrencia entre las empresas, sino que, por el contrario, son las empresas multinacionales las que ponen en competencia a los Estados, pretendiendo menos impuestos, menos garantías para los derechos de los trabajadores, menos gastos sociales, menos límites y vínculos a sus intereses, como condiciones para sus inversiones” (FERRAJOLI, Luigi. “¿Democracia sin Estado?”, publicado em 2011 na Internet em <http://www.rebellion.org/noticia.php?id=121400>, acesso em 19.11.2017).

⁶¹¹ ATIENZA, Op. Cit., 2008, p. 226. Teubner defende que a legitimação do direito global terá um fator político diferenciado do modelo estadocêntrico, mas relacionado com um acoplamento estrutural do direito com discursos altamente especializados (TEUBNER, Gunther (ed.). **Global Law Without a State**. Brookfield : Dartmouth, 1997, pp. 3-28).

⁶¹² JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. “Crisis del Estado y estado constitucional” em **Revista Secuencia**, n. 57, 2008, pp. 9-30, p. 17. No mesmo sentido, Dalmo de Abreu Dallari afirma que “fica evidente a impropriedade da enganosa teoria da regulação constitucional, que pretende impor como visão mais moderna e segundo a qual caberia a organizações privadas internacionais, de objetivos econômicos e financeiros, fixar as normas constitucionais, restando a cada povo, tão só, o estabelecimento de disposições regulamentares, de eficácia jurídica inferior” (DALLARI, Dalmo de Abreu. **A Constituição na vida dos povos: da Idade Média ao Século XXI**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 21). Cf. NAGEL, Op. Cit., p. 140.

O fluxo crescente de relações transfronteiriças na sociedade mundial dinamizada permite observar uma racionalidade transversal decorrente dos entrelaçamentos entre as diversas ordens jurídicas, que servem como pontes de transição entre os sistemas heterogêneos. Ao lado das racionalidades particulares de cada ordem jurídica, operam as racionalidades transversais parciais estruturais, que criam as pontes de transição específicas com racionalidades transversais parciais de outras ordens, o que permite um aprendizado e um intercâmbio construtivo no sistema do direito⁶¹³. Quando a alteridade é negada, há uma perda da capacidade de aprendizado e aumenta o risco de uma ordem ir de encontro ao desenvolvimento da outra, o que pode se dar por uma atomização, resultante do fechamento de sentidos, que paralisa as relações com a racionalidade transversal de outras ordens, ou por uma expansão imperialista, que impõe a racionalidade de uma ordem sobre as demais, relegando-as à insignificância⁶¹⁴.

A racionalidade transversal é uma consequência do incremento das relações transterritoriais com implicações normativas fundamentais que levaram à necessidade de abertura da ordem jurídica para além do Estado⁶¹⁵. A proposta transnormativa é direcionada para o desenvolvimento de entrelaçamentos entre as ordens jurídicas diferenciadas que integram o sistema funcional do direito⁶¹⁶, visando solucionar problemas jurídicos conectados com ordens jurídicas diversas, tanto em relações conflituosas quanto nas de cooperação⁶¹⁷. Existe uma unidade na diferença entre as ordens, já que todas elas pretendem se reproduzir com base no mesmo código binário, mas não há uma estrutura hierárquica entre elas⁶¹⁸. A unidade possibilita a comunicação entre as ordens pela identidade no tratamento interno do código binário comum. Como o código lícito/ilícito é, em si, vazio de conteúdo, cada ordem jurídica está apta a determinar o fechamento normativo de sua programação, conforme seus próprios critérios, combinado com uma abertura normativa ao aprendizado recíproco no entrelaçamento com outras ordens jurídicas do sistema do direito.

⁶¹³ NEVES, Op. Cit., 2009, p. 41-50.

⁶¹⁴ NEVES, Op. Cit., 2009, p. 45-47.

⁶¹⁵ Neste sentido, Barroso afirma que das relações entre a Constituição e o direito internacional e estrangeiro há espaço para ampla discussão sobre a aplicação extraterritorial das normas constitucionais (BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 5. ed. rev., amp. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 49).

⁶¹⁶ Todas estas ordens estão subordinadas ao mesmo código binário “lícito/ilícito”, mas diferenciadas pelos programas de decisão (procedimentos) e critérios de solução de problemas, o que se traduz em uma pluralidade de ordens jurídicas. Neves ainda explica que a diferenciação não se limita às ordens jurídicas estatais, mas reconhece também a diferenciação de “níveis” entre ordem estatal, supranacional, interacional e transnacional (Op. Cit., 2009, p. 115-116). Cf. MENEZES, Op. Cit., 2005.

⁶¹⁷ NEVES, Op. Cit., 2009, p. 120-121. Cf. HÄBERLE, Op. Cit., 2007.

⁶¹⁸ NEVES, Op. Cit., 2009, p. 122.

No próximo Capítulo, serão estudadas as relações heterárquicas entre a ordem jurídica do direito interno dos Estados e a ordem jurídica do direito internacional, como o conjunto normativo de matriz estatal. No contexto plural do sistema do direito, o diálogo entre as ordens jurídicas que têm centralidade no Estado continua sendo um desafio evolutivo para o atendimento das demandas da sociedade mundializada e complexa. O desenvolvimento colaborativo das programações das diferentes ordens jurídicas é uma necessidade com vistas a evitar os bloqueios heterorreflexivos que perpetuam situações de conflito social.

5 RELAÇÃO HETERARQUICA ENTRE DIREITO INTERNACIONAL E DIREITO INTERNO

Neste Capítulo será explicado como as ordens jurídicas do sistema do direito se relacionam heterarquicamente, ficando a sobreposição hierárquica como forma de fechamento para evitar paradoxos. Este fechamento com base na hierarquia entre as normas será possível na relação entre as ordens jurídicas estatais e quando as ordens estatais expressamente estabelecerem a superioridade de uma norma internacional. A autoimposição de uma ordem estatal sobre o direito internacional, ou vice-versa, é descartada por gerar paradoxos insuperáveis e por não observar a integralidade da programação do sistema do direito, impedindo entrelaçamentos comunicativos. A seguir, será demonstrado como o reconhecimento da relação heterárquica entre a ordem jurídica interna e a internacional reflete melhor as expectativas da sociedade sobre a prática do direito e serão apresentados os mecanismos de acoplamento operativo disponíveis na programação dos subsistemas para a desaparadoxização de situações não antecipadas pelo direito positivo. Por fim, ficará evidenciado, por meio de alguns exemplos baseados no direito brasileiro e no direito internacional geral, como se dá a aplicação de uma observação heterárquica da relação entre o direito interno e o direito internacional nas operações do sistema do direito.

A consideração do sistema do direito organizado unicamente em diversos níveis não é logicamente adequada porque essa distinção de níveis de linguagem ou de regulação se faz paradoxal quando a unidade da pluralidade de níveis é suscitada⁶¹⁹. Eis o problema da hierarquização das ordens jurídicas. A proposta monista de Kelsen não tem como prevalecer nesta realidade, senão pela descrição de uma ordem jurídica sobrepondo-se em relação às demais, gerando o paradoxo no fechamento, já que as autoridades e os procedimentos de constituição das diferentes ordens jurídicas não coincidem⁶²⁰.

Quando a relação heterárquica é considerada, o problema é transferido para o nível operativo e o símbolo da validade é usado no reconhecimento recíproco das ordens jurídicas. Como a validade é definida no contexto da ordem jurídica da qual a norma emana, ela permite a transição de um estado do direito para outro (do interno para o internacional ou vice-versa), sendo mantida a diferença entre os estados de direito. Neste momento é que são necessários tanto os acoplamentos estruturais, que são estáveis e concentrados e criam uma relação simultânea de independência e dependência entre os subsistemas, quanto as pontes de

⁶¹⁹ LUHMANN, Op. Cit., 2016a, p. 137.

⁶²⁰ VIRALLY, Op. Cit., p. 116.

transição, como modelos de entrelaçamentos que não são permanentes nem estáticos e que funcionam como acoplamentos operativos.

Esses modelos de acoplamento operativo devem se construir e reconstruir no plano das novas operações que são dinamizadas pela ocorrência de casos inesperados que revelam as inconsistências inter-sistêmicas. As estruturas reflexivas das ordens em conflito precisam lidar com a complexidade e se rearticular para possibilitar soluções adequadas. Isso passa por considerar a relação com outras ordens jurídicas como cooperação, e não como concorrência, evitando bloquear ou destruir os fundamentos uma da outra⁶²¹. A unidade do sistema é assegurada pela operatividade da autotransformação, a autopoiese do direito, com o entrelaçamento proporcionado pelas pontes de transição funcionando como um procedimento adequado de identificação da estrutura e de reescrita da programação.

A unicidade do sistema jurídico não se baseia em uma norma fundamental, mas na sua autopoiese, isto é, na sua capacidade de evoluir pela comunicação na abertura cognitiva e se reescrever com o fechamento operacional⁶²². Como o sistema é multicêntrico⁶²³⁻⁶²⁴, a resolução do conflito entre ordens pode não se dar pela estrutura hermética de uma das ordens jurídicas, mas pela racionalidade transversal que opera nas pontes de transição criadas pelo reconhecimento recíproco entre as ordens jurídicas como integrantes do sistema do direito⁶²⁵. Do ponto de vista lógico-formal, ao reconhecer o caráter multicêntrico do sistema jurídico, é inevitável admitir a possibilidade de conflitos de normas. Isto se dá em razão do que Tullio Treves chamou de “princípio da relatividade dos valores jurídicos”, segundo o qual as várias qualificações jurídicas, como permissão, proibição, lícito e ilícito, são relativas à ordem jurídica do ponto de vista que o observador se põe⁶²⁶.

Portanto, o conflito dar-se-á quando, diante de uma situação fática concreta, tanto a ordem jurídica interna quanto a ordem jurídica internacional estabelecerem expectativas de comportamento, porém a aplicação da norma da ordem jurídica interna leva à solução

⁶²¹ NEVES, Op. Cit., 2009, p. 129.

⁶²² LUHMANN, Op. Cit., 2016a, *passim*.

⁶²³ NEVES, Op. Cit., 2009, p. 122. Palma afirma que “a unidade do sistema jurídico (a aplicação do código lícito/ilícito) mantém-se ainda que haja a presença de uma pluralidade de ordenamentos” (PALMA, Op. Cit., 2017, p. 145). Ver, também, RAMOS, Op. Cit., 2012; DELMAS-MARTY, Mireille. **Le pluralisme ordonné**. Paris: Seuil, 2004; BURKE-WHITE, Op. Cit., 2004b.

⁶²⁴ VILANOVA, Op. Cit., 2010, p. 143-144.

⁶²⁵ Ian Brownlie, a respeito do entrelaçamento entre as ordens jurídicas interna e internacional afirma que “it is possible to state the position with clarity and to understand that each system reserves to itself the authority to determine for the time being the extent and terms of interpenetration of laws and related issues of the separation of powers” (CRAWFORD, James (ed.). **Brownlie's Principles of Public International Law**. 8. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 50).

⁶²⁶ De acordo com Treves, “un medesimo fatto o atto può essere diversamente qualificato, a seconda che esso venga in considerazione dal punto de vista del diritto internazionale o da quello del diritto interno” (TREVES, Op. Cit., 2005, p. 654).

concreta A, mas a observância da norma jurídica internacional leva à solução concreta B, que produz uma eficácia equivalente a não-A. Para Treves, “a regra e a conseguinte qualificação jurídica própria de um ordenamento não são mais que simples dados de fato, do ponto de vista do outro ordenamento”⁶²⁷.

A relação heterárquica entre a ordem jurídica interna e a internacional, contudo, propõe que o centro de cada uma das ordens jurídicas é capaz de observar a programação da outra como parte do sistema do direito, considerado em sua complexidade multicêntrica, não sendo, por isso, a norma jurídica interna considerada apenas como um fato para o direito internacional, e vice-versa. Como foi visto, o símbolo da validade garante a transição entre as normas de uma ordem jurídica para a outra como parte da programação do sistema do direito. Por conseguinte, a solução para o problema não pode ser obtida por meio da aplicação das regras da lógica formal. A lógica formal, que utiliza a estrutura binária, só pode ser utilizada em relação ao conflito normativo entre normas de uma mesma ordem jurídica, a partir das regras contidas em sua estrutura para a exclusão de antinomias, como os critérios hierárquico, cronológico e da especialidade.

Na relação heterárquica entre as ordens jurídicas, a solução não será alcançada pela aplicação de regras da lógica, já que inexistente uma relação estrutural entre elas⁶²⁸. No entanto, as programações das estruturas normativas são reconhecidas pelas ordens jurídicas envolvidas como pertencentes ao sistema do direito⁶²⁹, embora as operações com base nas normas de cada ordem jurídica produzam soluções antagônicas. Por isso, somente uma delas pode produzir seus efeitos, isto é, uma delas terá a operação obstada. A diferença substancial, no caso da observação da relação heterárquica, é que a decisão de prevalência não é estabelecida *a priori* no direito positivo, abrindo a possibilidade para um diálogo construtivo entre as programações, já que todas elas comunicam expectativas de comportamento na sociedade.

O conflito entre a ordem jurídica interna e a internacional deve ser considerado quando não houver previsão de solução pelo direito positivo. Não havendo previsão,

⁶²⁷ Tradução livre, no original: “le regole e le conseguenti qualificazioni giuridiche proprie di un ordinamento non sono che dei semplici dati di fatto, dal punto di vista di un altro ordinamento” (TREVES, Op. Cit., 2005, p. 655).

⁶²⁸ VILANOVA, Op. Cit., 2010, *passim*.

⁶²⁹ Em sentido contrário, Schmalenbach afirma que “Without prejudice to the fact that a manifest violation of fundamental internal laws allows for the invalidation of the consent to be bound by a treaty, international law turns a blind eye to internal law”. É, contudo, contraditório admitir que o direito internacional observa o direito interno como direito no caso do artigo 46 da CVDI/69, mas não é capaz de observar como direito a programação da ordem jurídica interna. Até porque, como se verá adiante, a própria interpretação do artigo 46 exige a uma compreensão do sentido da expressão “norma de importância fundamental” e a forma como o centro da ordem jurídica interna considera esta norma.

obviamente a solução não poderá ser obtida pela lógica formal binária. Também deve ser considerado o conflito quando existe uma regra do direito positivo de uma ordem jurídica que impõe uma superioridade hierárquica sobre a outra ordem jurídica que se relaciona com a primeira heterarquicamente⁶³⁰. Como foi dito acima, a autoimposição de supremacia de uma ordem jurídica sobre as demais bloqueia os canais de comunicação, o que impede respostas mais adequadas. Contudo, se uma das ordens jurídicas, internacional ou interna, implicada na situação fática estabelece em suas normas uma regra de prevalência da outra ordem jurídica sobre suas normas (como no caso do artigo 98 do Código Tributário Nacional), conflito não há e isso deve ser considerado no momento da tomada de decisão no centro da ordem jurídica interna e no da internacional⁶³¹.

Qualquer norma da ordem jurídica interna dos Estados que submete as normas internacionais ao controle de constitucionalidade, ou que determina a revogação dos efeitos de uma norma internacional no âmbito interno, pela edição de lei nacional posterior, cria um conflito potencial entre as ordens jurídicas, pois essa regra do direito interno induz comportamentos do Estado em desconformidade com as expectativas criadas na sociedade internacional e com a regra geral do artigo 27 da CVDT/69, segundo a qual um Estado não pode alegar seu direito interno para justificar o descumprimento de um tratado. Mesmo considerando o reconhecimento de outras fontes do direito internacional, os tratados e os costumes encontram-se no mesmo plano normativo, então, salvo na previsão do artigo 46 da CVDT/69, nos tratados, a regra geral do sistema do direito internacional é da impossibilidade de se justificar o descumprimento de qualquer norma internacional com base no direito interno.

Esta norma não implica uma sobreposição hierárquica do direito internacional sobre o direito interno, mas uma consideração acerca da conformidade com o direito internacional do ato praticado pelo Estado de acordo com a sua programação normativa interna. Em outras palavras, não é o direito interno que é considerado pelo direito internacional como desconforme, mas a conduta do Estado com fundamento nas normas da ordem jurídica interna⁶³²⁻⁶³³. Treves, inclusive, neste ponto, observa que a conduta em

⁶³⁰ Mirkine-Guetzévich já afirmava que “L’exécution des règles du droit international est plus importante que le fondement du droit. Dans l’exécution, il n’y a pas de problème de la primauté; il n’y a qu’un seul problème que nous avons exposé dans notre cours: le problème de l’unité” (Op. Cit., 1931, p. 461).

⁶³¹ NOLLKAEMPER, André. “The effects of treaties in domestic law” em TAMS, Christian J.; TZANAKOPOULOS, Antonios; ZIMMERMANN, Andreas; RICHFORD, Athene E. **Research Handbook on the Law of Treaties**. Cheltenham; Northampton: Edward Elgar, 2014, pp. 123-150, p. 125.

⁶³² Neste sentido, mas observando a conduta conforme o direito internacional correspondente a uma norma de direito interno, o Judge Morelli, da Corte Internacional de Justiça, no caso *Barcelona Traction*, em opinião separada no julgamento de 1970, “du fait que l’existence même de l’obligation internationale dépend d’une

desconformidade com o direito internacional poderia ocorrer, mesmo que o Estado tivesse na ordem jurídica interna uma norma condizente com a expectativa de comportamento da programação da ordem jurídica internacional⁶³⁴. O centro da ordem jurídica internacional não tem poderes de decisão sobre a existência, a validade ou a eficácia das normas internas⁶³⁵, mas tão somente sobre a conformidade, ou não, dos atos estatais com o direito internacional. É neste sentido que artigo 27 da CVDT/69 contempla a regra da programação da ordem internacional que veda o uso, pelo Estado, nas operações da ordem internacional, de argumento com fundamento em seu direito interno para se escusar do cumprimento das obrigações internacionais⁶³⁶. Trata-se de um princípio do direito internacional⁶³⁷ consolidado nas relações internacionais desde o século XIX, tendo como precedente o *Alabama Claims*⁶³⁸,

donnée résultant du droit interne, et cela en vertu, non pas du droit interne, mais, au contraire, de la règle internationale elle-même, qui renvoie, à cet effet, au droit étatique” (CIJ, *Barcelona Traction* (1970), opinion individuelle de M. Morelli, p. 234). A observação do Judge Morelli no caso remete à ideia de que, para o direito internacional, o que interessa não é se a conduta do Estado se deu em razão da aplicação da norma de direito interno, mas se esta conduta é conforme o direito internacional.

⁶³³ Treves indica que a responsabilidade internacional do Estado pelo descumprimento de uma obrigação prevista em um tratado “non si concreta nella mancata emanazione delle norme [interne] in questione, bensì nel fatto che lo Stato abbia tenuto un comportamento concreto in contrasto con l’obbligo internazionale” (TREVES, Op. Cit., 2005, p. 656).

⁶³⁴ TREVES, Op. Cit., 2005, p. 656. Em um episódio com essas características, o governo brasileiro foi acusado por Honduras por interferir em assuntos políticos internos ao conceder asilo diplomático a Manuel Zelaya, que havia sido deposto do cargo de presidente do país centroamericano por decisão judicial. No caso, Zelaya não solicitou asilo por estar sofrendo perseguição em seu país, pois já se encontrava fora do território hondurenho e retornou ao país para se instalar na Embaixada do Brasil. Portanto, ainda que o Brasil tenha normas internas condizentes com o cumprimento das normas internacionais, isso não impediu o país de praticar atos contrários ao direito internacional. Ver, a este respeito, opinião de Francisco Rezek em https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2009/09/090923_honduras_rezek_ac. A ação movida por Honduras na Corte tratava de “legal questions concerning diplomatic relations and associated with the principle of non-intervention in matters which are essentially within the domestic jurisdiction of any State, a principle incorporated in the Charter of the United Nations”, porém Honduras retirou a ação contra o Brasil após acordo na Organização dos Estados Americanos para que novas eleições se realizassem no país (CIJ, *Certain Questions concerning Diplomatic Relations (Honduras v. Brazil)*, em <https://www.icj-cij.org/en/case/147>).

⁶³⁵ Neste sentido, Schmalenbach afirma que “Art 27 does not require that national courts override deviating internal law” (DÖRR, Oliver; SCHMALENBACH, Kirsten (eds.) *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*. 2. ed. Berlim: Springer, 2018, p. 494). Cf. SOARES, Op. Cit., 1985, p. 70.

⁶³⁶ De acordo como Amaral Jr., há uma presunção geral de que os Estados não pretendam se envolver em enlances incompatíveis com os tratados existentes (AMARAL JR., Alberto do. **Curso de Direito Internacional Público**. 2. ed. São Paulo: Atlas, p. 153).

⁶³⁷ Ver, neste sentido, a decisão da Corte Permanente de Justiça Internacional, em 1923, no *SS Wimbledon case*, em que o governo alemão tentou justificar a proibição da passagem do navio *Wimbledon* pelo Canal de Kiel sob a alegação de declaração de neutralidade conforme o direito interno alemão. A Corte rejeitou o argumento, indicando que a ordem de neutralidade emitida unilateralmente por um Estado não poderia prevalecer sobre as disposições do Tratado de Paz em vigor, do qual a Alemanha era parte (PCIJ. *SS ‘Wimbledon’* PCIJ Ser A No 1, 29, 1923). Ver também, no mesmo sentido, o precedente da Corte Internacional de Justiça, *Mutual Assistance in Criminal Matters*, ICJ Rep 177, para 124, 2008.

⁶³⁸ O contencioso arbitral *Alabama Claims* foi proposto pelos Estados Unidos contra a permissão da Inglaterra de lançamento de um navio confederado no porto de Liverpool para atacar e apreender a carga de navios mercantes norte-americanos. A inexistência de uma legislação interna na Inglaterra não foi aceita como defesa, com isso a Inglaterra foi considerada responsável e condenada a indenizar os danos causados pelo vaso de guerra *Alabama*. No original, “whereas the government of Her Britannic Majesty cannot justify itself for a failure in due diligence on the plea of insufficiency of the legal means of action which it possessed” (Reports of International Arbitral

de 1872. Logo, qualquer regra da ordem jurídica interna que determina a ineficácia de uma norma internacional por haver uma norma de direito interno em sentido contrário⁶³⁹ gera um conflito jurídico-positivo entre as ordens jurídicas, pois a conduta do Estado será considerada conforme com o sistema do direito, de acordo com a ordem jurídica interna, mas desconforme com o sistema do direito pela ordem jurídica internacional, o que resulta em um paradoxo⁶⁴⁰.

Não há um postulado juridicamente apriorístico de supremacia do direito internacional sobre o direito interno⁶⁴¹. Embora a regra do artigo 27 se constitua como um dos dispositivos conectados com o objeto e as finalidades da CVDT/69⁶⁴², ela não estabelece uma superioridade hierárquica do direito internacional sobre o direito interno. De acordo com Villiger, o artigo 27 expressa o princípio de que, no âmbito internacional, o direito internacional tem supremacia⁶⁴³. Considerando a relação heterárquica entre a ordem jurídica interna e a internacional, seria desnecessário afirmar esta supremacia, pois as normas de direito interno, embora sejam reconhecidas como direito, não são aplicáveis no âmbito internacional⁶⁴⁴. Não é possível afirmar que o artigo 27, nem o artigo 26 (*pacta sunt*

Awards. *Alabama Claims*, 1872. Disponível na Internet em http://legal.un.org/riaa/cases/vol_XXIX/125-134.pdf, acesso em 11 de novembro de 2019). Ver, também, SHAW, M. N. Op. Cit., 2010, p. 105.

⁶³⁹ Triepel ressalta que o Estado também não pode alegar a insuficiência do seu direito interno para descumprir a norma internacional (Op. Cit., 1923, p. 113).

⁶⁴⁰ Neste sentido, a Corte Internacional de Justiça já decidiu que “compliance with municipal law and compliance with the provisions of a treaty are different questions. What is a breach of a treaty may be lawful in the municipal law and what is unlawful in the municipal law may be wholly innocent of violation of a treaty provision” (ICJ, *ELSI*, ICJ Rep 15, para. 73, 1989).

⁶⁴¹ Em sentido contrário, grande parte da doutrina chamada “monista”, que coloca o direito internacional no topo do sistema do direito, como, dentre outros, Celso D. Albuquerque de Mello, que afirma que “o importante é a predominância do DI [direito internacional]; que ocorre na prática internacional, como se pode demonstrar com duas hipóteses: a) uma lei contrária ao DI dá ao Estado prejudicado o direito de iniciar um ‘processo’ de responsabilidade internacional; b) uma norma internacional contrária à lei interna não dá ao Estado direito análogo ao da hipótese anterior” (MELLO, C. D. A. Ob. Cit., 2004, p. 124). Ver, também, Xavier, para quem o artigo 27 da CVDT/69 consagra, “de forma enfática, a supremacia hierárquica dos tratados internacionais sobre o Direito interno” (XAVIER, Op. Cit., 2015, p. 95).

⁶⁴² Em 1997, a Guatemala formulou uma reserva ao artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, pretendendo limitar os efeitos do artigo às normas infraconstitucionais da Guatemala, mas se eximindo da obrigação de observar a regra quando a norma interna em questão fosse a Constituição guatemalteca. Áustria, Dinamarca, Suécia e o Reino Unido apresentaram objeção à reserva formulada pela Guatemala, por considerarem-na incompatível com o objeto e finalidade da Convenção, com base no artigo 19, c.

⁶⁴³ VILLIGER, Mark E. *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*. Leiden; Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2009, p. 375.

⁶⁴⁴ A Corte Internacional de Justiça no caso *Applicability of the Obligation to Arbitrate*, afirmou que o direito internacional prevalece sobre o direito doméstico (ICJ Report 1988, pp. 12, 34). A Corte Permanente de Justiça Internacional observou no caso *Certain German Interests in Polish Upper Silesia* que “the Court is certainly not called to interpret the Polish Law as such, but there is nothing to prevent the Courts’ giving judgment on the question whether or not, in applying that law, Poland is acting in conformity with its obligations towards Germany under the Geneva Convention” (PCIJ Rep., 1925, series A, n. 7, p. 19). Cf. CIJ. *Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United Kingdom)*. ICJ Report, 1992.

servanda)⁶⁴⁵, da CVDT/69 estabelecem um método de cumprimento das obrigações internacionais previstas em tratado, pois eles deixam uma margem de liberdade para cada Estado adotar a medida mais adequada ao seu panorama jurídico interno⁶⁴⁶. Nesse sentido, é possível verificar, na aplicação da doutrina da “margem de apreciação”⁶⁴⁷, o reconhecimento da relação heterárquica entre o direito interno e o direito internacional. Entretanto, determinados tratados, principalmente sobre direitos humanos, limitam a liberdade de implementação ao estabelecerem o dever de incorporação à ordem jurídica interna dos direitos previstos na norma internacional, como no artigo 2 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e no artigo 2 da Convenção Americana de Direitos Humanos, por exemplo.

O entrelaçamento entre a ordem jurídica interna e a ordem jurídica internacional pode ser dar no centro da ordem jurídica internacional por meio de pontes de transição que podem ser identificadas na programação internacional. O reconhecimento da relevância da norma interna de importância fundamental, como no artigo 46 da CVDT/69, bem como a importância do objeto e das finalidades para a interpretação e aplicação das normas internacionais indicam que a conduta de um Estado, com base no direito interno, pode ser reconhecida como conforme o direito, ainda que contrária a uma obrigação internacional, sem que as funcionalidades da ordem jurídica internacional sejam comprometidas. Da mesma forma, não tem eficácia sobre o funcionamento da ordem jurídica internacional os postulados juridicamente apriorísticos de supremacia do direito interno, pois a relação heterárquica entre os sistemas não admite esta sobreposição estabelecida unilateralmente. São ineficazes essas disposições enquanto direito positivo e só podem prevalecer se consideradas no entrelaçamento heterárquico com a ordem jurídica internacional, observando-se seus fundamentos e funcionalidades.

Assim, pode-se concluir que, considerando o paradigma positivista do sistema jurídico, a resolução das situações de conflito entre a ordem jurídica interna e a internacional não passa pela determinação da lógica-formal⁶⁴⁸. O direito positivo deve ser sempre levado

⁶⁴⁵ Para Villiger, o princípio expresso no artigo 27 teria relevância prática para dar apoio ao princípio da *pacta sunt servanda*, pois, sem ele, a obrigatoriedade dos tratados estaria prejudicada (VILLIGER, Op. Cit., 2009, p. 375).

⁶⁴⁶ NOLLKAEMPER, Op. Cit., 2014, p. 125, “the State is in control of the domestic effect of the treaty”.

⁶⁴⁷ A doutrina da “margem de apreciação” é amplamente reconhecida nos precedentes da Corte Europeia de Direitos Humanos desde os anos 1970 e também é reconhecida em outros tribunais internacionais, embora sofra severas críticas por parte da doutrina, principalmente em relação à sua aplicação em matéria de direitos humanos, como se verá adiante.

⁶⁴⁸ Conforme ensina Vilanova sobre a relação entre o direito internacional e o direito interno, “do ponto de vista jurídico-positivo, os sistemas parciais (estatais) se excluem e só se interpenetram através das fontes normativas indicadas pela Constituição positiva de cada um. O ângulo lógico-formal é insuficiente para dar conta da experiência jurídica” (VILANOVA, Op. Cit., 2010, p. 144).

em conta, porém observados os limites de possibilidades de autoimposição das ordens jurídicas internas sobre o direito internacional. As soluções de autoimposição e supremacias unilaterais negam a heterarquia e o caráter multicêntrico e do sistema jurídico. Em termos estruturais, os textos jurídicos de uma e outra ordem jurídica não são suficientes para determinar uma hierarquia entre as ordens jurídicas do sistema do direito, pois não são concebidos pelas mesmas autoridades, nem seguem os mesmos procedimentos, prevalecendo, assim, a relação heterárquica.

5.1 RELAÇÃO HETERÁRQUICA ENTRE AS NORMAS DE DIREITO INTERNO E DE DIREITO INTERNACIONAL

O sistema jurídico funciona como *unitas multiplex* que possui vários centros de autofundamentação e de autodescrição, dependendo da ordem jurídica que seja tomada como ponto de referência⁶⁴⁹⁻⁶⁵⁰. O reconhecimento da pluralidade de interpretações sistêmicas rompe com o monismo sem se filiar ao dualismo. A racionalidade transversal, que se manifesta nas relações horizontais, heterárquicas, construídas por meio de pontes de transição, permite interpenetrações e interferências entre normas situadas em diferentes planos de validade.

A unidade da diferença funcional do sistema jurídico é observada na reprodução do mesmo código binário, diferença entre lícito e ilícito, o que conduz ao reconhecimento do direito como direito em uma pluralidade de ordens jurídicas, sem a necessidade de uma hierarquização da interação comunicativa entre elas. No momento em que uma situação seja comunicada em duas (ou mais) ordens jurídicas, a validade de nenhuma delas é negada pelo reconhecimento da validade da outra e todos os conteúdos normativos são considerados no processo concretizador da decisão, possibilitando um convívio construtivo⁶⁵¹. As operações

⁶⁴⁹ TEUBNER, Gunther. “Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society” em TEUBNER, Gunther(ed.). **Global Law Without a State**. Brookfield: Dartmouth, 1997, pp. 3-28; TEUBNER, Gunther. “‘Unitas Multiplex’: A Organização do Grupo de Empresas como exemplo”, em **Revista Direito GV**, v. 1, n. 2, 2005, pp. 77-110; TEUBNER, Op. Cit., 2016b; NEVES, Op. Cit., 2009, p. 122; RAMOS, Op. Cit., 2012, p. 502, no sentido de pluralismo jurídico e de constitucionalização do Direito Internacional. VIRALLY, Op. Cit., p. 115-116.

⁶⁵⁰ Slaughter afirma que as cortes constitucionais não se citam reciprocamente como precedentes, mas como autoridade persuasiva (SLAUGHTER, Anne-Marie. “Global Community of Courts”, em **Harvard International Law Journal** v. 44, n. 1, 2003, pp. 191-219, p. 193).

⁶⁵¹ NEVES, Op. Cit., 2009, p. 126.

do sistema do direito permitem a integração das programações das diferentes ordens jurídicas envolvidas, que se desintegram com a decisão, mantendo a independência recíproca⁶⁵².

Como o sistema jurídico é multicêntrico, tem que lidar com diferentes perspectivas de centro, enquanto instituições para tomadas de decisões, de ordens jurídicas⁶⁵³. Na relação entre as ordens jurídicas estatais, para o centro de um subsistema, todos os outros centros são periferia. Por isso, no momento em que as regras de direito internacional privado se aplicam, recepcionam a programação do outra ordem jurídica com a mediação das estruturas internas do subsistema jurídico que irá decidir, a partir dos critérios estabelecidos pelo método conflitual e pelas regras de conexão⁶⁵⁴.

Na relação de uma ordem jurídica estatal com outra estatal, o multicentrismo se resolve pela periferização do outro centro pelo centro de tomada de decisão. Neste sentido, a homologação de uma sentença estrangeira é um ato que envolve a autoridade e o procedimento do subsistema jurídico onde a decisão produzirá efeitos, submetendo sua eficácia aos princípios fundamentais definidos na programação desta ordem jurídica, como no caso do Código de Processo Civil brasileiro, que estabelece como requisitos indispensáveis à homologação da decisão estrangeira a observância do devido processo legal (art. 963, incisos I e II), a preservação da segurança jurídica (art. 963, inciso IV) e da ordem pública (art. 963, inciso VI) e a soberania (art. 964). Também no que se refere às regras de conexão estabelecidas na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), no que tange à lei aplicável nas relações civis (artigos 7º a 10) conectadas com mais de um Estado, que dispõem sobre critérios que irão definir de qual ordem jurídica nacional se extrairá a norma que será aplicável ao caso concreto⁶⁵⁵. São todas essas soluções trazidas pelo direito positivo que resolvem os conflitos entre as ordens jurídicas estatais. Na inexistência de uma norma que estabeleça uma regra de conexão, as ordens jurídicas estatais tendem a resolver as questões

⁶⁵² A integração das ordens jurídicas não implica a des-diferenciação e a desintegração não importa em desestabilidade. O excesso de diferenciação dificulta a integração e, conseqüentemente, o desenvolvimento do sistema. Cf. LUHMANN, Op. Cit., 2006, *passim*.

⁶⁵³ Neste sentido, Acosta Alvarado afirma que são “los nuevos elementos: la heterarquía, entendida como la existencia de diversos centros de poder –en este caso normativo, institucional y jurisdiccional– que se relacionan de forma horizontal, sin criterio de autoridad superior alguna, y el acoplamiento visto como el ejercicio a través del cual se logra la convivencia y articulación de los diversos centros de poder” (ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea. “Zombis vs. Frankenstein: sobre las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno” em **Estudios Constitucionales**, Año 14, n. 1, 2016, pp. 15-60, p. 30).

⁶⁵⁴ VIRALLY, Michel. **Panorama du Droit International Contemporain**. Cours Général du Droit International Public. *Recueil des Cours*. Vol. 183, The Hague: ILA, 1983, p. 92.

⁶⁵⁵ DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. **Direito Internacional Privado**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

com base na reciprocidade, como acontece, por exemplo, nos casos relacionados à imunidade de jurisdição dos Estados em matéria de atos de *jus gestionis*⁶⁵⁶.

No entanto, o caráter multicêntrico do sistema do direito também diz respeito à relação entre o centro dos subsistemas jurídicos estatais e o subsistema jurídico do direito internacional. Como já se pode observar, o próprio subsistema jurídico do direito internacional é multicêntrico e seus diferentes regimes jurídicos interagem de maneira transversal, sendo este um dos sentidos de sua unidade sistêmica. Independentemente do regime internacional a que se esteja referindo, quando o direito é aplicado em qualquer de seus centros, o sistema jurídico internacional é considerado como uma unidade, que é definida em conformidade com o conjunto das relações internacionais que envolvem os sujeitos implicados na tomada de decisão.

Assim, um fator essencial para a descrição do caráter sistêmico da ordem jurídica internacional está no funcionamento das instituições jurisdicionais. Virgílio Afonso da Silva sustenta que as decisões de tribunais internacionais, como a Corte Europeia de Direitos Humanos, têm apenas um valor argumentativo e que os tribunais nacionais devem levar tais decisões em consideração “na medida do metodologicamente sustentável”⁶⁵⁷. Esta opinião vai de encontro à própria noção de soberania contemporânea, já que a jurisdição internacional só existe em razão de uma decisão tomada pelos próprios Estados. Embora a jurisdição internacional compulsória não seja uma regra na ordem internacional, a existência dos centros de decisão decorre da evolução do processo cooperativo, que promove a vinculação dos Estados às instâncias jurisdicionais no que diz respeito ao cumprimento das obrigações a que estão sujeitos em decorrência da sua própria personalidade internacional.

A ideia de que a observância de decisões internacionais depende de uma adequação metodológica ao funcionamento do sistema jurídico interno ignora a conexão sistêmica que a jurisdição constitucional contemporânea possui com o funcionamento da sociedade mundial⁶⁵⁸. Ademais, é evidente que o centro da ordem jurídica internacional emite comandos concretos acerca do cumprimento, pelos Estados, das expectativas de conduta decorrentes da programação do sistema do direito. Ainda que o Estado opte por descumprir uma decisão internacional, submetendo-se às consequências desse descumprimento, isso não

⁶⁵⁶ O Supremo Tribunal Federal decidiu no RE n. 222.368 que a imunidade de jurisdição de estado estrangeiro não é absoluta, especificamente no que diz respeito aos litígios trabalhistas sobre contratos celebrados entre representações estrangeiras e profissionais brasileiros em território nacional (RE n. 222.368, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, j. 30.04.2002, p. em DJe 20.05.2002). Cf. BORGES, Op. Cit., 2011, p. 279 a 284.

⁶⁵⁷ SILVA, Virgílio Afonso. “Colisões de direitos fundamentais entre a ordem nacional e a ordem transnacional” em NEVES, Marcelo (org.). **Transconstitucionalidade do Direito: novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicos**. São Paulo: Quartier Latin, pp. 101-112, 2010, p. 109.

⁶⁵⁸ NEVES, Op. Cit., 2009. Cf. HÄBERLE, Op. Cit., 2007, *passim*.

significa que essa decisão tenha apenas um valor argumentativo. Pelo contrário, ela é obrigatória nos termos da programação da ordem jurídica internacional e é dirigida para todos os órgãos do Estado, que devem reconhecê-la como direito.

As cortes internacionais, portanto, como centros de auto-observação e de reflexão da ordem internacional, decidem sempre com fundamento no direito internacional, levando em consideração a descrição do direito internacional por outras cortes internacionais na composição da estrutura da ordem jurídica internacional⁶⁵⁹. A questão é saber como as cortes e os organismos internacionais devem considerar as ordens jurídicas internas no momento da tomada de decisões e como as instituições do centro das operações dos subsistemas nacionais devem observar a ordem jurídica internacional.

5.1.1 Consideração heterárquica do direito interno no centro da ordem jurídica internacional

No momento de um tribunal internacional decidir uma questão relativa a um Estado, o direito interno deste Estado não pode ser considerado como escusa para o descumprimento uma obrigação internacional. Esta é regra do artigo 27 da CVDT/69, bem como nos artigos 3º e 32 dos Artigos sobre Responsabilidade do Estado, elaborados pela Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas e aprovados na Assembleia Geral⁶⁶⁰, que são amplamente aceitos como costume internacional.

Como foi visto acima, esta regra não estabelece uma relação hierárquica entre as ordens jurídicas interna e internacional⁶⁶¹. Sua aplicação deve levar em consideração múltiplos fatores, como a “margem de apreciação” dos Estados no cumprimento das obrigações internacionais, o grau de importância das normas de direito interno e o impacto da conduta do Estado no objeto e nas finalidades da norma internacional.

⁶⁵⁹ BURKE-WHITE, Op. Cit., 2004.

⁶⁶⁰ Articles on State Responsibility (UNGA Res 56/83, 12 December 2001, UN Doc A/RES/56/83). Os Artigos sobre Responsabilidade dos Estados são complementares à CVDT/69, por força do disposto no seu artigo 73, pelo qual a CVDT/69 indica que suas normas não se aplicam às questões sobre responsabilidade internacional dos Estados.

⁶⁶¹ A Corte Internacional de Justiça, entretanto, *Applicability of the Obligation to Arbitrate Case*, afirmou que o direito internacional prevalece sobre o direito doméstico (ICJ Report 1988, pp. 12, 34). Em sentido oposto, a Corte Permanente de Justiça Internacional observou no caso *Certain German Interests in Polish Upper Silesia* que “the Court is certainly not called to interpret the Polish Law as such, but there is nothing to prevent the Courts’ giving judgment on the question whether or not, in applying that law, Poland is acting in conformity with its obligations towards Germany under the Geneva Convention” (PCIJ Rep., series A, No. 7, p. 19).

5.1.1.1 Doutrina da margem de apreciação

A doutrina da “margem de apreciação” propõe um diálogo heterárquico entre o direito internacional e a conduta do Estado com fundamento na aplicação do direito doméstico. A noção de “margem” é importante para o fluxo de sentidos no *unitas multiplex* do sistema do direito, pois ela implica o abandono da lógica formal binária (verdadeiro/falso) para uma lógica de gradação difusa. Com efeito, o conceito de “margem” transmite uma variedade de possibilidades de organização dos elementos do sistema do direito, viabilizando arranjos capazes de responder à complexidade de uma unidade multicêntrica.

Ao reconhecer que o raciocínio jurídico atende à programação do sistema, estando dentro de uma margem, aplica-se como solução a lógica difusa. Em razão da imprecisão das proposições do sistema do direito, existe o risco de a insuficiência das soluções trazidas pelo direito positivo no conflito entre ordens jurídicas distintas causar inconsistências⁶⁶². A noção de margem de apreciação permite uma variedade de soluções com vistas a uma tomada de decisão que pode alternar de quase unificação de sentidos a quase caos⁶⁶³, sem renunciar à própria ideia de unicidade do sistema.

A doutrina da “margem de apreciação” reconhece que, nos casos em que a aplicação do direito internacional tenha um grau de incerteza, os Estados têm um espaço de liberdade na adoção das medidas que concretizam suas obrigações internacionais, levando-se em conta a natureza dos fatos e os impactos sobre a ordem jurídica interna. Com isso, os tribunais internacionais são obrigados a admitir que, em determinadas situações, a conduta dos Estados, mesmo contrária a uma obrigação internacional, seja considerada em conformidade com a programação da ordem jurídica internacional.

Dalmas-Marty e Izorche afirmam que “margem de apreciação reconhecida aos Estados, implica abertamente uma ruptura com a concepção tradicional, unificada e estritamente hierárquica da ordem jurídica”⁶⁶⁴. Shany defende o recurso à doutrina da margem de apreciação nos casos em que a aplicação do direito dependa principalmente do manejo dos fatos, pois as autoridades nacionais levam vantagens sobre as cortes internacionais em relação às atividades de revelação e acesso aos fatos. Entretanto, o autor entende que as cortes

⁶⁶² DELMAS-MARTY; IZORCHE, Op. Cit., 2000, p. 773

⁶⁶³ Gottard aponta, contudo, que “there is no such thing as chaos in Reality. (...) Reality and Order are synonymous terms. If something is, it must have order and if it appears as chaos it only means that we have not yet found the cade which unravels the seeming chaos and shows us the hidden order in the imbroglio” (GOTTARD, Op. Cit., p. 4).

⁶⁶⁴ DELMAS-MARTY; IZORCHE, Op. Cit., 2000, p. 757.

internacionais estão em melhores condições de interpretação das normas, o que reduziria a aplicação da doutrina nas questões puramente de direito⁶⁶⁵.

Quando as normas de direito internacional têm um grau de incerteza inerente, como nas normas com conceitos jurídicos indeterminados, como “necessidade”⁶⁶⁶, “proporcionalidade”⁶⁶⁷, “boa fé”⁶⁶⁸ e “razoabilidade”; nas normas discricionárias⁶⁶⁹, ou nas normas de resultado⁶⁷⁰, os tribunais internacionais devem admitir uma margem de apreciação no cumprimento das obrigações pelos Estados. Pode-se acrescentar a estes casos, a aplicação do princípio fixado pela Corte Permanente de Justiça Internacional no caso *Lotus*, de que os Estados detêm uma liberdade residual para agir nas áreas não reguladas pelo direito internacional⁶⁷¹.

A doutrina da “margem de apreciação” reconhece que o caráter multicêntrico do sistema do direito admite variações de expectativas de comportamento na sociedade, em conformidade com valores sociais, morais, religiosos e culturais dos diferentes povos⁶⁷². Isso

⁶⁶⁵ SHANY, Yuval. “Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law?” em *The European Journal of International Law*, Vol. 16, no.5, 2006, pp. 907-940, p. 913.

⁶⁶⁶ Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos. Artigo 19.1. Ninguém poderá ser molestado por suas opiniões. 2. Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro meio de sua escolha. 3. O exercício do direito previsto no parágrafo 2 do presente artigo implicará deveres e responsabilidades especiais. Conseqüentemente, poderá estar sujeito a **certas restrições**, que devem, entretanto, ser expressamente previstas em lei e **que se façam necessárias** para: a) assegurar o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas; b) proteger a segurança nacional, a ordem, a saúde ou a moral públicas.

⁶⁶⁷ UNCLOS. Artigo 221. Medidas para evitar a poluição resultante de acidentes marítimos. 1. Nenhuma das disposições da presente Parte deve prejudicar o direito dos Estados de, nos termos do direito internacional tanto consuetudinário como convencional, tomar e executar medidas além do mar territorial **proporcionalmente** ao dano efetivo ou potencial a fim de proteger o seu litoral ou interesses conexos, incluindo a pesca, contra a poluição ou a ameaça de poluição resultante de um acidente marítimo ou de atos relacionados com tal acidente, dos quais se possa de forma razoável prever que resultem importantes conseqüências nocivas.

⁶⁶⁸ Carta das Nações Unidas. Artigo 2. A Organização e seus Membros, para a realização dos propósitos mencionados no Artigo 1, agirão de acordo com os seguintes Princípios: (...)2. Todos os Membros, a fim de assegurarem para todos em geral os direitos e vantagens resultantes de sua qualidade de Membros, deverão cumprir de **boa fé** as obrigações por eles assumidas de acordo com a presente Carta.(...)

⁶⁶⁹ Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas, de 1961, Artigo 9.1. O Estado acreditado **poderá a qualquer momento, e sem ser obrigado a justificar a sua decisão**, notificar ao Estado acreditante que o Chefe da Missão ou qualquer membro do pessoal diplomático da Missão é persona non grata ou que outro membro do pessoal da Missão não é aceitável. O Estado acreditante, conforme o caso, retirará a pessoa em questão ou dará por terminadas as suas funções na Missão. Uma Pessoa poderá ser declarada non grata ou não aceitável mesmo antes de chegar ao território do Estado acreditado. (...)

⁶⁷⁰ Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia. Artigo 288°. (...) A diretiva vincula o Estado-Membro destinatário quanto ao resultado a alcançar, deixando, no entanto, às instâncias nacionais a competência quanto à forma e aos meios. (...)

⁶⁷¹ CPJI. *Lotus (France v Turkey)* PCIJ Rep, Series A, No 10, 1927, parág. 18-19.

⁶⁷² A Comissão de Direitos Humanos da ONU já decidiu que “public morals differ widely. There is no universally applicable moral standard. Consequently, in this respect, a certain margin of discretion must be accorded to the responsible national authorities” (HRC, *Hertzberg v Finland*, Cmn n. 61/1979).

implica a concessão de algum crédito aos órgãos de decisão nas ordens jurídicas estatais⁶⁷³ na apreciação das condições de cumprimento das obrigações internacionais em face das condições objetivas refletidas no direito positivo nacional. Uma integração das programações existentes nas ordens jurídicas interna e internacional é necessária para se construir, por meio do diálogo entre as diferentes expectativas de comportamento, uma solução adequada para as demandas da sociedade.

5.1.1.2 Norma de direito interno de importância fundamental

A norma de importância fundamental de direito interno pode ser considerada, excepcionalmente, como justificativa para um Estado desobrigar-se em um tratado, na hipótese do artigo 46 da CVDT/69. O reconhecimento de um elemento da estrutura normativa de direito interno como direito por uma norma geral da ordem jurídica internacional funciona, neste caso, como ponte de transição. Com efeito, a inteligência do artigo 46 da CVDT/69 indica que a ordem jurídica internacional admite que a violação de uma norma interna sobre competência para firmar tratados pode ser considerada como justificativa para um Estado se desobrigar em relação a uma norma internacional, quando esta norma interna for de importância fundamental e as demais partes conhecessem dessa violação. Neste dispositivo, a norma internacional reconhece a norma interna sobre competência para firmar tratado como direito, na medida em que ela seja considerada uma norma de importância fundamental na ordem jurídica interna.

O conceito de “importância fundamental” será definido tendo em consideração a relação desta norma com as demais normas da própria ordem jurídica interna, da qual ela emana, não se restringindo, necessariamente, às normas constitucionais⁶⁷⁴. Da mesma maneira, caberá aos órgãos da ordem jurídica interna decidir se houve, ou não, violação da norma interna, como já decidido pela Corte Internacional de Justiça⁶⁷⁵. O artigo 46, portanto,

⁶⁷³ Cf. MCGOLDRICK, Dominic “A Defence of the Margin of Appreciation and an Argument for its Application by the Human Rights Committee” em **International and Comparative Law Quarterly**, vol. 65, pp 21–60, 2016, p. 56-58.

⁶⁷⁴ Neste sentido, Thilo Rensmann afirma que “Internal law hence covers all rules governing the competence of the State’s representative to conclude treaties regardless of its status in the hierarchy of the domestic legal order and regardless of whether such rules are written or unwritten. Thus, not only constitutional law (written and unwritten) but also acts of parliament and administrative provisions may in principle be invoked under Art 46, so long as they satisfy the test of ‘fundamental importance’”. (DÖRR, Oliver; SCHMALENBACH, Kirsten (eds.) **Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary**. 2. ed. Berlim: Springer, 2018, p. 847)

⁶⁷⁵ ICJ. *Delimitation of Maritime Boundary Between Guinea-Bissau and Senegal (Guinea-Bissau v Senegal)*, 1989, 20 RIAA 119 (English translation: 83 ILR 1), §56. Neste caso, a Constituição Portuguesa, aplicável à Guiné Bissau à época da assinatura do tratado entre Portugal e França, determinava que a Assembleia Nacional

propõe um diálogo heterárquico entre a ordem jurídica interna e a ordem jurídica internacional, já que a própria ordem internacional determina a invalidade da manifestação do Estado na hipótese descrita na norma.

Não se trata da afirmação de uma superioridade da norma de direito interno, mas da positivação, na ordem jurídica internacional, do reconhecimento de sua fundamentalidade para a legitimidade da manifestação de vontade soberana do Estado. Neste sentido, Grigory Tunkin, nos debates da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas sobre o Projeto de Convenção, a respeito do dispositivo em análise, afirmou que não se tratava de incorporar os dispositivos de direito interno ao direito internacional, mas sim de uma questão de direito internacional que reconhece uma situação que é determinada pelo direito interno⁶⁷⁶.

Sobre o conceito de “norma interna de importância fundamental” cabe questionar se se trata apenas de normas procedimentais do *treaty-making power*, ou se também devem ser consideradas as limitações substanciais. É certo que as questões procedimentais internas relativas à prática de atos internacionais são essenciais e precisam ser devidamente observadas, sob pena de se comprometer os fundamentos da legitimidade da manifestação soberana. Assim, no caso de um golpe de estado, quando se instala uma situação de instabilidade política no âmbito interno, gerando incertezas na comunidade internacional sobre quem é, de fato e de direito, o legítimo representante do Estado, o critério da ostensividade da representação do Estado, adotado pelo artigo 7 da CVDT/69⁶⁷⁷, ficará comprometido.

No entanto, é preciso considerar que certas normas substanciais podem ser observadas, em diversas situações, como mais importantes que as procedimentais, como os direitos fundamentais na maior parte dos Estados democráticos. No caso do Brasil, a

deveria ter sido ouvida, o que não ocorreu. Contudo, a Corte Internacional de Justiça entendeu que a manifestação de Portugal devia ser considerada válida, pois vigorava na época da assinatura do tratado o regime autoritário de António Salazar que, pela prática ordinária, não seguia normalmente os limites constitucionais vigentes. De maneira que se considerou que a França agiu de boa fé ao firmar o tratado com Portugal naquelas circunstâncias e, portanto, o tratado foi considerado válido.

⁶⁷⁶ No original “it was not a matter of incorporating the provisions of municipal law in international law; it was rather a question of international law taking cognizance of the situation as determined by municipal law” (United Nations, **Yearbook of the International Law Commission**, 1963, vol. 1, p. 16). No mesmo sentido havia se manifestado Roberto Ago: “was not at all any idea of incorporation, but only that international law regarded as a State's valid will that which was expressed by the organ designated by internal constitutional law as being competent to declare it” (United Nations, **Yearbook of the International Law Commission**, 1963, vol. 1, p. 12).

⁶⁷⁷ Sobre a ostensividade dos poderes do Chefe de Estado, a Corte Internacional de Justiça já decidiu que “a limitation of a Head of State's capacity (...) is not manifest in the sense of Article 46, paragraph 2, unless or at least properly publicized. This is particularly so because Heads of State belong to the group of persons who, in accordance with Article 7, paragraph 2, of the Convention ‘in virtue of their functions and without having to produce full powers’ are considered as representing their State” (CIJ. *Land and Maritime Boundary (Cameroon v. Nigeria)*. ICJ Reports, 2002, p. 125, § 265).

Constituição de 1988 estabelece as chamadas “cláusulas pétreas” no artigo 60, §4º, que limitam materialmente o poder constituinte derivado, o que deve ser compreendido como um limite substancial à competência para firmar tratados. Dessa forma, o conceito de “norma interna de importância fundamental” sobre competência para concluir tratados se refere à distribuição de poderes entre os órgãos estatais sobre a formação e declaração da vontade soberana, e também às limitações substantivas do poder de concluir tratados, decorrentes dos princípios fundamentais da ordem jurídica interna⁶⁷⁸.

Apesar de o artigo 46 da CVDT/69 dizer respeito especificamente à possibilidade de o Estado alegar a violação de uma norma interna de importância fundamental sobre competência para concluir tratados, ele cria uma ponte de transição na medida em que descreve o direito interno como parte do sistema do direito. Assim, no diálogo heterárquico promovido no centro da ordem jurídica internacional, a decisão de um Estado de aplicar o seu direito interno produzindo uma conduta em desconformidade com uma norma internacional poderá ser considerada lícita se se verificar que a aplicação da norma interna era uma premissa fundamental da ordem jurídica interna. Em contraposição, se a conduta decorrente dessa aplicação da norma interna fere algum princípio fundamental no qual se baseia a norma internacional em questão, como uma norma de *jus cogens* ou uma obrigação *erga omnes*, a alegação do Estado não poderá prevalecer.

Deste modo, o reconhecimento de diferentes graus de importância dentre as normas da ordem jurídica interna pela programação da ordem jurídica internacional possibilita um entrelaçamento das estruturas normativas, viabilizando uma aprendizagem recíproca. A existência de uma norma interna de importância fundamental pode ser considerada como um argumento capaz de desobrigar o Estado em uma relação internacional, apesar do disposto no artigo 27 da CVDT/69. A construção dessa fundamentação precisa levar em conta uma integração das programações para se chegar a decisões mais aproximadas das expectativas criadas pelo sistema do direito na sociedade.

5.1.1.3 Objeto e finalidade das normas internacionais

⁶⁷⁸ Neste sentido, Thilo Rensmann: “‘internal law regarding competence to conclude treaties’ not only refers to the distribution of powers amongst various State organs with regard to the formation and declaration of the will to be bound by a treaty (eg legislative approval, ministerial countersignature, treaty referendum) but also to substantive limitations of the treaty-making power of the State as a whole” (DÖRR, Oliver; SCHMALENBACH, Kirsten (eds.) **Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary**. 2. ed. Berlin: Springer, 2018, p. 850). Villiger afirma que “the competence to conclude treaties refers to internal procedural as well as substantive rules on treaty-making” (Op. Cit., 2009, p. 589).

As instituições do centro da ordem jurídica internacional devem analisar, no caso concreto, se a aplicação do direito interno pelo Estado viola, de alguma maneira, o objeto e as finalidades de alguma norma internacional, considerando que estes são elementos previstos na CVDT/69 tanto para a interpretação dos tratados (artigo 31) quanto para a imposição de reservas (artigo 19), como para a verificação de uma violação substancial do tratado (artigo 60.3(b))⁶⁷⁹. Estas normas da CVDT/69 indicam que a ordem internacional considera o objeto e as finalidades dos tratados⁶⁸⁰ e, conseqüentemente, dos costumes, como aspectos essenciais das operações e do funcionamento do sistema jurídico internacional⁶⁸¹. Pellet, por exemplo, afirma que a definição do objeto e da finalidade tem a ver com a identificação da essência e do projeto global do tratado⁶⁸².

A Corte Internacional de Justiça teve um papel central no uso da expressão “objeto e finalidades” da norma internacional na Opinião Consultiva *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, publicada em 1951, por provocação da Assembleia Geral das Nações Unidas⁶⁸³. A Corte fixou o entendimento de que o objeto e as finalidades de um tratado limitam tanto a liberdade dos Estados para formular reservas quanto a de eles fazerem objeções às reservas formuladas por outros. A Opinião Consultiva ainda estabeleceu que cabe às partes envolvidas definir o conteúdo do objeto e das finalidades do tratado para verificar a compatibilidade de uma reserva; porém, havendo divergência de entendimento entre as partes, a questão poderia ser levada a um procedimento de solução de conflito⁶⁸⁴⁻⁶⁸⁵.

⁶⁷⁹ A importância dos conceitos de objeto e finalidade das normas internacionais é ampla e pode ser verificada ainda nos artigos 18, 33(4), 41.1(b)(ii) e 58.1(b)(ii) da CVDT/69. Importante observar que, na versão brasileira, a expressão “object” foi traduzida equivocadamente no artigo 31 como “objetivo”, como se pode ver em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm. Na versão portuguesa, o termo foi traduzido corretamente para “objecto”, conforme se pode verificar em <http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/rar67-2003.pdf>.

⁶⁸⁰ Sobre a distinção entre objeto e finalidade de um ato jurídico internacional, Jean-Paul Jacqué ensina que “l’objet d’un acte réside dans les droits et les obligations auxquels il donne naissance. L’objet d’un acte, c’est donc la norme qu’il crée”. Por outro lado, “Le but d’un acte, on the other hand, is the result achieved through l’objet. Les droits et les obligations créés par l’acte ne constituent pas une fin en eux-mêmes. Il ne sont que le moyen d’atteindre un résultat donné. Et c’est ce résultat qui forme, pour le ou les auteurs de l’acte, le but recherché (JACQUÉ, Jean-Paul, *Élément pour une Théorie de l’Acte Juridique en Droit International Public*. Bibliothèque de droit international, Vol. 69. Paris: LGDJ, 1972).

⁶⁸¹ Tratando do tema das reservas, Pellet afirma que “the Vienna Convention constitutes the end point of an evolution initiated long ago, which consists of the maximal facilitation of participation in multilateral conventions while preserving their purpose and object” (PELLET, Alain. “Article 19” em CORTEN, Olivier; KLEIN, Pierre. *The Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*. Vol. I. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 430).

⁶⁸² PELLET, Op. Cit., 2011, p. 447.

⁶⁸³ UNGA, Resolution 478(V), de 16 de novembro de 1950.

⁶⁸⁴ Corte Internacional de Justiça. *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*. ICJ Reports, 1951, p. 27, disponível em <https://www.icj-cij.org/files/case-related/12/012-19510528-ADV-01-00-EN.pdf>. Em Opinião Dissidente conjunta, que não prevaleceu, os Judges Guerrero, Sir

Buffard e Zemanek, em um profundo estudo sobre a expressão “objeto e finalidades” da norma internacional, chegam à conclusão que se trata de um “enigma”, pois somente tratados especialmente estruturados são capazes de fornecer respostas claras sobre seu sentido. Os autores concluem que não existe um teste objetivo para resolver a questão⁶⁸⁶, o que sugere que a solução será sempre decorrente de uma decisão tomada no centro da ordem jurídica internacional, induzindo uma reescrita da programação em cada caso. Chang-fa Lo, seguindo a doutrina francesa, aponta que, enquanto o conhecimento do objeto passa pela interpretação dos dispositivos de um tratado como um todo, buscando identificar aqueles que são essenciais para alcançar suas finalidades, a definição das finalidades pode estar expressa, ou não, no texto – no título, no preâmbulo, ou em alguma disposição especial⁶⁸⁷ –, logo pode exigir uma argumentação maior.

Ainda a respeito da importância que a ordem jurídica internacional confere ao objeto e às finalidades das normas, o artigo 31 da CVDT/69, que dispõe sobre a regra geral de interpretação dos tratados, determina que o contexto do tratado deve ser interpretado à luz do objeto e das finalidades. Tal regra geral de interpretação reforça a percepção de que a observância do objeto e das finalidades das normas internacionais deve orientar as tomadas de decisão no centro da ordem jurídica internacional. Neste sentido, a observação heterárquica da relação entre a ordem jurídica interna e a internacional, orientada neste mesmo sentido, poderá admitir a descrição de condutas com base nas normas internas de importância fundamental como compatíveis com o objeto e as finalidades de uma norma internacional considerada em seu contexto, mesmo que impliquem, no caso concreto, o descumprimento de determinadas obrigações.

Arnold McNair, Read e Hsu Mo apontaram que a solução baseada no objeto e finalidades para decidir a compatibilidade das reservas criaria dois tipos de normas no tratado: de maior e de menor relevância. No original: “two categories - of minor and major importance; when a particular provision formed part of ‘the object and purpose of the Convention’, a reservation made against it would be regarded as ‘incompatible’, and the reserving State would not be considered as a party to the Convention; when a particular provision did not form part of ‘the object and purpose’, any party which considered a reservation made against it to be “compatible” might regard the reserving State as a party” (Idem, p. 42).

⁶⁸⁵ Linderfalk acrescenta que “to determine the object and purpose of a treaty it is evident that a separate process of interpretation might sometimes be needed. In some cases, the intentions of the parties to a treaty with regard to its object and purpose are bound to be considered unclear” (LINDERFALK, Ulf. **The Interpretation of Treaties: The Modern International Law as Expressed in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties**. Translated by Peggy Oscarsson, Dordrecht: Springer, 2007, p. 205). Richard W. Edwards Jr. pontua, contudo, que uma interpretação autêntica das partes será sempre a solução mais desejável (EDWARDS JR., Richard W., *Reservations to Treaties*, 10 **Michigan Journal of International Law**, v. 10(2), 1989, pp. 362-405, p. 393-394.

⁶⁸⁶ BUFFARD, Isabelle; ZEMANEK, Karl. “The ‘Object and Purpose’ of a Treaty: en Enigma?” em **Austrian Review of International & European Law** n. 3, 1998, pp. 311-343, p. 342-343. Esta foi também a opinião da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas, em 1951, no **Report of the ILC on its 3rd Session**, UNGA, A/1858, 1951.

⁶⁸⁷ LO, Chang-fa. **Treaty Interpretation Under the Vienna Convention on the Law of Treaties: A New Round of Codification**. Singapura: Springer, 2017, p. 185-189.

Desta forma, é preciso verificar, em cada caso, se a aplicação de uma norma de importância fundamental do direito interno de um Estado em um determinado caso, como uma norma constitucional, representa, ou não, a frustração do objeto e das finalidades da norma internacional⁶⁸⁸. Este tipo de análise promove um diálogo entre as ordens entrelaçadas para buscar soluções capazes de manter as premissas fundamentais positivadas na programação do sistema do direito. A carga de subjetividade inerente à compreensão do “objeto e finalidades”⁶⁸⁹⁻⁶⁹⁰ de uma norma irá permitir um amplo espaço discursivo⁶⁹¹ no modelo de “labirinto” proposto por Wittgenstein, pelo reconhecimento de diferentes caminhos de sentido, sem a necessidade de recorrer a soluções fundamentadas na hierarquização das ordens jurídicas aplicáveis.

5.1.2 Consideração heterárquica do direito internacional na ordem jurídica interna

A programação do direito internacional deve ser observada pelo centro da ordem jurídica interna. Como a ordem jurídica internacional faz parte da estrutura normativa do sistema do direito, ela deve ser considerada em conjunto com as normas de direito interno, estabelecendo-se uma relação heterárquica entre as programações. Ao contrário do que acontece no direito internacional, a programação das ordens jurídicas estatais normalmente deixam muitas aberturas para a comunicação da programação internacional no centro do subsistema de direito interno⁶⁹². Como não há relação de sobreposição, e as normas fundamentais da ordem jurídica internacional entram na composição dos fundamentos do sistema do direito como um todo, que deve ser observado pelo centro da ordem jurídica interna, juntamente com as normas fundamentais particulares estabelecidas na Constituição⁶⁹³.

⁶⁸⁸ Shabbas afirma que a noção de objeto e finalidade de um tratado pode se modificar com o passar do tempo (SHABBAS, William A. “Reservations to the Convention on the Rights of the Child”, **Human Rights Quarterly**, Vol. 18, No. 2 (May, 1996), pp. 472-491, p. 479). No mesmo sentido, FITZMAURICE, Gerald. “The Law and Procedure of the International Court of Justice: Treaty Interpretation and other Treaty Points”, **British Yearbook of International Law**, vol. 33, 1957, pp. 203ss, p. 208.

⁶⁸⁹ Neste sentido, Linderfalk afirma que “the object and purpose of a treaty is in essence subjective” (LINDERFALK, Op. Cit., 2007, p. 204).

⁶⁹⁰ A necessidade de interpretação do sentido do objeto e da finalidade de um tratado é confirmada pela possibilidade de apresentação de objeção às reservas pelos demais Estados partes por considera-las incompatíveis com o objeto e finalidades do tratado em questão, conforme previsto no artigo 20 da CVDT/69.

⁶⁹¹ Para Pellet, “notwithstanding the inevitable ‘margins of subjectivity’ limited however by the general principle of good faith, paragraph (c) of Article 19 provides without doubt a useful guideline allowing resolution of most problems which arise, in a reasonable manner” (PELLET, Op. Cit., 2011, p. 446).

⁶⁹² VIRALLY, Op. Cit., p. 114.

⁶⁹³ Em sentido contrário, Rezek aponta que “descentralizada, a sociedade internacional contemporânea vê cada um de seus integrantes ditar, no que lhe concerne, as regras de composição entre o direito internacional e o de produção doméstica”, sendo a constituição nacional o vértice o ordenamento jurídico (REZEK, Op. Cit., 2015, p.

Como observa Neves, “nem todo entrelaçamento de ordens jurídicas ocorre entre tribunais”⁶⁹⁴, pois, muitas vezes, há a incorporação de normas de uma ordem por outra, o que não se traduz em diálogos entre cortes. Surge, nestes casos, uma necessidade de reinterpretção da ordem que incorpora os sentidos normativos advindos de outras ordens jurídicas, implicando novos aprendizados e intercâmbios permanentes, já que estes sentidos serão encontrados na racionalidade transversal entre as ordens e na comunicação advinda da ordem em que a norma se origina. Um exemplo importante dessa interação é trazido por Bucci, a respeito da relevância das políticas públicas no preenchimento dos espaços normativos para a concretização de objetivos que, muitas vezes, são estabelecidos em normas internacionais⁶⁹⁵. Menezes observa que a dinâmica da participação da sociedade civil nos fóruns internacionais amplia a complexidade da produção normativa e da estrutura normativa do sistema do direito⁶⁹⁶. No âmbito do direito europeu, o Tribunal da União Europeia consagrou os princípios da interpretação conforme⁶⁹⁷ e da aplicação uniforme⁶⁹⁸ do direito europeu pelos órgãos da estrutura institucional interna dos Estados membros.

Isto quer dizer que, quando uma ordem interna incorpora os sentidos de uma norma da ordem internacional, ela se vê obrigada a reelaborar a autodescrição de sua estrutura interna a partir dos sentidos normativos que são atribuídos às normas internacionais pelo centro da ordem internacional, isto é, por suas instituições⁶⁹⁹. É por esta razão que, no momento de aplicar uma norma internacional, os tribunais dos Estados, mas também a administração pública e mesmo o poder legislativo, devem levar em consideração a forma como as instituições internacionais utilizam esta norma em suas operações⁷⁰⁰. Como centro de decisões da ordem jurídica internacional, os tribunais internacionais são as instituições responsáveis pela interpretação da programação internacional.

Desta maneira, a jurisprudência internacional se apresenta como decisão de sentido das normas internacionais frente aos órgãos da estrutura institucional das ordens jurídicas internas. Isso não quer dizer, contudo, que exista uma relação de hierarquia entre a

127). Cf. BAHIA, Saulo José Casali. **Tratados Internacionais no Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 162-163.

⁶⁹⁴ NEVES, Op. Cit., 2009, p. 118.

⁶⁹⁵ BUCCI, Maria Paula Dallari. “Buscando um Conceito de Políticas Públicas para a Concretização dos Direitos Humanos”, disponível na Internet em <http://www.dhnet.org.br/direitos/textos/politicapublica/mariadallari.htm>, acessado em 14 de novembro de 2019.

⁶⁹⁶ MENEZES, Op. Cit., 2017b, p. 1238.

⁶⁹⁷ TJE, *Acórdão Francovich e O.*, de 19 de novembro de 1991, Processos C-6/90 e C-9/90.

⁶⁹⁸ TJE, *Acórdão Simmenthal*, de 09 de março de 1978, Processo 106/77.

⁶⁹⁹ MENEZES, Op. Cit., 2013, p. 135.

⁷⁰⁰ MENEZES, Op. Cit., 2017b, p. 1295. LAGE, Délber Andrade. **A Jurisdicionalização do Direito Internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

jurisdição internacional e a jurisdição interna, mas sim que é no centro da ordem internacional que se pode encontrar o sentido normativo de sua estrutura⁷⁰¹. Por isso, não cabe a um tribunal, ou a qualquer órgão da estrutura da ordem jurídica interna de um Estado, confrontar sua interpretação particular de uma norma internacional com aquela que tenha sido dada por uma instituição internacional⁷⁰².

O reconhecimento das normas internacionais no centro da ordem jurídica interna, levando-se em conta o sentido normativo atribuído pelas operações da ordem internacional, tem o potencial para promover entrelaçamentos com a programação normativa interna por meio da racionalidade transversal para a reconstrução, e, em certos casos, até uma desconstrução de sentidos. Assim é que o sistema do direito, ao se valer da autorreferência garantida pelo símbolo da validade das normas, estabiliza-se na certeza de que a incerteza das premissas não bloqueia a decisão⁷⁰³. Este movimento de integração e desintegração garante a manutenção da diferenciação funcional, sem impedir a aprendizagem e o desenvolvimento.

A situação oposta também pode acontecer, pois fenômenos como os danos ambientais, o comércio e as finanças internacionais, a criminalidade organizada transfronteiriça e as graves violações dos direitos humanos, por exemplo, com frequência atingem ordens jurídicas estatais distintas⁷⁰⁴. Essa multiplicação de casos jurídicos transterritorializados, que alcançam o nível reflexivo e revelam a identidade de sentidos entre as diversas ordens estatais, leva, muitas vezes, à incorporação de novas normas na ordem jurídica do direito internacional. Com isso, operam-se novas reescritas da programação internacional pelas instituições centrais, que irão se aproveitar da aprendizagem obtida por meio da cooperação entre os Estados. Deve-se observar, ainda, o fenômeno dos tratados

⁷⁰¹ De acordo com Cançado Trindade, “os tribunais internacionais de direitos humanos existentes - as Cortes Européia, e Interamericana de Direitos Humanos - não ‘substituem’ os tribunais internos, e tampouco operam como tribunais de recursos ou de cassação de decisões dos tribunais internos. Não obstante, os atos internos dos Estados podem vir a ser objeto de exame por parte dos órgãos de supervisão internacionais quando se trata de verificar a sua conformidade com as obrigações internacionais dos Estados em matéria de direitos humanos”. (TRINDADE, A. A. Cançado. “Direito Internacional e Direito Interno: sua Interação na Proteção dos Direitos Humanos”, na Internet em <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/cancadotrindade/cancado02.htm>, acesso em 17.07.2019).

⁷⁰² Schmalenbach afirma que “National jurisprudence is not qualified to confute the customary rule reflected in Art 27, given that national judicial decisions exclusively reflect the perspective of the national legal system that resolves upcoming conflicts between international obligations and national law on the basis of its own rules” (DÖRR; SCHMALENBACH (eds.). Op. Cit., p. 501).

⁷⁰³ LUHMANN, Op. Cit., 2004, p. 50. Ladeur explica que a instabilidade das variadas possibilidades de decisão no modo operacional do sistema desestabiliza o princípio da validade, que é reestabilizado pela recursividade (Op. Cit., 1999, p. 14).

⁷⁰⁴ MENEZES, Op. Cit., 2005, *passim*. Cf. SANTOS, Boaventura de Sousa. “Para uma concepção multicultural dos direitos humanos” em **Contexto Internacional**, Vol. 23, n. 1, pp. 7-34, 2001, p. 11-13.

multilaterais que, por seus próprios termos, admitem uma justificativa de não cumprimento de suas obrigações com fundamento no direito interno, como pontes de transição⁷⁰⁵.

No centro das ordens jurídicas internas, constitui-se um equívoco considerar as normas internacionais em um sentido hierárquico no confronto com as normas nacionais. Embora devam ser observadas como partes integrantes da estrutura complexa multicêntrica do sistema do direito, as normas da programação internacional não integram a programação da ordem jurídica interna⁷⁰⁶, vez que não são produzidas pelas mesmas autoridades, nem seguem o procedimento do processo legislativo. Não se pode confundir a semelhança do processo de aprovação das leis e o de aprovação dos tratados nos parlamentos dos Estados com sua internalização⁷⁰⁷. Os sentidos de um tratado internacional, ou de um costume internacional, podem ser internalizados na forma de atos normativos nacionais, como leis, decretos e até emendas constitucionais⁷⁰⁸, mas não se tornam, por isso, norma interna. A existência, a validade e a eficácia das normas internacionais são regidas pela sua própria programação⁷⁰⁹. Por isso, não fazem sentido nem o controle de constitucionalidade de tratados, nem o controle de convencionalidade de leis.

5.1.2.1 Controle de constitucionalidade de normas internacionais

O controle de constitucionalidade de tratados internacionais não faz sentido, pois o propósito da discussão sobre a constitucionalidade das normas está em verificar a sua conformidade com a programação normativa da Constituição, em sentido formal e material. O tratado, como norma da ordem jurídica internacional, não integra a programação normativa da

⁷⁰⁵ Schmalenbach indica que, nestes casos, o artigo 27 da CVDT/69 não seria aplicável: “since the term ‘failure’ presupposes that the non-performance of the treaty must be internationally wrongful, Art 27 is not applicable to treaties, which by their own terms allow relying on internal law in order to justify the nonperformance of treaty obligations” (DÖRR; SCHMALENBACH (eds.). Op. Cit., p. 502).

⁷⁰⁶ As normas internacionais poderão produzir efeitos diretos na ordem jurídica interna quando isso for expressamente estabelecido na programação do direito interno, como a regra do direito inglês no sentido de que “the law of nation is part of the law of the land”. Lauterpacht adverte, contudo, que “the doctrine of incorporation thus conceived does not imply the supremacy of International Law” (Op. Cit., 1939, p. 64-65). O mesmo ocorre em relação ao disposto no §2º do artigo 5º da Constituição brasileira, que será analisado mais adiante.

⁷⁰⁷ Faz esta confusão, entre outros, Mazzuoli, ao se referir a “antinomias que decorrem das incompatibilidades da ordem jurídica interna com os mandamentos convencionais” (MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Direito Interno**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 20). No mesmo sentido, ver GUERRA, Sidney. **O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Controle de Convencionalidade**. São Paulo: Atlas, 2013, pp. 186-187.

⁷⁰⁸ Isto pode se dar, como, por exemplo, no caso da Lei n. 8.617/93, que reproduz os dispositivos da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, de 1982, sobre o mar territorial, a zona contígua, a zona econômica exclusiva e a plataforma continental brasileiros.

⁷⁰⁹ Neste sentido que a CVDT/69, ao definir tratado, no artigo 2(1)(a), indica que é um acordo “regido pelo direito internacional”.

Constituição de nenhum Estado. Mesmo quando o texto constitucional inclui o tratado no rol de fontes do direito interno, isso não subverte a natureza jurídica do tratado enquanto fonte do direito internacional. O tratado internacional, portanto, não está submetido ao controle de constitucionalidade de nenhum Estado.

A evidência disso está na impotência do controle de constitucionalidade para atingir qualquer das esferas do tratado, a existência, a validade e a eficácia. A declaração de inconstitucionalidade de um tratado não o tornará inexistente, pois, enquanto ato da ordem internacional, permanecerá como tal. A inconstitucionalidade tampouco afetará a validade do tratado, que é aferida de acordo as normas gerais da programação internacional, como a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, de 1969, cuja aplicação está sujeita ao exame de instituição do centro da ordem internacional. Nem mesmo a sua eficácia será abalada pela declaração de inconstitucionalidade, pois o fato de o Estado não aplicar, em sua jurisdição interna, o tratado não implica a ineficácia normativa do tratado, mas tão-somente sua ineficácia social no caso concreto⁷¹⁰.

Como previsto no artigo 27 da CVDT/69, um Estado não pode escusar-se de cumprir uma obrigação internacional com fundamento em seu direito interno, logo, a negação de efeitos internos de um tratado internacional com fundamento na Constituição configura um ato ilícito na ordem jurídica internacional. A declaração de inconstitucionalidade do tratado e a recusa de sua aplicação pelas instituições nacionais produzirão, no plano internacional, a eficácia normativa do tratado internacional pela possibilidade de uma tomada de decisão pelas instituições internacionais no sentido da imposição das consequências pelo ato de descumprimento praticado pelo Estado em questão. Portanto, o chamado “controle de constitucionalidade” de um tratado internacional não tem o sentido que se lhe costuma atribuir, pois não produz nenhum efeito sobre a regência jurídica do tratado enquanto fonte normativa da ordem jurídica internacional, porque o procedimento trata como hierárquica uma relação que é, em verdade, heterárquica. Ao fazer isso, o Estado abdica das possibilidades de diálogo e de aprendizagem e, ao invés de buscar soluções definitivas para o problema, resolve pela criação de um novo problema, que será a imposição de sanções ao Estado pela ordem internacional pelo descumprimento de uma norma.

A adoção do controle de constitucionalidade é uma decorrência evolutiva do Estado de Direito (*rule of law*)⁷¹¹ que, por sua vez, é uma aquisição civilizacional no quadro

⁷¹⁰ MIRKINE-GUETZÉVITCH, Op. Cit., 1931, p. 324.

⁷¹¹ CARNEIRO, Op. Cit., 2018. Cf. CHEVALLIER, Jacques. *L'État de droit*. 5e. édition. Paris: Montchrestien, 2010.

da evolução da sociedade organizada na forma de Estado. No contexto da diferenciação funcional do direito, garantida pelo acoplamento estrutural entre direito e política na Constituição, em que a política cria o direito sob a condição de proceder em conformidade com ele⁷¹², a hierarquia das normas constitui-se como uma tautologia: o direito pode ser mudado, mas somente dentro do quadro constitucional⁷¹³. Isto é, ele pode ser mudado dentro de seus próprios limites, que são estabelecidos em normas como o artigo 60, §4º, da Constituição, ou as normas procedimentais do Parlamento, que bloqueiam as propostas que violem a autolimitação do sistema do direito.

Neste sentido, o reconhecimento de normas que não são produzidas no quadro da ordem jurídica constitucional como parte do sistema do direito é observado como um paradoxo, que não pode ser resolvido pelo controle de constitucionalidade, pois a validade dessas normas não responde à hierarquia da ordem constitucional. Neste caso, é necessário recorrer à reflexão como observação da identidade, que consiste na distinção de sua particularidade para com o ambiente, mas também na observação do sistema baseada na unidade de uma diferença, como unidade a partir de sua auto-identidade e de sua autodiferença⁷¹⁴.

Neste sentido é que o centro da ordem jurídica doméstica deve refletir sobre o direito internacional no momento da tomada de decisão, por identificá-lo como parte do sistema do direito e pela capacidade de compreender a sua diferença em relação à programação do direito interno. O entrelaçamento das hierarquias (no sentido de *tangled hierarchies*)⁷¹⁵ resulta no reconhecimento da heterarquia, que permite uma decisão reflexiva sobre a unicidade do sistema do direito, com abertura para o aprendizado e, conseqüentemente, para uma reescrita da programação que permita a continuidade da redundância autopoiética. Assim, a observância dos efeitos da norma internacional pelo centro da ordem jurídica do Estado no quadro da ordem normativa constitucional não depende do juízo de adequação na forma de um controle, ainda mais no ambiente de cooperação internacional, mas da capacidade de construção de sentidos que respondam às demandas da sociedade.

5.1.2.2 Controle de convencionalidade de normas internas

⁷¹² LUHMANN, Op. Cit., 1996, *passim*.

⁷¹³ LUHMANN, Op. Cit., 2004, p. 39.

⁷¹⁴ LUHMANN, Op. Cit., 2004, p. 40-41.

⁷¹⁵ Ver, acima, item 2.7.2.

O controle de convencionalidade das leis infraconstitucionais ou dos atos normativos infralegais não faz sentido pela razão inversa. O tratado não pode ser considerado como norma hierarquicamente superior às leis, pois não integra a mesma ordem jurídica delas. Assim, a existência, a validade e a eficácia de uma lei são determinadas pela programação normativa interna. A existência e a validade das leis decorrem da sua conformidade com os procedimentos e com as normas constitucionais⁷¹⁶. Por isso, para as leis e os atos infralegais, o controle de constitucionalidade faz todo o sentido. A existência de um tratado internacional, do qual o Estado faz parte, não é um impeditivo estrutural, de acordo com a ordem jurídica interna, para a adoção de uma lei em sentido contrário, salvo se houver norma interna expressa neste sentido.

Assim, no momento em que a Emenda Constitucional n. 45/2004 incluiu o §3º no artigo 5º da Constituição, dando força de emenda constitucional aos tratados sobre direitos humanos aprovados com o quórum qualificado ali previsto, foi a própria ordem interna que criou a limitação de legislar em sentido contrário ao estabelecido naquele tratado. Uma lei que venha a colidir com um tratado internacional desta natureza não deve estar sujeita a um “controle de convencionalidade”, mas a um controle de constitucionalidade, que é de onde origina o comando de limitação do poder de legislar para a autoridade legiferante (i.e., o artigo 5º, § 3º, da Constituição). No caso do §2º do artigo 5º, como será visto adiante, a eventual supressão dos efeitos de um direito previsto em um tratado pelos dispositivos de uma lei deve ser observada pela jurisdição interna como um controle de constitucionalidade. Portanto, exceto na hipótese de uma norma da ordem jurídica interna estabelecer uma regra neste sentido, a lei que colide com um tratado não é inexistente nem inválida⁷¹⁷. Logo, sua eventual ineficácia não decorrerá da desconformidade da lei em si com os parâmetros normativos da ordem internacional, mas do atendimento das expectativas de comportamento verificadas na progração internacional.

Neste sentido, a decisão do STF pela eficácia paralisante da norma infraconstitucional que conflita com tratados sobre direitos humanos não implica a invalidação desta norma⁷¹⁸. A solução encontrada pelo Supremo procura adequar o comportamento do Estado às expectativas criadas na programação internacional. No entanto,

⁷¹⁶ BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?** Trad. José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 2008, p. 38-40.

⁷¹⁷ Em sentido contrário, partindo de uma premissa hierárquica, Mazzuoli aduz que a validade das leis depende da sua compatibilidade com os tratados, o que ele chama de “compatibilidade vertical material” ou “segunda análise de compatibilidade”, afirmação que não procede, já que os tratados não são fonte de autoridade do poder legislativo, como é a Constituição (MAZZUOLI, Valério. **O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis**. São Paulo: RT, 2009, p. 86-87). Cf. RAMOS, Op. Cit., 2012, p. 57-58.

⁷¹⁸ STF, RE 466.434-SP.

o uso da expressão “supralegalidade” dos tratados, neste caso, é inadequada, pois remete a uma solução hierarquizada, o que não ocorre. A relação é heterárquica, não se podendo falar em supremacia, ou em primazia de uma ordem sobre a outra. A decisão deverá decorrer sempre do diálogo viabilizado pelo entrelaçamento por meio das pontes de transição. Também não se justifica a limitação da solução da eficácia paralisante aos tratados sobre direitos humanos. A decisão de obstar os efeitos de uma norma interna para garantir o cumprimento de uma obrigação internacional pode se basear em uma norma emanada de qualquer fonte do direito internacional⁷¹⁹. A norma internacional deve ser observada não porque é superior à legislação interna, mas por representar um dever do Estado perante a comunidade internacional.

Por outro lado, do ponto de vista da ordem jurídica internacional, a existência de um tratado internacional, do qual o Estado faz parte, é um impeditivo normativo para que o poder legislativo adote uma lei em sentido contrário, por se tratar de uma conduta contrária às expectativas de comportamento criadas pela norma internacional. Vale observar que essa obrigação negativa existe mesmo antes da ratificação do tratado, conforme se depreende do artigo 18 da CVDT/69, que determina que o Estado, ao assinar o instrumento, se compromete a não praticar atos que frustrem o objeto e as finalidades do acordo. Isso não quer dizer, entretanto, que a norma interna passe a ter como requisito de validade a adequação substancial aos termos do tratado. O ato de editar a lei pode se constituir em um ato ilícito internacional, como previsto nos tratados regionais de direitos humanos⁷²⁰, mas, em geral, é a aplicação da lei nacional, em detrimento dos efeitos do tratado, que pode se constituir como conduta ilícita no plano internacional, não a lei em si⁷²¹. De qualquer maneira, da ótica da ordem internacional, é a edição ou a aplicação da lei que podem se constituir como condutas ilícitas,

⁷¹⁹ Crawford afirma que, nestes casos, a ordem internacional atua como um *critical standard*, como uma segunda ordem de juridicidade, pois ela opera em relação com o direito nacional (CRAWFORD, Op. Cit., 2014, p. 215).

⁷²⁰ Artigo 2 da Convenção Americana de Direitos Humanos; artigo 2 da Convenção Europeia de Direitos Humanos; artigo 1º da Convenção Africana dos Direitos Humanos e dos Povos.

⁷²¹ A Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso *Barrios Altos*, decidiu que os Estados que adotem leis que tenham por efeito a anistia de crimes, a prescrição ou excludentes de responsabilidade que pretendam impedir a investigação e sanção dos responsáveis por graves violações dos direitos humanos, como a tortura, execuções sumárias, extralegais ou arbitrárias e desaparecimentos forçados (Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Caso Barrios Altos v. Peru*. Sentença de 14 de março de 2014). Observe-se que a Convenção Americana de Direitos Humanos estabelece no artigo 2 a obrigação de o Estado adotar as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades. No entanto, ainda assim, a sentença da Corte se mostra preocupada com os efeitos que as leis de anistia peruanas causavam, pois implicava violação dos artigos 8 e 25 da Convenção. Sobre os casos da Corte Interamericana de Direitos Humanos em torno das leis de anistia nos países latino-americanos, ver BORGES, Thiago Carvalho. “Regime de Transição vs. Justiça de Transição: Uma Análise Comparativa da (in)aplicabilidade das Leis de Anistia nos Estados Latino-Americanos à luz da Convenção Americana de Direitos Humanos” em MENEZES, Wagner. **Direito Internacional em Expansão**. Belo Horizonte: Arraes, 2017, pp. 344-359.

não a lei enquanto ato. A conformidade com o direito da lei em si decorre dos parâmetros de validade, que são aferíveis apenas pelo centro da ordem jurídica interna e de acordo com a sua programação.

Assim posto, a rigor, não há controle judicial de convencionalidade sobre leis ou atos infralegais, como se estes atos estivessem hierarquicamente submetidos às normas internacionais. Deve-se observar, ainda, que a própria expressão “controle de convencionalidade” é reducionista do fenômeno normativo internacional, que se reproduz por outras fontes, além dos tratados internacionais. Como já foi explicado⁷²², a eficácia da norma internacional se propaga por todas as funções do Estado, que devem cumprir suas obrigações decorrentes de sua inserção na sociedade internacional⁷²³. Com isso, a observância da norma internacional, oriunda de qualquer fonte, pelo poder legislativo da ordem jurídica interna, não decorre da inclusão desta norma na programação da ordem jurídica interna, mas da expectativa de uma conduta congruente com a programação internacional.

Por esta razão, o poder legislativo, no momento de aprovar uma lei, ou os entes da administração pública, quando forem adotar atos normativos infralegais de sua competência, devem considerar o conjunto das obrigações internacionais, assim como as normas internacionais que estabelecem direitos subjetivos para particulares, com as quais o Estado tenha se comprometido, para evitar a adoção de normas que possam produzir como efeitos concretos a prática de atos pelo Estado que sejam observados no âmbito da ordem jurídica internacional como desconformes com a programação jurídica. Isso não implica considerar as normas internacionais como superiores hierarquicamente, mas em considerá-las como parte da programação geral do sistema do direito e, portanto, como parte do direito que deve ser observado no momento das tomadas de decisão pelo centro da ordem jurídica interna.

Assim, é esperado, pelos ditames de boa fé, que os atos normativos internos, legais e infralegais, estejam direcionados para a produção de condutas do Estado em conformidade com a programação internacional. Mas isso pode se dar, ou não. E a adoção de uma lei ou ato normativo infralegal colidente com a programação internacional não irá implicar, por esta colisão, a inexistência ou a invalidade desta norma. No entanto, como o comando de uma norma é indicativo de um comportamento do destinatário, como expectativa de conduta, os destinatários desse comando – no caso de uma norma internacional, todos os

⁷²² Ver Item 5.1.

⁷²³ Ver, a este respeito, o Caso *LaGrand*, julgado pela Corte Internacional de Justiça, sobre a obrigação incumbente aos Estados Unidos de adotar todas as medidas possíveis para dar cumprimento à Decisão proferida pela Corte em 1999: “The United States of America should take all measures at its disposal to ensure that Walter LaGrand is not executed [by the State of Arizona]” (CIJ, *LaGrand*, [2001] ICJ Rep 466, para 111).

agentes do Estado – devem observar a norma internacional tanto no momento de criar uma lei⁷²⁴ quanto no momento de aplicá-la, considerando a relação heterárquica entre esta norma e as existentes na programação internacional. Por isso, caberá ao poder judiciário se manifestar quando se deparar com uma lei cuja aplicação implique a ineficácia ou a violação de uma norma internacional, mas isso não se dará no sentido do “controle” de adequação das normas internas à programação internacional, mas no sentido de observar, no caso concreto, o paradoxo do confronto de normas pertencentes a distintas ordens jurídicas, mas que se identificam como direito. O desafio da desparadoxização está em encontrar, pelos diferentes caminhos propostos, a decisão que melhor reflete a programação geral da *unitas multiplex* do sistema do direito. Logo, não é de controle, no sentido de fechamento, de conformidade ou de adequação, que se trata a participação do poder judiciário, mas de diálogo, de entrelaçamento, de assentimento e de abertura cognitiva orientados pela autopoiese do sistema do direito.

Para comprovar que o controle de convencionalidade pelos tribunais internos⁷²⁵ não tem sentido, tome-se a hipótese de um caso em que uma decisão seja tomada por um juiz nacional acerca da “convencionalidade” de uma determina lei interna, mantendo a sua aplicação. A parte interessada na não aplicação da lei à luz da convenção venha a recorrer às instâncias superiores da ordem jurídica interna, que decidem manter a decisão do juiz de primeiro grau. Encerrado o caso pelo trânsito em julgado, o interessado leva o caso às autoridades internacionais, que, interpretando a convenção, decidem que a eficácia da lei interna viola uma obrigação internacional. O paradoxo se revela no absoluto vazio de sentido de todo o processo desenvolvido no âmbito da jurisdição interna no qual se pretendeu fazer um “controle de convencionalidade”. Como afirma Luhmann, no interior do sistema autorreferencial e fechado “não há controle que não seja controlado”⁷²⁶. Neste sentido, não tem razão a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso *Gomes Lund e Outros vs. Brasil*, quando questiona o fato de as autoridades nacionais não terem exercido o controle de convencionalidade, especialmente pela decisão do STF que confirmou a validade da interpretação da Lei de Anistia “sem considerar as obrigações internacionais do Brasil

⁷²⁴ Jiménez de Aréchaga afirma que a responsabilidade do Estado pela edição de lei que contraria uma obrigação internacional depende do caso concreto. Ele entende que a responsabilidade decorrerá do momento em que o dano se concretiza, mas chama atenção para o fato de que a demanda pode emergir do simples fato de a lei interna ter sido editada se, por efeito de sua entrada em vigor, o dano já estiver concretizado. Ele exemplifica no caso de uma lei que, contrariando a imunidade de jurisdição do Estado, venha a confiscar os bens de outro Estado situados em seu território (JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo. **International Law in the Past Third of a Century**. *Recueil des Cours*, The Hague: ILA, 1978, p. 276-277).

⁷²⁵ Ramos denomina de “controle de convencionalidade nacional ou provisório o exame de compatibilidade do direito interno com as normas internacionais feito pelos tribunais internos (RAMOS, Op. Cit., 2012, p. 57).

⁷²⁶ LUHMANN, Op. Cit., 2004, p. 41.

derivadas do Direito Internacional”⁷²⁷. A constitucionalidade da Lei de Anistia não pode ser apreciada pelo órgão instituído para aplicar a Convenção Americana de Direitos Humanos. A constitucionalidade é avaliada à luz da Constituição. E não compete à Corte decidir sobre a constitucionalidade de uma lei. Ainda que se possa questionar, tendo em vista o disposto no §2º, artigo 5º da Constituição, que direitos e garantias fundamentais decorrentes da Convenção tenham sido inobservados pela decisão do Supremo, a sede da discussão era a da ordem jurídica interna, e não a internacional.

O problema posto ao STF foi se a Lei de Anistia havia sido ou não recepcionada pela Constituição. O STF decidiu, na ADPF n. 153, que a Lei de Anistia foi recepcionada pela Constituição de 1988 e, portanto, é uma lei válida na ordem jurídica interna. Como lei válida, está apta a produzir seus efeitos, como, de fato, produz⁷²⁸. Assim, a decisão do STF em nada colide com a sentença da Corte, eis que têm escopos distintos. Uma lei considerada constitucional pelo STF pode ser julgada pela Corte como atentatória dos direitos previstos na Convenção e sua aplicação pode ser condenada como ato ilícito internacional do Estado⁷²⁹. Ressalte-se que, mesmo sendo considerada constitucional, uma eventual decisão de um juiz ou tribunal nacional de não aplicação da Lei de Anistia com fundamento nas obrigações assumidas na Convenção Americana de Direitos Humanos é possível, posto que os fundamentos são completamente distintos, em razão de um entrelaçamento por meio da racionalidade transversal. Em outras palavras, a lei pode ser considerada constitucional, porque o centro da ordem jurídica interna assim decidiu, mas ter a sua aplicação bloqueada em um caso concreto, por se entender que seus efeitos contrariam obrigações internacionais do Estado, observadas no fluxo de sentidos heterárquico. Ainda assim, uma decisão posterior de um tribunal interno, em um caso concreto, de não aplicação da Lei de Anistia em face das obrigações internacionais assumidas pelo Brasil, ou em razão da sentença da Corte no Caso *Gomes Lund*, não tornaria a lei inválida, mas apenas normativamente ineficaz.

Ressalte-se que, do ponto de vista heterárquico, nem mesmo o “controle de convencionalidade” exercido pelo centro da ordem jurídica internacional faz sentido. A doutrina do bloco de convencionalidade⁷³⁰ indica a primazia dos tratados de direitos humanos

⁷²⁷ CtIDH. *Gomes Lund e Outros v. Brasil*.

⁷²⁸ Ver, a este respeito, MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Crimes da Ditadura Militar: Relatório sobre as atividades de persecução penal desenvolvidas pelo MPF em matéria de graves violações a DH cometidas por agentes do Estado durante o regime de exceção**. Brasília: MPF, 2017.

⁷²⁹ Como afirma Vilanova, “encontramos, ainda, contradições entre Direito Internacional geral e leis constitucionais, entre tratados e leis ordinárias, entre sentenças de órgãos internacionais e sentenças de órgãos jurisdicionais estatais” (VILANOVA, Op. Cit., 2010, p. 263-264).

⁷³⁰ MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad: el nuevo paradigma para el juez mexicano” em ARNAZ, Alejandro Saiz; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (coords.)

sobre as normas de direito interno. O Tribunal de Justiça Europeu, nos casos *Van Gend em Loos* e *Costa/ENEL* estabeleceu que o direito comunitário, de primeiro grau (tratados constitutivos) e de segundo grau (editado pela autoridade comunitária), prevalece sobre o direito interno⁷³¹. Este entendimento foi estabilizado, posteriormente, pela positivação do princípio da primazia na Declaração n. 17 anexa ao Tratado da União Europeia⁷³². No entanto, a solução não propôs a invalidação das normas de direito interno dos Estados membros da União Europeia, pois o Tribunal não tem esse poder, mas reconheceu a possibilidade de o Estado ser condenado a desfazer o ato que viola o direito europeu⁷³³.

Desta maneira, não tem razão a parte da sentença no caso *Gomes Lund* em que a Corte Interamericana de Direitos Humanos afirmou que as disposições da Lei de Anistia brasileira que impedem a investigação e a sanção de graves violações de direitos humanos “carecem de efeitos jurídicos”⁷³⁴. A afirmativa, baseada em uma premissa hierárquica de prevalência do direito internacional, não procede, já que a aplicação da Lei de Anistia pelo Poder Judiciário brasileiro tem produzido seus efeitos jurídicos normalmente. A Corte não tem razão, neste caso, porque não tem competência para decidir sobre a existência ou não de efeitos jurídicos das normas da ordem jurídica interna⁷³⁵. Como foi visto, as normas jurídicas

Control de Convencionalidad, Interpretación Conforme y Diálogo Jurisprudencial: una visión desde América Latina y Europa. México: Porrúa-UNAM, 2012, p. 109-111.

⁷³¹ TJE. *Van Gend en Loos c. Netherlands Inland Revenue Administration* (1963). TJE. *Costa c. Enel* (1964).

⁷³² Tratado da União Europeia. Declaração n. 17. **Declaração sobre o primado do direito comunitário.** A Conferência lembra que, em conformidade com a jurisprudência constante do Tribunal de Justiça da União Europeia, os Tratados e o direito adotado pela União com base nos Tratados primam sobre o direito dos Estados-Membros, nas condições estabelecidas pela referida jurisprudência.

Além disso, a Conferência decidiu anexar à presente Ata Final o parecer do Serviço Jurídico do Conselho sobre o primado do direito comunitário constante do documento 11197/07 (JUR 260):

"Parecer do Serviço Jurídico do Conselho, de 22 de junho de 2007

Decorre da jurisprudência do Tribunal de Justiça que o primado do direito comunitário é um princípio fundamental desse mesmo direito. Segundo o Tribunal, este princípio é inerente à natureza específica da Comunidade Europeia. Quando foi proferido o primeiro acórdão desta jurisprudência constante (acórdão de 15 de julho de 1964 no processo 6/64, Costa contra ENEL), o Tratado não fazia referência ao primado. Assim continua a ser atualmente. O facto de o princípio do primado não ser inscrito no futuro Tratado em nada prejudica a existência do princípio nem a atual jurisprudência do Tribunal de Justiça”.

⁷³³ A questão foi mais elaborada no Acórdão *Simmenthal*, de 1978, onde o Tribunal da União Europeia decidiu que constituía um ilícito em conformidade com o direito comunitário os atos do Estado (legislativos, executivos ou judiciais) que obstassem os efeitos da sentença do tribunal europeu que determinasse o cancelamento dos atos praticados pelo Estado em violação do direito comunitário. (TJE. *Amministrazione delle Finanze dello Stato c. Simmenthal Spa* (1978)).

⁷³⁴ CtIDH. *Gomes Lund e Outros v. Brasil*. Cf. CtIDH. *Almonacid Arellano vs. Chile*; CtIDH. *Trabajadores cesados del Congreso vs. Peru*. CtIDH. *Cabrera García e Montiel Flores vs. México*.

⁷³⁵ Em sentido contrário, Mazzuoli afirma que “os tribunais internacionais têm competência para *anular* a norma estatal contrária ao direito internacional, caso em que o Estado (responsável pela edição da combatida lei) deve ser responsabilizado no plano internacional por ato de seu Poder Legislativo” (Op. Cit., 2009, p. 88). A opinião é contraditória e não tem amparo no direito internacional. Nenhum dispositivo na Convenção Americana de Direitos Humanos ampara a afirmação de que a Corte Interamericana de Direitos Humanos teria competência para decidir sobre a validade ou invalidade de norma interna. O artigo 63(1) da Convenção dispõe que “Quando decidir que houve violação de um direito ou liberdade protegidos nesta Convenção, a Corte determinará que se

internas estão sujeitas às autoridades e procedimentos da ordem jurídica interna, não sendo cabível a uma autoridade internacional decidir sobre a validade, ou não, de seus efeitos⁷³⁶. Por outro lado, a Corte está correta ao considerar que a forma como interpretada e aplicada a Lei de Anistia “afetou o dever internacional do Estado de investigar e punir as graves violações de direitos humanos” e que o Estado descumpriu a obrigação de adequar o seu direito interno às previsões da Convenção, pois este é um juízo decisório que se encontra no âmbito de sua competência.

As possibilidades de se chegar a decisões que conjuguem a ordem jurídica interna e a internacional heterarquicamente dependem de pontes de transição que permitam a abertura cognitiva das programações envolvidas e a observação da unicidade do sistema do direito⁷³⁷. A busca por decisões que promovam reescritas da programação que, ao mesmo tempo, tragam estabilidade ao sistema e atendam às demandas do ambiente é o desafio que a observação heterárquica pretende alcançar. O entrelaçamento transversal deve permitir a reconstrução permanente da estrutura das ordens jurídicas por meio da aprendizagem com todas as ordens interessadas na solução dos problemas, evitando tanto a autodestruição (da ordem na qual a decisão é tomada) quanto a heterodestruição (das outras ordens em situação de colisão).

5.2 AS PONTES DE TRANSIÇÃO E A SISTEMATICIDADE DO DIREITO

O fato de a lei nacional se aplicar no centro da ordem jurídica interna em detrimento da existência de uma obrigação internacional em sentido contrário, tendo como consequência a aplicação da norma internacional, no centro da ordem jurídica internacional, considerando ilícita a conduta do Estado com fundamento em seu direito interno⁷³⁸, comprova, efetivamente, a relação heterárquica entre a ordem jurídica interna e a

assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados. Determinará também, se isso for procedente, que sejam reparadas as conseqüências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada”. Não há como se extrair deste dispositivo uma jurisdição da Corte sobre a validade das normas internas dos Estados partes na Convenção. A imposição de responsabilidade do Estado por ato do poder legislativo tampouco serve de fundamento para o argumento de que, por este motivo, a lei interna seria inválida. Pelo contrário, a responsabilização do Estado decorrerá justamente do fato de a lei interna ter sido considerada pelo centro da ordem jurídica interna como válida e eficaz, pois, se ela fosse ineficaz, responsabilidade não haveria.

⁷³⁶ Cf. FIGUEIREDO, Marcelo. **Controle de Constitucionalidade e de Convencionalidade no Brasil**. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 88.

⁷³⁷ Rosalyn Higgins aponta que as respostas internas ao direito internacional dependem da cultura jurídica nacional e da cultura pessoal dos juízes (HIGGINS, Rosalyn. **Problems and Process: international law and how we use it**. Oxford: Oxford University Press, 1994, p. 206).

⁷³⁸ Soares afirma que “logo que um Estado se comporte de maneira contrária a estes princípios mínimos de convivência internacional, incorrerá nos termos gerais do direito das gentes, em responsabilidade internacional” (SOARES, Op. Cit., 1985, p. 73).

internacional. Isto é, as duas ordens produzem seus efeitos de forma independente e autônoma, com fundamento nas operações que dinamizam as suas próprias programações.

Em sentido contrário, Jiménez de Aréchaga entende que a aplicação do direito internacional, com aplicação de sanção, em caso de conduta ilícita do Estado, ainda que amparada pelo direito interno, estabelece a primazia do direito internacional sobre o direito interno, já que a última decisão no sistema do direito sobre o caso foi no sentido da desconformidade. Assim, para o autor, o pagamento pelo Estado de uma indenização pelo descumprimento do direito internacional representa um reconhecimento de sua superioridade e a sua prevalência final na relação com o direito interno⁷³⁹.

No entanto, o fato de um Estado cumprir a determinação de segundo grau da norma internacional, mantendo os efeitos da aplicação primária da norma da ordem jurídica interna não permite concluir que se trata de uma relação hierárquica entre estas ordens. No caso, ambas as normas jurídicas foram consideradas válidas e se aplicaram, uma em seu comando primário (ordem jurídica interna) e outra no seu comando secundário (ordem jurídica internacional), convivendo harmonicamente os dois resultados. Não havendo subordinação, fica evidente a relação heterárquica.

Dessa maneira, as normas da ordem jurídica interna e da ordem jurídica internacional que estabelecem expectativas de comportamento contraditórias coexistem e podem se aplicar validamente ao mesmo fato, resultando em uma eficácia plena do sistema do direito. Não há, em absoluto, nenhuma relação de hierarquia entre essas ordens jurídicas. O estado de coisas de a norma interna aplicar seu comando primário e a norma internacional fazer valer o seu comando secundário, que, no limite, pode se dar, no entanto, não é desejável. Primeiro, porque, neste estado de coisas, sempre restará à ordem jurídica internacional aplicar o sentido secundário⁷⁴⁰, normalizando a frustração das expectativas de comportamento dos Estados nas relações internacionais. Segundo, porque esta resolução (i) não leva em conta o paradigma da cooperação, (ii) não observa a racionalidade transversal e (iii) não proporciona

⁷³⁹ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo. **Curso de Derecho Internacional Público**. t. 1, Montevideo: Centro de Estudiantes de Derecho, 1951, p. 219-221. Neste mesmo sentido, MELLO, C. D. A.Op. Cit., 2004, p. 124, acima, nota 15, VIRALLY, Op. Cit., p. 113.

⁷⁴⁰ Segundo Kelsen, “par sanction em droit international bien des auteurs entendent l’obligation de réparer les dommages moraux ou matériels causes par un acte illicite. La réparation d’un dommage moral consiste dans des excuses formelles présentées par l’État responsable de l’acte illicite. Ces excuses peuvent prendre la forme de cérémonies telles que les honneurs rendus au pavillon de l’État lésé. La réparation d’un dommage matériel consiste dans le rétablissement de la situation qui existait avant l’acte illicite, ou se cela n’est pas possible, dans le paiement d’une indemnité adéquate. Cette obligation secondaire, car elle ne se forme que si l’État a négligé d’exécuter son obligation principale ou primaire. L’obligation de réparer est ainsi substituée à une autre obligation qui n’a pas été exécutée” (KELSEN, Hans. **Théorie du Droit International Public**. *Recueil des Cours*, vol. 84, The Hague: ILA, 1953, p. 30).

a evolução da programação dos sistemas a partir do diálogo no entrelaçamento por meio de pontes de transição.

O primeiro problema diz respeito à premissa de se atentar para a necessidade de o sistema do direito internacional produzir seus efeitos primários, e não somente os secundários. O objetivo do direito, de um modo geral, é garantir o atendimento das expectativas congruentes de conduta. Assim, a aplicação das sanções tem como finalidade, essencialmente, estimular que o comportamento dos sujeitos esteja em conformidade com aquilo que se espera de acordo com a estrutura normativa da ordem jurídica. A aplicação das normas secundárias, embora represente uma operação do sistema do direito, não pode ser normalizada como a única esperada de uma norma jurídica. Se não se pode esperar que o preceito da norma jurídica venha a ser observado no mundo dos fatos, a norma perderá seu sentido primário, que é o de estimular comportamentos congruentes com as expectativas da sociedade.

Com efeito, ainda que, no limite das possibilidades, a solução seja a aplicação da norma secundária, é preciso alguma disposição, por parte do sujeito, para observar a norma primária, que é a essência da expectativa congruente de comportamento. Se, na aplicação prática do direito nos tribunais internos, a programação do direito internacional é desconsiderada *a priori*, sempre que existe na programação da ordem jurídica interna uma norma específica de prevalência do direito interno, é sinal de déficit de cooperação no Estado constitucional. No Estado constitucional cooperativo, a observância do direito internacional em relação heterárquica com a ordem jurídica interna torna-se parte da essência da unicidade do sistema jurídico.

Mesmo no que se refere às normas de coexistência, a frustração das expectativas criadas pelas normas internacionais na sociedade pode trazer resultados práticos desastrosos para as relações internacionais. É preciso compreender que a existência do direito internacional orienta a tomada de decisões dos Estados nas relações internacionais, com fundamento nas expectativas de comportamento dos outros autores emanadas da programação do sistema. A ideia de que o direito internacional pode sucumbir diante de qualquer norma nacional que lhe seja contrária reduz o potencial conformador das condutas dos Estados na ordem internacional, aumentando os riscos de conflitos no plano externo.

É importante ressaltar que a heterarquia entre a norma interna e a norma internacional está relacionada à própria competência de cada uma das ordens jurídicas em questão. Com efeito, a norma internacional não irá regular matéria reservada à ordem jurídica

estatal⁷⁴¹. A norma internacional incidirá sobre os limites de possibilidades da jurisdição estatal, de maneira positiva ou negativa. No paradigma da coexistência, as normas internacionais são essencialmente de caráter negativo, delimitando apenas os campos em que a ordem jurídica interna não poderá estender a sua jurisdição. Com o desenvolvimento da cooperação internacional, as limitações positivas à ordem jurídica interna se concretizam na forma de obrigações para os Estados, o que poderá exigir a modificação da programação normativa estatal.

É o que ocorre nos tratados sobre direitos humanos, a exemplo do Pacto de San José da Costa Rica. Observe-se que a obrigação prevista no artigo 2 do Pacto é adotar as medidas legislativas, ou de outra natureza, que forem necessárias para tornar efetivos os direitos e liberdades previstos no tratado⁷⁴². Logo, o tratado não institui os direitos na ordem interna, mas cria a expectativa de que o Estado respeite os direitos e as liberdades ali previstos, garantindo seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, e, quando se fizer necessário, modifique a sua ordem jurídica para tornar efetivos tais direitos.

A ordem jurídica internacional estabelece expectativas de comportamento para os sujeitos de direito internacional, criando pontes de transição que permitem que os sujeitos da ordem jurídica interna possam manejar os mecanismos internacionais quando as expectativas forem frustradas, como no acesso direto à jurisdição da Corte Europeia de Direitos Humanos⁷⁴³ e do Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul⁷⁴⁴, tornando-os, com isso,

⁷⁴¹ Como afirma Schoueri, “Se o tratado internacional tivesse uma posição hierárquica superior à lei, então poderia regular matéria reservada à última. Seria o caso de admitir que o tratado internacional poderia criar um tributo. Mas isso não se dá: quem institui o tributo é a lei, não o tratado. Instituição de tributos é matéria reservada à lei” (SCHOUERI, *Op. Cit.*, 2013, p. 101).

⁷⁴² Convenção Americana de Direitos Humanos. Artigo 2. Dever de adotar disposições de direito interno. Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.

⁷⁴³ Convenção Europeia de Direitos Humanos. Artigo 34°. Petições individuais. O Tribunal pode receber petições de qualquer pessoa singular, organização não governamental ou grupo de particulares que se considere vítima de violação por qualquer Alta Parte Contratante dos direitos reconhecidos na Convenção ou nos seus protocolos. As Altas Partes Contratantes comprometem-se a não criar qualquer entrave ao exercício efectivo desse direito.

⁷⁴⁴ Protocolo de Olivos. Capítulo XI. Reclamações de Particulares. Artigo 39. Âmbito de aplicação. O procedimento estabelecido no presente Capítulo aplicar-se-á às reclamações efetuadas por particulares (pessoas físicas ou jurídicas) em razão da sanção ou aplicação, por qualquer dos Estados Partes, de medidas legais ou administrativas de efeito restritivo, discriminatórias ou de concorrência desleal, em violação do Tratado de Assunção, do Protocolo de Ouro Preto, dos protocolos e acordos celebrados no marco do Tratado de Assunção, das Decisões do Conselho do Mercado Comum, das Resoluções do Grupo Mercado Comum e das Diretrizes da Comissão de Comércio do Mercosul. Artigo 40. Início do trâmite. 1. Os particulares afetados formalizarão as reclamações ante a Seção Nacional do Grupo Mercado Comum do Estado Parte onde tenham sua residência habitual ou a sede de seus negócios.

sujeitos de direito também da ordem internacional⁷⁴⁵. Já a ordem jurídica interna estabelece expectativas de comportamento para os sujeitos de direito interno, mas as autoridades responsáveis pela construção da programação da ordem jurídica interna devem observar os limites, negativos e positivos, decorrentes das expectativas de conduta estabelecidas na ordem jurídica internacional. Assim, a produção dos efeitos primários das normas internacionais depende essencialmente de decisões tomadas no centro da ordem jurídica interna⁷⁴⁶, ao passo que todo o poder que é exercido pelas autoridades internas decorre das condições proporcionadas pelo funcionamento da ordem jurídica internacional.

Este primeiro problema também repercute no ambiente de uma sociedade desigual como a comunidade internacional. Os diferentes potenciais para resistir à aplicação de sanções na ordem internacional, bem como o grau de influência que os diversos Estados possuem nas decisões sobre os efeitos do descumprimento do direito internacional também devem ser considerados ao se promover a observância dos comandos de primeiro grau das normas internacionais. Com efeito, como observa Mello, a autotutela reforça a desigualdade em um mundo desigual⁷⁴⁷, de maneira que a reciprocidade não pode servir de solução em uma comunidade internacional que reconhece a interdependência e a necessidade de cooperação para o alcance de interesses comuns⁷⁴⁸.

O segundo problema está relacionado com o reconhecimento da relação heterárquica no momento de aplicação do direito pelas instituições do centro das ordens jurídicas interna e internacional. No paradigma da cooperação, as constituições dos Estados passam a observar e, em muitos casos, a incorporar em seu texto parte da programação da ordem internacional na estrutura da ordem jurídica interna, em razão da interdependência característica da sociedade mundial. A assimilação de problemas que extrapolam os interesses particulares dos Estados, e que, portanto, não podem ser resolvidos por meio de relações de reciprocidade ou de normas de abstenção no pelo paradigma da coexistência, levou a uma reescrita da programação das ordens jurídicas dos Estados para a incorporação de deveres positivos voltados para as demandas internacionais, o que implica o reconhecimento das operações internacionais como parte das operações essenciais do sistema do direito.

⁷⁴⁵ Cf. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **International Law for Humankind: towards a new *Jus Gentium***. 2 vol. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2006.

⁷⁴⁶ VIRALLY, Op. Cit., p. 111.

⁷⁴⁷ MELLO, Celso D. de Albuquerque. “As sanções e os direitos humanos na ordem jurídica internacional” em PIRES, Adilson Rodrigues; TÔRRES, Heleno Taveira (org.). **Princípios de Direito Financeiro e Tributário – Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 9-34, p. 13.

⁷⁴⁸ FRIEDMANN, Op. Cit., 1976, p. 64.

As pontes de transição criadas nas estruturas normativas das ordens jurídicas nacionais permitem os entrelaçamentos com a ordem jurídica internacional, regional e universal, não somente no plano constitucional, mas também no infraconstitucional, e até mesmo no infralegal⁷⁴⁹, afetando toda a programação jurídica interna⁷⁵⁰ pela racionalidade transversal. Esta dinâmica, que é proposta pela observação dos tratados, dos costumes, dos princípios e também do *soft law* produzido pelas organizações internacionais, tem o potencial de aumentar a sensibilidade do centro da ordem jurídica interna e de acelerar a sua comunicação com os sistemas sociais da sociedade mundial.

O aumento da sensibilidade decorre do grau de conhecimento e de consideração como direito da ordem jurídica internacional pelo centro da ordem jurídica nacional⁷⁵¹, o que depende, essencialmente, do nível de cooperação constitucionalizada do Estado⁷⁵² e da educação jurídica. Já a aceleração da comunicação acontece pelo fato de as normas internacionais terem um maior potencial de assimilação das demandas dos sistemas sociais da sociedade mundial, por não se estruturar territorialmente, como acontece com as ordens jurídicas estatais⁷⁵³. A integração da ordem jurídica interna com a programação da ordem jurídica internacional permite a tomada de decisões que levem em consideração, juntamente com as normas nacionais, as expectativas de comportamento do Estado criadas pela programação da ordem jurídica internacional.

As decisões que consideram a relação heterárquica entre a ordem jurídica interna e a internacional, com seus entrelaçamentos e a racionalidade transversal, permitem o aprendizado recíproco e a evolução do sistema do direito⁷⁵⁴. A evolução do sistema do direito será observada mesmo nas decisões que fazem prevalecer a norma da ordem jurídica interna

⁷⁴⁹ Como é o caso, por exemplo, das Normas da Autoridade Marítima – Normam, publicadas pela Marinha do Brasil, que muitas vezes reproduzem o conteúdo de tratados internacionais em matéria de segurança de navegação.

⁷⁵⁰ MENEZES, Op. Cit., 2017b, p. 1274-1279.

⁷⁵¹ Brownlie aponta que uma vista pluralista sugere que “it falls to each system to regulate its own relationship with other legal systems” (CRAWFORD (ed.), Op. Cit., 2012, p. 111).

⁷⁵² Segundo Häberle, “normas, processos e competências, objetivos e conteúdos típicos afeitos ao Direito Internacional já se adensaram aqui, amplamente, e de forma considerável: surge um efetivo “comum” em formas e normas de Direito cooperativo que a comparação constitucional deve continuar a especificar”. Neste sentido, “elementos e institutos desse Direito de cooperação deveriam ser “comuns”: para reforçar um desenvolvimento geral pulatino de todos os Estados em direção ao Direito de cooperação que promova a “superestrutura” e “infraestrutura” do Direito Internacional e Direito estatal comuns, que se esquite da alternativa “Direito Internacional ou Direito estatal” e integre ambos” (HÄBERLE, Op. Cit., 2007, p. 64-65).

⁷⁵³ LUHMANN, Op. Cit., 2006, p. 565; LUHMANN, Op. Cit., 2016a, *passim*.

⁷⁵⁴ Par Palma, esta decisão do “juiz”, seja ele do direito internacional, seja ele do direito interno, representa um retorno à hierarquização do sistema. No entanto, essa decisão não terá efeitos invalidantes das normas ineficazes, que permanecerão válidas. Ainda que esta “hierarquia sobre a heterarquia” exista, ela não representa uma posição hierárquica superior do sistema prevalecente no caso. A decisão deve ser no sentido de reconhecer a posição que melhor atende à funcionalidade do sistema do direito como um todo que, no caso, simbolizará esta hierarquia sobre a heterarquia após a decisão (PALMA, Op. Cit., p. 140).

em detrimento da aplicação do direito internacional. Nestes casos, o centro da ordem jurídica interna decide pela aplicação da norma jurídica interna, criando uma situação que será observada, *a priori*⁷⁵⁵, pelo centro da ordem jurídica internacional como desconforme às expectativas de comportamento criadas pela programação normativa internacional.

Como o centro da ordem jurídica internacional, na maioria das vezes, só pode ser acionado quando há o esgotamento das possibilidades de manifestação da jurisdição interna, as instituições internacionais também devem ser capazes de uma observação heterárquica da ordem jurídica interna em questão. Neste caso, a racionalidade transversal deve permitir que a decisão utilize as pontes de transição existentes na programação internacional, que admitem uma observação da ordem jurídica interna como parte integrante do sistema do direito. Se a conduta do Estado for baseada em uma norma de importância fundamental, por exemplo, a programação internacional cria uma ponte de transição no artigo 46 da CVDT/69, que admite a possibilidade de um Estado se desobrigar em um tratado quando esta norma for sobre a competência interna para firmar tratado. Como já foi visto, trata-se de uma previsão em abstrato da ordem jurídica internacional que permite ao Estado alegar a violação de seu direito interno como causa para se desvincular de um acordo. A ponte de transição está em reconhecer a norma da ordem jurídica interna de importância fundamental como norma jurídica e, portanto, como parte da programação do sistema do direito. Sendo este tipo de norma parte integrante da programação do sistema do direito, o centro da ordem jurídica internacional deve levá-la em consideração no momento de sua decisão sobre a conformidade ou não com o direito da conduta do Estado, se a decisão interna de aplicação da norma da ordem jurídica nacional, que implicou o descumprimento da obrigação internacional, foi tomada com base em uma norma jurídica interna de importância fundamental.

É frequente que a ordem jurídica internacional estabeleça expectativas de comportamento dos Estados, considerando a possibilidade da existência de norma de direito interno em sentido contrário, deixando margem para a adoção de condutas que frustrem essas expectativas, sem que isso implique a violação de obrigações internacionais. Neste sentido, o artigo 27 da CVDT/69 não se aplica a situações em que o próprio tratado disponha sobre a possibilidade de aplicação do direito interno como alternativa ao disposto na obrigação internacional. Isso acontece em situações como a prevista no artigo 27(2) da CNUDM⁷⁵⁶, que ressalva o direito do Estado costeiro de adotar medidas previstas em seu direito interno, em

⁷⁵⁵ Ver, acima, item 5.1.1.

⁷⁵⁶ Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, assinada em Montego Bay, Jamaica, em 10 de dezembro de 1982, aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo n. 5/1987 e promulgada pelo Decreto n. 99.165/1990.

matéria de jurisdição penal, quando o navio estrangeiro, que estiver no mar territorial, seja procedente de águas interiores. Outra situação é a do Anexo 1C do Acordo Constitutivo da Organização Mundial do Comércio, na parte relativa a patentes, artigo 27(2)⁷⁵⁷, que dispõe que os Estados membros podem considerar como não patenteáveis invenções cuja exploração seja necessário evitar para proteger a ordem pública ou a moralidade.

Nos Estados Unidos, a Suprema Corte já decidiu no sentido de não aplicação do costume refletido no artigo 27 da CVDT/69 quando, pelos próprios termos do tratado, se puder concluir que ele admite o afastamento de suas obrigações com fundamento no direito interno⁷⁵⁸. A noção de descumprimento que remete à aplicação do artigo 27 deve ser aquela considerada ilícita no sentido de desconformidade com os termos do tratado (*wrongful act*), o que não acontece quando o próprio tratado admite, em seu próprio texto, que a aplicação do direito interno pode afastar uma determinada obrigação.

Deste modo, no âmbito da proteção de direitos humanos prevista na Convenção Americana de Direito Humanos (Pacto de San José da Costa Rica)⁷⁵⁹, por exemplo, são comuns disposições que admitem restrições legais no direito interno dos Estados que não implicam a violação das obrigações previstas no tratado, como no caso dos direitos à vida (artigo 4º(2)), à liberdade de consciência e religião (artigo 12(3)), à liberdade de pensamento e de expressão (artigo 13(4)), à liberdade de associação (artigo 16(3)), à propriedade privada (artigo 21(1), segunda parte) e de circulação e de residência (artigo 22(3) e (4)).

O uso dessas pontes de transição produz novas aprendizagens por proporcionar a abertura cognitiva da programação internacional que deve admitir francamente a possibilidade de aceitar, circunstancialmente e pelas peculiaridades do caso concreto, a decisão com base no direito interno como sendo conforme ao sistema do direito, mesmo quando isso implique a não aplicação do direito internacional⁷⁶⁰. Quando o reconhecimento da ordem jurídica interna como parte do sistema do direito levar a decisões, no centro da ordem jurídica internacional, que excetuem a aplicação da programação internacional, a fundamentação com base na

⁷⁵⁷ Acordo Constitutivo da Organização Mundial do Comércio, assinado em Marraqueche, Marrocos, em 12 de abril de 1994, aprovado no Brasil pelo Decreto legislativo n. 30/1994 e promulgado pelo Decreto 1.355/1994. A decisão de tornar certas invenções não patenteáveis não pode se basear, contudo, na mera existência de norma interna que determine a proibição dessa patente, devendo o Estado apresentar justificativas mais fundamentadas.

⁷⁵⁸ Supreme Court (United States). *Reid v Covert*, 354, US 1, 1957.

⁷⁵⁹ Convenção Americana de Direito Humanos, assinada em San José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo n. 27/1992 e promulgada pelo Decreto n. 678/1992.

⁷⁶⁰ Neste sentido, M. Shahabuddeen afirma que “the existence of differences between the municipal law concept and the international law concept is not always a bar to recourse to the former for the purpose of understanding the latter; what may be needed is some appropriate allowance to be made in the process of making the recourse” SHAHABUDEEN, Mohamed. “Municipal law reasoning in international law” em LOWE, Vaughan; FITZMAURICE, Malgosia (eds.). **Fifty years of the International Court of Justice: Essays in Honour of Sir Robert Jennings**. Cambridge: Cambridge University Press, 1996, pp. 90-103, p. 99-100.

relação heterárquica deve servir para garantir a unidade do sistema do direito como *unitas multiplex*.

5.3 O DIREITO INTERNACIONAL NO CENTRO DA ORDEM JURÍDICA INTERNA

O comando primário de uma norma internacional é direcionado a todas as instituições do Estado, que estão obrigadas a tomar decisões em conformidade com suas regras e princípios. Isso significa que os órgãos legiferantes não devem editar normas internas que produzam efeitos contrários aos estabelecidos nas normas internacionais. Não porque o tratado seja uma norma hierarquicamente superior às leis⁷⁶¹, e sim porque é justamente a não edição de uma lei ou de um ato normativo infralegal em sentido contrário que se constitui um aspecto da conduta congruente com as expectativas criadas a partir da programação normativa internacional a que o Estado se vincula por fazer parte da sociedade internacional.

No caso do poder judiciário, a decisão pela ineficácia de uma lei ou ato normativo infralegal nacional, em razão da existência de uma obrigação internacional, poderá se dar com fundamento em alguma norma da ordem jurídica interna, ou não, que determine essa ineficácia. Isto é, pode ser que exista uma norma interna que contemple o comando da norma internacional, limitando a eficácia de outras normas internas, ou pode inexistir tal comando na programação da ordem jurídica interna. Mas, em qualquer das hipóteses, a ineficácia da norma interna será uma decorrência da eficácia normativa da programação da ordem jurídica internacional, observada em uma relação heterárquica com a ordem jurídica nacional.

Por vezes, a própria ordem jurídica interna serve de fundamento para tornar ineficaz uma norma interna. É neste sentido a interpretação dada por Alberto Xavier à regra contida no artigo 98 do Código Tributário Nacional⁷⁶², para quem “não se está aqui perante um fenômeno ab-rogativo, já que a lei interna mantém a sua eficácia plena fora dos casos subtraídos à sua aplicação pelo tratado”⁷⁶³. A existência do tratado em matéria tributária torna a lei interna inaplicável às situações que estejam no âmbito de incidência da norma

⁷⁶¹ Em sentido contrário, que entende ser esta a justificativa da relação hierárquica entre o direito internacional e o direito interno, ver SCALLE, George. **Précis de droit des gens: principes et systématique**. Paris: Dalloz, 2008.

⁷⁶² De acordo com Rossi, os responsáveis pelo projeto do atual Código Tributário Nacional, Rubens Gomes de Sousa e Gilberto de Ulhôa Canto, de 1967, foram influenciados pela discussão, no plano internacional, da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados quando idealizaram o texto do artigo 98, que pretendeu manter uma sintonia com a interpretação internacional da ordem tributária (ROSSI, Júlio César. “Os Tratados Internacionais e sua Superioridade: a Interpretação do artigo 98 do Código Tributário Nacional à Luz da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados”, **Revista Dialética de Direito Tributário**, n. 186, 2011, pp. 43-54, p. 51-52).

⁷⁶³ XAVIER, Op. Cit., 2015, p. 104.

internacional, isto é, situações que correspondam às expectativas de conduta descritas em abstrato no acordo. Para Xavier, no entanto, o fenômeno estaria mais ajustado à noção de derrogação da lei interna, do que de sua revogação, como descrito no artigo 98 do Código Tributário Nacional⁷⁶⁴. Ocorre que a derrogação é efeito da aplicação de norma mais específica, em contradição com uma norma mais geral da mesma hierarquia, o que pressupõe que se trate de normas da mesma ordem jurídica, o que não é o caso da lei tributária e do tratado em matéria tributária. Portanto, a ineficácia da lei interna, no caso de aplicação de um tratado tributário, não constitui também uma derrogação. A inaplicabilidade da norma interna tributária é uma solução apresentada pelo próprio direito positivo, que determina que o centro da ordem jurídica interna priorize a aplicação do tratado internacional às situações fáticas nele descritas, sem que isso implique revogação, nem derrogação, da lei interna, que permanece plenamente válida e eficaz para todas as demais situações. Correta a observação de Schoueri, no sentido de que a função do tratado em matéria tributária seria a de firmar limites do exercício da jurisdição nacional, reduzindo a eficácia da legislação interna⁷⁶⁵.

Sendo os tratados internacionais observados pelo centro da ordem jurídica interna como tratados, e não como leis internas, sua celebração, revogação e denúncia só podem ocorrer pelos mecanismos procedimentais da ordem internacional, na forma do artigo 2(1)(a) da CVDT/69, que indica que os tratados são “regidos pelo direito internacional”. Além disso, como suas normas emanam de fonte distinta das leis, elas não se submetem aos mecanismos de solução de antinomias próprios das leis internas⁷⁶⁶. É, por isso, impossível a revogação direta de um tratado por uma lei, e vice-versa. Na ordem jurídica interna, a relação entre as normas internacionais e as normas domésticas dar-se-á apenas no plano da eficácia, pois a decisão pela aplicação de uma delas poderá significar que a expectativa de conduta da outra restará frustrada, sem que isso implique a revogação ou invalidade. A eventual revogação de uma lei da ordem jurídica interna, em razão da existência de um tratado internacional com disposições em sentido contrário, somente poderá ocorrer em decorrência dos efeitos de uma norma da própria estrutura da ordem jurídica interna que estabeleça essa revogação.

Ao contrário do que propôs Scelle, na teoria do desdobramento funcional⁷⁶⁷, as instituições da ordem jurídica interna não agem como órgãos da ordem jurídica internacional, mas como centro de tomada de decisões do Estado como sistema de organização da

⁷⁶⁴ Idem, *ibidem*.

⁷⁶⁵ SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito Tributário**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 98.

⁷⁶⁶ XAVIER, Op. Cit., 2015, p. 97, para quem, “o direito brasileiro consagra, pois, a visão monista, pela qual o direito internacional convencional vigora na ordem interna brasileira, na sua qualidade de direito internacional”.

⁷⁶⁷ Sobre a teoria do *dédoublement fonctionnel*, ver SCELLE, Op. Cit., 2008.

sociedade. A aplicação do direito internacional pelos órgãos internos é observada pelo subsistema do direito internacional como acontecimentos da sociedade em conformidade com a programação normativa da ordem jurídica vigente e, portanto, que atendem às expectativas congruentes de conduta dos sujeitos destinatários da norma. Portanto, a aplicação do direito internacional por um juiz nacional não é assimilada pela ordem internacional como uma decisão do centro do sistema do direito. Uma decisão judicial interna que aplica o direito internacional é observada como um comportamento estatal congruente com as expectativas de conduta existentes da ordem jurídica internacional, logo, é observada no centro da programação internacional como simples ato lícito. As decisões judiciais dos órgãos internos podem, por exemplo, ser consideradas como prática estatal reiterada no sentido de se comprovar a existência de um costume internacional⁷⁶⁸.

Embora a programação da ordem jurídica interna seja reconhecida como direito na ordem jurídica internacional, o cumprimento do direito internacional pelos órgãos internos dos Estados não é considerado como decisão do centro da ordem jurídica internacional, mas como ato em conformidade com as expectativas da estrutura normativa da periferia do sistema do direito. Por esta razão, não se pode dizer que os tribunais internos funcionem como centro da ordem jurídica internacional, que tem o seu próprio centro, com suas instituições de tomada de decisão.

Nesta mesma direção, percebe-se que, de um modo geral, a programação do subsistema de direito internacional estabelece, como premissa para que possam ser acionados os seus órgãos de decisão, o esgotamento dos recursos internos relativos à aplicação do direito internacional⁷⁶⁹⁻⁷⁷⁰. Trata-se de uma condição baseada na expectativa de que o Estado, pelo menos na última de suas instâncias decisórias, venha a adotar uma conduta no sentido do cumprimento de suas obrigações decorrentes da ordem jurídica internacional. Este é um papel que, normalmente, se confere ao poder judiciário⁷⁷¹ que, por esta razão, deve, em suas decisões, observar as expectativas de conduta decorrentes de normas internacionais como elementos integrantes da programação do sistema do direito, ainda que decorrentes da estrutura normativa da ordem jurídica internacional.

⁷⁶⁸ SHAW, Op. Cit., 2010, p. 66.

⁷⁶⁹ Ver exemplo do artigo 46(1)(a) da Convenção Americana de Direitos Humanos; da mesma forma, a Corte Internacional de Justiça decidiu no caso *Nottebohm* pela necessidade de esgotamento dos recursos internos para aplicação da proteção diplomática (CIJ. *Nottebohm Case*, ICJ Report, 1951)

⁷⁷⁰ Sobre o esgotamento dos recursos internos, ver TRINDADE, A. A. Cançado. **The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 1983.

⁷⁷¹ VIRALLY, Op. Cit., p. 113-114.

5.4 A RACIONALIDADE TRANSVERSAL NAS RELAÇÕES INTER-SISTÊMICAS

Devido à multiplicidade de ordens jurídicas que coexistem no sistema jurídico é praticamente inevitável que ocorram conflitos ou colisões entre elas sem que haja solução predefinidas no direito positivo, assim como é preciso lidar com a pretensão de subordinação de uma ordem sobre as demais. As diversas ordens possuem seus próprios modelos de construção de critérios ou programas para a solução dos casos. Assim, os centros de decisão de cada uma das ordens jurídicas sempre tenderão a impor seus fundamentos, gerando hierarquizações, ora por nacionalismos⁷⁷², ora por internacionalismos⁷⁷³, que bloqueiam os aprendizados recíprocos que são possíveis em uma racionalidade transversal.

Há ordens jurídicas estatais mais e menos preparadas para enfrentar as dificuldades da heterarquia. Por vezes, as regras de organização da programação dificultam a formação das pontes de transição. Esta situação irá variar conforme o maior ou menor grau de proximidade da programação da ordem interna com o Estado Constitucional Cooperativo⁷⁷⁴. Nos casos de menor grau de cooperação, as demandas da ordem internacional são observadas na forma de irritações, interferências e pressões por transformações na programação interna. Cassese afirma que as operações do direito internacional dependem, para sua implementação, do preparo das ordens jurídicas nacionais⁷⁷⁵. Ramos observa que o “furor normativo” da ordem internacional criou “obrigações invasivas”, com o estabelecimento de normas internacionais que regulam diretamente situações das relações interpessoais da sociedade humana, não se restringindo mais às relações entre Estados e Organizações Internacionais, como é o caso dos direitos humanos, do comércio internacional e dos regimes de benefícios tributários⁷⁷⁶.

O fato de existirem bloqueios ao aprendizado, como quando a ordem jurídica de um Estado não reconhece legitimidade da programação da ordem jurídica internacional, ou simplesmente a ignora, valendo-se de fatores que são observados apenas no ambiente da

⁷⁷² Ramos chama de “truque ilusionista” as interpretações distorcidas do direito internacional pelos Estados no sentido mais conveniente às suas pretensões políticas, de modo a garantir a máxima eficácia do direito interno frente às obrigações internacionais (RAMOS, Op. Cit., 2012, p. 501).

⁷⁷³ TRINDADE, Op. Cit., 2011; TRINDADE, A. A. Cançado. “The Voluntarist Conception of International Law: A Re-Assessment” em *Revue de Droit International de Sciences Diplomatiques et Politiques*, n. 56, 1981, pp. 201-240.

⁷⁷⁴ HABERLE, Op. Cit., 2007, *passim*.

⁷⁷⁵ CASSESE, Antonio. *Modern Constitutions and International Law. Recueil des Cours*, n. 192, The Hague: ILA, 1985, p. 341.

⁷⁷⁶ RAMOS, Op. Cit., 2012, p. 501.

sociedade mundial, como sua força bélica ou econômica⁷⁷⁷, não pode ser considerado como uma vantagem desta ordem sobre as demais⁷⁷⁸. A recusa do reconhecimento de outra ordem jurídica é, antes de tudo, a perda de uma oportunidade de atualização e uma manifestação de atraso em relação à compreensão da complexidade da sociedade. Os exemplos da prisão norte-americana na Baía de Guantánamo⁷⁷⁹ ou da retirada da assinatura no Acordo de Paris sobre as mudanças climáticas⁷⁸⁰ se encaixam bem nesta reflexão. O fato de os Estados Unidos não admitirem a aplicação de normas internacionais nesses casos não quer dizer que seja reconhecida mundialmente uma supremacia do direito norte-americano, mas que esta é uma ordem jurídica com uma capacidade limitada de observar a transversalidade racional que perpassa todo o sistema do direito no qual esta ordem está inserida. Esse exercício de poder representa déficit de cooperação, que está no contrafluxo do sentido contemporâneo da noção de soberania como participação na sociedade internacional⁷⁸¹. Em termos de funcionalidade sistêmica, na auto-observação do sistema do direito, representa uma fragilidade, e não uma força, da ordem jurídica interna norte-americana.

Outro exemplo de deficiência na observância da transversalidade racional na relação heterárquica entre a ordem jurídica interna e a ordem jurídica internacional pode ser percebido no regime jurídico adotado no direito brasileiro sobre o início da produção de efeitos dos tratados internacionais⁷⁸². Inicialmente, é preciso afirmar que a promulgação do tratado no âmbito interno, por meio do decreto presidencial, não implica uma transformação da ordem jurídica interna. Apesar do posicionamento assumido pelo Supremo Tribunal

⁷⁷⁷ Lauterpacht observa que “The first function of the legal organization of the community is the preservation of peace. Its fundamental precept is, ‘there shall be no violence’. But this primordial duty of the law is abandoned and the reign of force is sanctioned as soon as it is admitted that the law may decline to function by refusing to adjudicate upon a particular claim, at least to the extent of pronouncing that violence must not be used for the purpose of enforcing it” (LAUTERPACHT, Hersch. **The Function of Law in the International Community**. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 72).

⁷⁷⁸ Alberto Febbrajo explica que na sociedade internacional contemporânea interagem quatro tipos de Estado: *traditional states*, *imperialistic states*, *emerging states*, e *spectator states*, conforme as diferentes perspectivas de relações internacionais que possuem (FEBBRAJO, Alberto. “Constitutional Orders?” em **Revista Direito Mackenzie**, v. 11, n. 1, 2017, pp. 11-51, p. 40).

⁷⁷⁹ Organizações Não Governamentais de proteção aos direitos humanos acusam os Estados Unidos de violação do direito internacional em Guantánamo, como a Human Rights Watch, em <https://www.hrw.org/news/2011/01/24/us-prolonged-indefinite-detention-violates-international-law>, e a Amnesty International, em <https://www.amnesty.org.uk/guantanamo-bay-human-rights>, acesso em 30 de dezembro de 2019.

⁷⁸⁰ BBC, **Paris climate accords: US notifies UN of intention to withdraw**, na Internet disponível em <https://www.bbc.com/news/world-us-canada-50297029>.

⁷⁸¹ DELBRÜCK, Op. Cit., 2012, p. 15.

⁷⁸² Cf. ARIOSI, Mariângela. **Conflitos entre Tratados Internacionais e Leis Internas**: o judiciário brasileiro e a nova ordem internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 214.

Federal na ADI n. 1.480,⁷⁸³ este ato não é parte do procedimento constitutivo do tratado, logo, nem a validade, nem a eficácia do ato decorrem da promulgação.

Observado do ponto de vista da ordem internacional, o ato de promulgação constitui uma conduta conforme à expectativa de comportamento do Estado no sentido de dar cumprimento às obrigações assumidas. Pode-se dizer que a promulgação é uma “fase integrativa da eficácia”⁷⁸⁴, na medida em que se constitui em um ato que permitirá a produção de outros atos que, efetivamente, consistem no objeto do tratado. Schoueri entende tratar-se de uma ordem de aplicação, que libera a aplicação do tratado pelos órgãos internos⁷⁸⁵. No entanto, o tratado não é transformado em norma da ordem jurídica interna por causa da promulgação. Aliás, cabe observar que inexistente previsão constitucional de promulgação de tratados, mas penas de leis (artigo 84, IV, da Constituição), mas se desenvolveu como prática reiterada das instituições no Brasil⁷⁸⁶.

Outrossim, independentemente da promulgação por decreto, o tratado já tem potencial para produzir efeitos junto ao centro da ordem jurídica internacional desde que entra em vigor de acordo com o procedimento estabelecido no seu próprio texto. Contrariando essa realidade e a relação heterárquica entre as ordens jurídicas interna e internacional, o Supremo Tribunal Federal nega a produção de efeitos diretos e a aplicabilidade imediata dos tratados, impondo a promulgação por decreto presidencial como condição para que ele passe a vincular e a obrigar no plano positivo interno⁷⁸⁷. Este posicionamento, tomado no centro da ordem jurídica nacional, mostra-se totalmente contrário às expectativas de comportamento decorrentes das normas internacionais, pois indica que a eficácia concreta do tratado, no sentido do cumprimento das obrigações pelo Estado, depende, em última instância, de um comando proveniente de um elemento da periferia da ordem jurídica interna (um decreto presidencial). Sem este comando, ainda que todos os órgãos e instituições do Estado estejam

⁷⁸³ Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.480. Rel. Min. Celso de Mello, j. 04 de setembro de 1997. Em seu voto o ministro Celso de Mello afirmou que “o iter procedimental de incorporação dos tratados internacionais – superadas as fases prévias da celebração da convenção internacional, de sua aprovação congressional e da ratificação do Chefe de Estado – conclui-se com a expedição, pelo Presidente da República, de decreto, de cuja edição derivam três efeitos básicos que lhe são inerentes: (a) a promulgação do tratado internacional; (b) a publicação oficial de seu texto; e (c) a executoriedade do ato internacional, que passa, então, e somente então, a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno”. Cf. STF, CR 8.279 AgR, Relator(a): Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 17/06/1998, DJ 10-08-2000.

⁷⁸⁴ XAVIER, Op. Cit., 2015, p. 113.

⁷⁸⁵ SCHOUERI, Luís Eduardo. Planejamento fiscal através de acordos de bitributação: Treaty Shopping. São Paulo: RT, 1995, p. 35.

⁷⁸⁶ GALINDO, George Rodrigo Bandeira. Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Constituição Brasileira. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 156. Ver, também, RODAS, João Grandino. **Tratados Internacionais**. São Paulo: RT, 1991, p. 54.

⁷⁸⁷ STF. AgrRegCR n. 8.279, DJ 10.08.2000.

preparados para cumprir o determinado na norma internacional, a expectativa de comportamento restará frustrada. Por esta razão, o ministro Luiz Edson Fachin, em voto vencido, apresentado no Tribunal Superior Eleitoral, sustentou que os depósitos das cartas de adesão e de ratificação se dão com base no decreto legislativo de aprovação do tratado⁷⁸⁸. Por isso, a função do decreto presidencial seria a de dar notícia do depósito do instrumento no plano internacional, e não a de dar publicidade ao tratado. Ele atesta esta tese pelo fato de, nos *consideranda* do decreto presidencial, normalmente, constar a notícia do depósito do instrumento que vincula o Brasil ao tratado⁷⁸⁹.

Em relação à admissibilidade, pelo direito brasileiro, do *treaty override* a partir do precedente estabelecido no RE n. 80.004-SE, a defasagem do direito brasileiro em relação às exigências de cooperação, boa fé e estabilidade da comunidade internacional contemporânea já foi expressamente reconhecida pelo Min. Gilmar Mendes em seu voto no RE n. 466.343-SP, em 2009, como já observado. Na mesma ocasião, o Ministro indicou a sinalização para uma maior abertura constitucional para o direito internacional nos artigos 4º, parágrafo único, e 5º, §§2º, 3º e 4º. No entanto, terminou por assumir um monismo de prevalência do direito interno, ao concluir que os tratados internacionais são espécies normativas infraconstitucionais distintas e autônomas, abrindo espaço para a decisão hierárquica que atribuiu *status* “supralegal” aos tratados sobre direitos humanos ratificados antes do advento da EC n. 45/2004. De notar, ainda, que o Min. Gilmar Mendes afirmou, em outra passagem do voto, que “o tratado não necessita ser aplicado na estrutura de outro normativo interno nem ter status paritário com qualquer deles, pois tem assento próprio na Carta Magna, com requisitos materiais e formais peculiares”⁷⁹⁰.

O reconhecimento do tratado como tratado, não como outra fonte normativa, é importante, contudo, ao dizer que o tratado não precisa ser equiparado a “outro normativo interno”, o Min. Gilmar Mendes observa o tratado como norma da ordem jurídica interna. A referência expressa na Constituição aos tratados não deve ser assumida como uma disposição do tratado internacional como um tipo da programação normativa interna, mas como um

⁷⁸⁸ Situação idêntica foi observada por Lauterpacht, ao negar a possibilidade de as cortes nacionais recusarem a obrigatoriedade de um tratado internacional por falta de um ato de autorização do parlamento (*enabling Act of Parliament*), pois, no direito inglês, assim como no Brasil, este ato de autorização é emitido antes da ratificação do tratado (Op. Cit., 1939, p. 74-75).

⁷⁸⁹ Tribunal Superior Eleitoral. Registro de Candidatura Nº 0600903-50.2018.6.00.0000. Voto do Min. Luiz Edson Fachin. Vencido. J. 1º de setembro de 2018.

⁷⁹⁰ STF, RE n. 466.343-SP, Rel. Min. Cezar Peluso. DJe 04.06.2009.

acoplamento estrutural⁷⁹¹ para o entrelaçamento da ordem jurídica interna com a ordem jurídica internacional, à qual pertence o tratado como fonte do direito.

A abertura ao direito internacional, por outro lado, é facilmente observável em Estados que inseriram em suas Constituições dispositivos que induzem, ou mesmo impõem, o reconhecimento do direito internacional como direito pelas instituições centrais da programação jurídica interna. É o caso de Constituições como a de Portugal (artigos 8.1⁷⁹² e 16.2⁷⁹³), de 1976, a de Espanha (artigo 10.2⁷⁹⁴ e 39.4⁷⁹⁵), de 1978, a de África do Sul (artigo 39.1, b⁷⁹⁶), de 1996, e a do Japão (artigo 98⁷⁹⁷), e a do Brasil (artigos 4º e 5º, especialmente o § 2º, dentre outros), de 1988. São normas que representam irrecusáveis acoplamentos estruturas entre as ordens jurídicas da *unitas multiplex* do sistema do direito, que funcionam como pontos de contato comunicativo e evocam entrelaçamentos e diálogos com o potencial de produzir decisões mais sensíveis às demandas da sociedade mundial.

Vale a pena observar, a este respeito, o artigo 96.1 da Constituição Espanhola⁷⁹⁸. Apesar de colocar o tratado como “parte do ordenamento interno”, o mesmo dispositivo

⁷⁹¹ Luhmann explica que os existem acoplamentos estruturais quando um sistema supõe determinadas características de seu ambiente, nele confiando estruturalmente, assim, “o que inclui (o que é acoplado) é tão importante quanto o que exclui” (LUHMANN, Op. Cit., 2006, p. 590).

⁷⁹² Artigo 8.º Direito internacional. 1. As normas e os princípios de direito internacional geral ou comum fazem parte integrante do direito português.

⁷⁹³ Artigo 16.º Âmbito e sentido dos direitos fundamentais. 1. Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional. **2. Os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem.**

⁷⁹⁴ Artículo 10 De los Derechos y Deberes Fundamentales. 1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social. **2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.**

⁷⁹⁵ Artículo 39 De los Principios Rectores de la Política Social y Económica (...) **4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.**

⁷⁹⁶ Article 39. Interpretation of Bill of Rights. 1. **When interpreting the Bill of Rights, a court, tribunal or forum:** a. must promote the values that underlie an open and democratic society based on human dignity, equality and freedom; b. **must consider international law;** and c. may consider foreign law.

⁷⁹⁷ Artigo 98. This Constitution shall be the supreme law of the nation and no law, ordinance, imperial rescript or other act of government, or part thereof, contrary to the provisions hereof, shall have legal force or validity. **The treaties concluded by Japan and established laws of nations shall be faithfully observed.**” De acordo com Owada, “this provision has been interpreted in doctrine and practice as the recognition that treaties and customary international law are superior to statutes” (OWADA, Hisashi. “Problems of Interaction Between the International and Domestic Legal Orders” em *Asian Journal of International Law*, 5 (2015), pp. 246–278, p. 252, nota 28).

⁷⁹⁸ Artículo 95. 1. La celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional.

Artículo 96. 1. Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional. 2. Para la denuncia de los tratados y convenios internacionales se utilizará el mismo procedimiento previsto para su aprobación en el artículo 94.

indica que a derrogação, modificação ou suspensão dos tratados só se darão na forma prevista nos próprios tratados ou nas normas gerais do direito internacional. Trata-se de um dispositivo que reconhece a heterarquia das ordens jurídicas. O disposto, contudo, entra em contradição com o disposto no artigo 95.1, que submete os tratados internacionais à revisão constitucional quando suas normas contiverem estipulações contrárias à Constituição. Uma revisão constitucional que suponha a heterarquia não conduzirá a uma “declaração de inconstitucionalidade” do tratado, que seria uma decisão hierárquica, mas a uma decisão que considere a complexidade da interação entre as obrigações decorrentes da norma internacional e as premissas constitucionais que bloqueiam essas expectativas.

No direito brasileiro, o artigo 105, III, *a*, da Constituição Federal cria um acoplamento estrutural entre o sistema do direito interno e o sistema do direito internacional⁷⁹⁹, ao determinar o cabimento de Recurso Especial para o Superior Tribunal de Justiça (STJ) quando a decisão recorrida contrariar um tratado internacional, ou negar-lhe vigência. Como já foi visto, esta regra⁸⁰⁰ serviu como argumento para considerar que os tratados internacionais deveriam ser considerados como norma infraconstitucional na ordem jurídica brasileira. Isto porque o Recurso Especial é espécie processual voltada para garantir a aplicação e a uniformidade de interpretação das normas infraconstitucionais⁸⁰¹, sendo o Recurso Extraordinário a espécie própria para garantir a estabilização da ordem constitucional.

Na Constituição de 1988, este formato se reafirma, sendo conferida ao Superior Tribunal de Justiça a competência para o julgamento do Recurso Especial. No entanto, esta interpretação é precipitada. Primeiro, porque o fato de não ser o tratado uma norma constitucional, não o posiciona, necessariamente, como norma infraconstitucional, se considerada a relação heterárquica entre as ordens jurídica interna e internacional. Neste caso, em segundo lugar, pode-se concluir que o dispositivo apenas indica que, não sendo a norma decorrente de tratado internacional aplicável pela jurisdição interna em concreto de natureza constitucional, ela deverá ser submetida ao STJ pela via do Recurso Especial. Como se viu, o

⁷⁹⁹ Rangel já havia percebido esse acoplamento estrutural pela forma como os tratados são disciplinados pela ordem jurídica interna, ao afirmar que o tema da eficácia dos tratados no âmbito doméstico está “situado em zona de interferência entre o Direito internacional concebido como disciplina unitária e o Direito público próprio de cada Estado” (RANGEL, Op. Cit., 1967, p. 83).

⁸⁰⁰ Na redação dada pela Constituição de 1969, então sobre a competência do Supremo Tribunal Federal.

⁸⁰¹ Na verdade, o Superior Tribunal de Justiça tem a função de interpretar a legislação infraconstitucional, sendo o Recurso Especial espécie recursal de sua competência para julgamento (DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 3: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 302).

esgotamento dos recursos internos tem por objetivo dar oportunidade ao Estado para o cumprimento voluntário e espontâneo de suas obrigações internacionais.

A conclusão pelo caráter infraconstitucional da norma decorrente do tratado é uma superinterpretação⁸⁰² do texto do artigo 105, III, *a*, da Constituição. Então, nas situações em que a ordem jurídica interna atribui efeitos concretos aos tratados internacionais, como no caso do artigo 14, II, da Lei n. 13.445/2017⁸⁰³, quando uma causa decidida, em única ou última instância, por Tribunal Regional Federal ou por tribunal dos Estados ou do Distrito Federal, contrariar o disposto no tratado, não concedendo o direito ao visto para o imigrante, ou negar vigência ao tratado, o Superior Tribunal de Justiça deverá dar provimento ao Recurso Especial para garantir a conformidade da operação com o sistema do direito.

O tratado também aparece como acoplamento estrutural no texto constitucional brasileiro no artigo 109, III, que estabelece que compete aos juízes federais processar e julgar as causas fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional. Deste dispositivo é possível concluir que a Constituição admite que pretensões em juízo possam ser deduzidas diretamente de normas internacionais perante a jurisdição interna. Essa constatação reforça a capacidade de observação pelo centro da ordem jurídica interna da programação da ordem internacional como parte da estrutura do sistema do direito, sem a necessidade de se adotar nenhuma norma interna com o mesmo teor da norma internacional. Isso significa que direitos subjetivos podem decorrer diretamente de tratados internacionais, e não só na hipótese do §2º do artigo 5º da Constituição, já que o artigo 109, III, não restringe. Assim, é possível provocar uma manifestação do poder judiciário brasileiro visando atender a um interesse lastreado na expectativa congruente criada a partir de uma norma internacional, já que o direito subjetivo previsto no tratado, por exemplo, pode ser alegado diretamente em juízo.

Pode se concluir, então, pela combinação dos artigos 105, III, *a*, e 109, III, da Constituição, que, quando o tratado, pela sua natureza, conferir diretamente direitos subjetivos para o particular, ou impuser uma obrigação que deve ser cumprida pelo Estado para garantir o exercício de direitos subjetivos pelo particular, e, portanto, puder ser alegado diretamente perante a jurisdição interna, o Superior Tribunal de Justiça será o guardião da sua eficácia no plano interno. Esta situação será diferente quando a programação interna considerar o tratado como norma constitucional (artigo 5º, §3º) ou na hipótese do artigo 5º, §2º, da Constituição,

⁸⁰² ECO, Humberto. **Interpretação e Superinterpretação**. 2. ed. Trad. MF. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

⁸⁰³ Lei n. 13.445/2017, “Art. 14. O visto temporário poderá ser concedido ao imigrante que venha ao Brasil com o intuito de estabelecer residência por tempo determinado e que se enquadre em pelo menos uma das seguintes hipóteses: (...) II - o imigrante seja beneficiário de tratado em matéria de vistos”.

caso em que o guardião da eficácia da norma será o Supremo Tribunal Federal. Neste sentido, estes tribunais são designados pela Constituição como responsáveis últimos pela conformidade da conduta do Estado brasileiro com o direito internacional no que se refere à garantia da eficácia de direitos subjetivos decorrentes de tratados internacionais. São, portanto, o último canal de abertura cognitiva existente na ordem jurídica nacional para observar o direito internacional como direito.

Deste modo, como o funcionamento sistêmico das ordens jurídicas interna e internacional não pressupõe um observador ideal, capaz de se referir a uma racionalidade universal⁸⁰⁴, todas as decisões devem seguir as respectivas programações, mas também precisam considerar as pontes de transição e os acoplamentos operativos existentes no conjunto das estruturas normativas, que refletem as expectativas de comportamento sobre um evento que o sistema do direito comunica para a sociedade. A funcionalidade do sistema do direito está em sua autoprodução e na reprodução da estrutura normativa em uma ligação de operação em operação, gerando uma redundância que o estabiliza e permite a autodescrição que repercute comunicativamente nos outros sistemas sociais parciais⁸⁰⁵. Essa interação mantém abertos os canais de comunicação inter-sistêmicos para que a racionalidade transversal permita a assimilação das demandas da sociedade sobre expectativas de comportamento, gerando novas operações no sistema do direito⁸⁰⁶. Os entrelaçamentos aumentam a sensibilidade dos centros de decisão para os possíveis paradoxos internos gerados pelas diferentes, e às vezes contraditórias, expectativas de comportamento criadas pelas estruturas das diversas ordens jurídicas que integram o entorno interno do sistema do direito. As decisões das operações garantem o fechamento operacional do sistema, que se autolimita ao fazer novas seleções de relações entre os elementos.

5.5 ABERTURA COGNITIVA E ENTRELAÇAMENTOS POSSÍVEIS

As ordens jurídicas precisam manter a consciência de sua abertura cognitiva ao se encontrar com outras ordens jurídicas. Essa consciência representa o reconhecimento da contingência da própria ordem e a garantia das possibilidades de atualização de sua estrutura diante das constantes mudanças que ocorrem na sociedade. O reconhecimento de situações de

⁸⁰⁴ Como afirma Arthur Kaufmann, o poder de juízo moral é insuficiente “para fijar un catálogo de reglas verdaderamente universal”. E completa: “las normas nunca pueden ser libres de contexto, sino que deben tener en cuenta su ‘lugar en la vida’” (KAUFMANN, Arthur. **La Filosofía del Derecho en la Posmodernidad**. Trad. para o espanhol Luis Villar Borda. Bogotá: Temis, 1992, p. 78).

⁸⁰⁵ LADEUR, Op. Cit., 1999, p. 10.

⁸⁰⁶ NEVES, Op. Cit., 2009, p. 56.

dupla contingência significa a aceitação da validade de outras ordens jurídicas que se formam em torno de outras expectativas de comportamento em decorrência do dissenso estrutural da sociedade mundial. Portanto, uma ordem jurídica precisa se compreender como uma das possibilidades de estruturar normativamente os acontecimentos, mas reconhecer que existem outras possibilidades de estrutura normativa, pois a diversidade de perspectivas existentes na sociedade sobre tais acontecimentos é um dado da realidade.

O reconhecimento da dupla contingência leva à aprendizagem no entrelaçamento com outras ordens jurídicas⁸⁰⁷, o que possibilita a revisão, ou a reafirmação, de sua própria estrutura, de maneira a mantê-la atualizada e em constante evolução. O fato de as ordens jurídicas não se prenderem à sua perspectiva, como ponto de partida, decorre da centralidade da necessidade de resolver o problema. O foco não é no paradoxo, mas na melhor solução para o problema diante das possíveis soluções já propostas pelas ordens em colisão. A desparadoxização é uma consequência da decisão, mas não o seu propósito.

Neste sentido, a noção de labirinto se mostra essencial, pois permite diversos pontos de contato entre as diferentes ordens jurídicas no interior do sistema do direito, por meio de poucos pontos de entrada e de saída. As pontes de transição funcionam como entrada e as decisões como saída, atualizando as possibilidades de contato⁸⁰⁸. Diante da inexistência de soluções predefinidas pelo direito positivo, no caso de colisão entre as ordens jurídicas heterárquicas (paradoxo), os resultados da multiplicidade de avaliações são imprevisíveis, mas devem proporcionar, a partir da estabilização, algum grau de previsibilidade com base no precedente (desparadoxização). Em uma situação concreta, a modificação dos acontecimentos provoca um *input* nos elementos do sistema do direito, que será dinamizado pelas operações em torno da estrutura seletiva das ordens jurídicas.

As operações selecionam as referências de sentido capazes de formar estruturas aptas para condensar as expectativas do sistema, repudiando os elementos que não puderem estruturá-lo⁸⁰⁹. Com isso, a decisão resultante desse contato comunicativo reestabiliza a unidade do conjunto de reprodução do sistema do direito no relacionamento com o ambiente. A seguir, a relação heterárquica será discutida em quatro situações com o objetivo de demonstrar sua aplicabilidade para a obtenção de soluções que atendem às demandas do ambiente da sociedade sobre o sistema do direito.

⁸⁰⁷ WALDRON, Jeremy. "Foreign Law and the Modern *Ius Gentium*" em **Harvard Law Review**, Vol. 119, No. 1, 2005, pp. 129-147, p. 139-145

⁸⁰⁸ PALMA, Op. Cit., 2017, p. 137.

⁸⁰⁹ LUHMANN, Op. Cit., 2016a, *passim*.

5.5.1 Os tratados internacionais e os direitos e garantias fundamentais na Constituição brasileira

O §2º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, mais do que uma ponte de transição, estabelece um acoplamento estrutural entre a ordem jurídica interna e a ordem jurídica internacional nos tratados sobre direitos humanos. Ao afirmar que rol dos direitos e garantias fundamentais descritos no *caput* do artigo 5º não é exaustivo e inclui aqueles que decorrerem de tratados internacionais em que o Brasil seja parte, a norma constitucional garante o fluxo de sentidos da ordem internacional para a ordem jurídica interna. É uma norma que cria desafios para um diálogo heterárquico, pois é preciso definir que tratados podem acrescentar direitos e garantias fundamentais ao rol constitucional e compreender como os direitos subjetivos previstos nessas normas internacionais serão comunicados nas operações de direito interno.

Os direitos humanos, como elementos da ordem jurídica internacional, que funcionam na relação do sistema do direito com o ambiente da sociedade mundial⁸¹⁰, proporcionam uma abertura cognitiva para as ordens jurídicas internas potencializarem o conteúdo jurídico da dignidade humana⁸¹¹. O acoplamento estrutural, estabelecido na Constituição com a ordem jurídica internacional, tem grande potencial de acelerar a comunicação e aumentar a sensibilidade do sistema do direito para com as demandas da sociedade.

Como Galindo e Maués tiveram oportunidade de observar, a Constituição não fixou o conteúdo do que sejam direitos humanos⁸¹². O conceito é utilizado sete vezes na Constituição⁸¹³, sem que se possa concluir o seu conteúdo. A rigor, costuma-se afirmar que o

⁸¹⁰ CARNEIRO, Wálber Araujo. “Os Direitos Fundamentais da Constituição e os Fundamentos da Constituição de Direitos: Reformulações Paradigmáticas na Sociedade Complexa e Global” em **Revista Direito Mackenzie**, v. 12, n. 1, 2018, pp. 129-165, p. 135.

⁸¹¹ MENEZES, Op. Cit., 2017b, p. 1276. Cf. BUCCI, Maria Paula Dallari. “Buscando um Conceito de Políticas Públicas para a Concretização dos Direitos Humanos”, disponível na Internet em <http://www.dhnet.org.br/direitos/textos/politicapublica/mariadallari.htm>, acessado em 14 de novembro de 2019; TRINDADE, Op. Cit., 2015; CASSESE, Antonio. **Human Rights in a Changing World**. Philadelphia: Temple University Press, 1990, p. 155-160.

⁸¹² GALINDO, George; MAUÉS, Antonio. “O Caso Brasileiro”, em GALINDO, George Rodrigo Bandeira; URUEÑA, René; PÉREZ, Aida Torres (coord.) **Proteção Multinível dos Direitos Humanos. Manual**. Disponível na Internet em https://www.upf.edu/dhes-alfa/_pdf/PMDH_Manual_portugues.pdf, acessado em 15 de novembro de 2019, p. 293-294.

⁸¹³ Artigo 4º, II, sobre o princípio da prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais; artigo 5º, §3º, sobre a aprovação dos tratados sobre direitos humanos; artigo 109, V-A, sobre o Incidente de Deslocamento de Competência (IDC) para a Justiça Federal; artigo 109, §5º (duas vezes), sobre o IDC; artigo 134, sobre a Defensoria Pública; e o artigo 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), sobre a proposição de um tribunal internacional sobre direitos humanos. De notar que apenas os artigos 4º, II, e o 7º do ADCT são do texto original aprovado em 1988, todos os outros foram inseridos por Emendas Constitucionais.

artigo 5º, §2º, atribui caráter constitucional aos tratados sobre direitos humanos⁸¹⁴, porém não é esse o comando do dispositivo. O artigo 5º, §3º, expressamente indica que os tratados sobre direitos humanos aprovados pelo quórum previsto para as emendas constitucionais serão equivalentes a elas. Isto é, o centro da ordem jurídica interna irá considerar estes tratados como equivalentes às normas constitucionais, logo, as normas infraconstitucionais que contrariarem materialmente suas disposições poderão ser até mesmo invalidadas por inconstitucionalidade.

O artigo 5º, §2º, não dispõe sobre o *status* dos tratados internacionais, mas sobre o reconhecimento dos direitos subjetivos previstos nos tratados entre aqueles que integram o rol de direitos e garantias fundamentais da Constituição. Logo, tais direitos não precisam estar previstos em “tratados sobre direitos humanos”. A própria ordem internacional, aliás, admite que direitos humanos possam ser encontrados em tratados que, *a priori*, não têm por finalidade a proteção de direitos humanos, como acontece, por exemplo, com a Convenção de Viena sobre Relações Consulares, artigo 36(1)(b)⁸¹⁵. Precedentes da Corte Internacional de Justiça já reconheceram que a assistência consular para estrangeiros em processo penal constitui um direito humano que deve ser observado pelos Estados, mesmo que sua previsão esteja em um tratado que não é sobre direitos humanos⁸¹⁶. Da mesma forma, tributaristas brasileiros consideram que os tratados para evitar a bitributação se referem à garantia da igualdade em matéria tributária, que estaria no rol de direitos humanos⁸¹⁷.

Não se trata de discutir o *status* do tratado na ordem jurídica interna; o artigo 5º, §2º, diz respeito a direitos e garantias fundamentais previstos em tratados, sejam eles de

⁸¹⁴ TRINDADE, A. A. Cançado. “A interação entre direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos” em *Arquivos do Ministério da Justiça*, n. 182, pp. 27-54, 1993. Cf. RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 423.

⁸¹⁵ Convenção de Viena sobre Relações Consulares, promulgada no Brasil pelo Decreto n. 61.078/1967, Artigo 36º. Comunicação com os nacionais do Estado que envia. 1. A fim de facilitar o exercício das funções consulares relativas aos nacionais do Estado que envia: (...) b) se o interessado lhes solicitar, as autoridades competentes do Estado receptor deverão, sem tardar, informar à repartição consular competente quando, em sua jurisdição, um nacional do Estado que envia fôr preso, encarcerado, posto em prisão preventiva ou detido de qualquer outra maneira.(...)

⁸¹⁶ Corte Internacional de Justiça, ver casos *LaGrand* e *Avena*, acima referidos. No recente julgamento do caso *Jadhav (India v. Pakistan)*, a Corte reafirmou a relevância do direito à assistência consular, mesmo considerando as provas existentes de que Kulbhusan Sudhir Jadhav atuava como espião da Índia no Paquistão (CIJ. *Jadhav Case (India v. Pakistan)*). Julgado em 17 de julho de 2019, disponível na Internet em <https://www.icj-cij.org/files/case-related/168/168-20190717-JUD-01-00-EN.pdf>, acessado em 11 de novembro de 2019). No mesmo sentido se manifestou a Corte Interamericana de Direitos Humanos na Opinião Consultiva **The Right to Information on Consular Assistance in the Framework of the Guarantees of the due Process of Law**, OC-16/99, de 1 de Outubro de 1999. Sobre os direitos consulares na Corte Europeia de Direitos Humanos, cf. PETIT DE GABRIEL, Eulalia W. “*Lebois V. Bulgaria* An Almost Obiter Dictum Of Fundamental Character On The Consular Rights Of Foreign Nationals” em *The Yearbook of Diplomatic and Consular Law*, n. 2, 2017.

⁸¹⁷ TORRES, Ricardo Lôbo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. 10. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 67; SCHOUERI, Op. Cit., 2013, p. 103;

direitos humanos, ou não; sejam estes tratados considerados hierarquicamente no patamar constitucional, no supralegal ou equiparados às leis. A Convenção de Viena sobre Relações Consulares não é uma norma constitucional brasileira, pois não foi aprovada pelo rito do §3º do artigo 5º, mas o direito de assistência consular previsto neste tratado é um direito fundamental, de maneira que deve ser considerada inconstitucional uma lei que venha a suprimir ou limitar o exercício deste direito no Brasil.

Observados heterarquicamente como normas do sistema do direito, na medida em que os tratados estabeleçam direitos subjetivos, estes devem ser considerados como parte do rol de direitos e garantias fundamentais, merecedores de tutela no centro da ordem jurídica interna. Portanto, em síntese, o §2º do artigo 5º cria um acoplamento estrutural entre a ordem jurídica internacional e a Constituição, na medida em que insere os direitos subjetivos previstos em tratados internacionais no rol de direitos e garantias fundamentais, permitindo o fluxo de sentidos da ordem internacional, a quem cabe estabelecer o conteúdo e os contornos dos direitos previstos em tratados, para a ordem interna, que é responsável por dar concretude comunicativa deste direito para a sociedade como direito fundamental.

Uma consequência deste fluxo de sentidos na ordem jurídica interna pode ser observada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Embora o precedente estabelecido no RE n. 466.343-SP, de 2009, pelo STF, indique que os tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados antes de 2004 não possuam *status* constitucional, mas sim “supralegal”, alguns precedentes posteriores a essa decisão têm interpretado disposições constitucionais e legais de maneira a compatibilizá-las com a Convenção Americana de Direitos Humanos. Casos relacionados ao princípio da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII) com base no art. 7.5 e 7.6 da CADH⁸¹⁸; aos meios do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV) com as garantias previstas no art. 8.2 da CADH⁸¹⁹; além dos limites da liberdade de expressão e da liberdade de exercício profissional em conformidade com o art. 13.1 da CADH e com a Opinião Consultiva nº 5 da Corte Interamericana⁸²⁰. Também a interpretação da Lei Maria da Penha tem sido feita de acordo com os tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil,

⁸¹⁸ Ver STF, HC 85.237. Rel. Min. Celso de Mello. Pleno. DJ de 29.04.2005; STF, HC nº 95.464. Rel. Min. Celso de Mello. Segunda Turma. DJe de 13.03.2009; STF, HC nº 98.878. Rel. Min. Celso de Mello. Segunda Turma. DJe de 20.11.2009; STF, HC nº 98.579. Rel. Min. Celso de Mello. Segunda Turma. DJe de 30.04.2010 e STF, RHC 103.546. Rel. min. Celso de Mello. Segunda Turma. DJe de 14.04.2011.

⁸¹⁹ Ver STF, HC 86.634. Rel. Min. Celso de Mello. Segunda Turma. DJ de 23.02.2006; STF, HC 88.359. Rel. Min. Cezar Peluso. Segunda Turma. DJ de 09.03.2007; STF, HC 93.503. Rel. Min. Celso de Mello. Segunda Turma. DJe de 07.08.2009; STF, HC 92.569. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Primeira Turma. DJe de 25.04.2008 e STF, RHC 83.810. Rel. Min. Joaquim Barbosa. Pleno. DJe de 23.10.2009.

⁸²⁰ Ver STF, RE 511.961. Rel. Min. Gilmar Mendes. Pleno. DJe de 13.11.2009.

por considerá-los como normas de caráter supralegal aptas a nortear a interpretação da legislação ordinária⁸²¹.

Por outro lado, em um “contrafluxo dos sentidos”, a jurisprudência do STF vem ratificando, no decorrer do tempo, a possibilidade de submeter os tratados internacionais ao controle de constitucionalidade, tanto no âmbito do controle difuso⁸²² quanto do controle concentrado de constitucionalidade⁸²³. Em um precedente, o Supremo fundamenta que “Nenhum valor jurídico terá o tratado internacional, que, incorporado ao sistema de direito positivo interno, transgredir, formal ou materialmente, o texto da Carta política”. E afirma, expressamente, que “que o sistema jurídico brasileiro não confere qualquer procedência hierárquico-normativa aos atos internacionais sobre o ordenamento constitucional”⁸²⁴. Como visto acima, tal hierarquia da norma internacional sobre a norma interna não existe, o que não impede que uma relação heterárquica seja reconhecida.

Em vista deste estado de coisas, Menezes sugere que os órgãos judiciais nacionais e internacionais deveriam implementar um diálogo, pois exercem a mesma missão de assegurar o respeito à dignidade humana, seja da perspectiva dos direitos humanos no plano internacional, seja na reprodução na forma de direitos fundamentais no âmbito interno⁸²⁵. A superação do discurso hierárquico tanto no Supremo quanto na Corte Interamericana de Direitos Humanos é necessária para se chegar a entrelaçamentos capazes de produzir decisões estabilizadoras da programação do sistema do direito que atendam às demandas sociais contemporâneas.

5.5.2 As reservas como pontes de transição

O instituto da reserva nos tratados multilaterais pode ser compreendido como ponte de transição entre o subsistema internacional e as ordens jurídicas estatais, na medida em que permite a abertura da estrutura normativa internacional para o entrelaçamento heterárquico com o direito interno dos Estados. A propositura de reservas compatíveis com o objeto e as finalidades do tratado pode ser uma condição essencial para a participação do

⁸²¹ ADI 4.424, voto do rel. min. Marco Aurélio, j. 9-2-2012, P, DJE de 1º-8-2014. O Ministro Relator Marco Aurélio entendeu que descaberia interpretar a Lei Maria da Penha, norma interna, de forma dissociada do texto constitucional e dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado brasileiro, entendendo serem os tratados fontes normativas de caráter supralegal aptas a nortear a legislação ordinária.

⁸²² Ver STF, RE 109.173. Rel. Min. Carlos Madeira. Segunda Turma. DJ de 27.03.1987.

⁸²³ Ver STF, Rp 803. Rel. Min. Djaci Falcão. Pleno. DJ de 17.03.1978 e, à luz da Constituição de 1988, a já referida ADI 1.480.

⁸²⁴ MI 772 AgR, voto do rel. min. Celso de Mello, j. 24-10-2007, P, DJE de 20-3-2009.

⁸²⁵ MENEZES, Op. Cit., 2017b, p. 1300.

Estado na relação internacional, em razão da existência de normas fundamentais do direito interno incompatíveis com determinadas obrigações previstas no texto normativo internacional. Trata-se de uma harmonização entre as diferentes ordens jurídicas, permitindo a sua convivência sem a ocorrência de colisões.

De acordo com o artigo 19 da CVDT/69, um Estado pode propor uma reserva aos acordos internacionais, desde que seja considerada compatível com o objeto e finalidades⁸²⁶, e a reserva pode ser imposta em razão de alguma incompatibilidade do tratado com a programação do direito interno⁸²⁷. A regra do artigo 27 da CVDT/69 não impede a formulação de reservas com fundamento no resguardo do direito interno⁸²⁸. Schmalenbach aponta, entretanto, que uma reserva com base no direito interno não pode ser genérica, no sentido de estipular que a aplicação do tratado está sujeita à sua compatibilidade com o direito interno vigente no Estado⁸²⁹.

Observe-se que a interpretação da CVDT/69 não induz uma supremacia do direito internacional sobre o direito interno, nem admite a imposição da supremacia do direito interno sobre o direito internacional. Para Villiger, o artigo 27 serve para reconhecer a validade das normas internacionais diante da apresentação de justificativa de condutas não conforme a suas regras com fundamento em normas de direito interno. Neste sentido, os Estados devem se assegurar que seu direito interno esteja em conformidade com o tratado antes de consentir

⁸²⁶ Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, de 1969, Artigo 19: “Formulation of reservations. A State may, when signing, ratifying, accepting, approving or acceding to a treaty, formulate a reservation unless: (a) the reservation is prohibited by the treaty; (b) the treaty provides that only specified reservations, which do not include the reservation in question, may be made; or (c) in cases not failing under subparagraphs (a) and (b), the reservation is incompatible with the object and purpose of the treaty”.

⁸²⁷ Villiger indica que as reservas nos tratados multilaterais podem ter diferentes objetivos: “(i) they may wish to exclude certain provisions of the treaty, e.g., on the compulsory settlement of disputes; (ii) they may aim to exclude the entire treaty, though only in respect of certain situations or territories; or (iii) they may intend to limit the effects of certain provisions, e.g., to the extent provided for by domestic legislation” (VILLIGER, Op. Cit., 2009, p. 267).

⁸²⁸ Schmalenbach afirma que “The structure of the VCLT does not support the view that Art 27 prohibits internal law reservations” (DÖRR, Oliver; SCHMALENBACH, Kirsten (eds.) **Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary**. 2. ed. Berlin: Springer, 2018, p. 498).

⁸²⁹ Neste sentido, Schmalenbach ensina que “The object and purpose of the treaty (Art 19 lit c) is affected when a reservation generally stipulates that the application of the treaty is subject to the condition that the treaty is compatible with the internal laws in force, given that this kind of reservation is not only of an undefined character but amounts in fact to a total absence of ratification” (DÖRR, Oliver; SCHMALENBACH, Kirsten (eds.) **Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary**. 2. ed. Berlin: Springer, 2018, p. 499). Foi o caso das reservas propostas pelos Estados Unidos na Convenção para Prevenção e Repressão ao Crime de Genocídio, assinada em 1948, e no Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos, de 1966, ambas foram objetadas por Estados partes por serem consideradas genéricas. O mesmo ocorreu em relação às reservas propostas pelo Japão e por países islâmicos (Indonésia, Paquistão, Irã, Qatar e Síria) à Convenção sobre Direitos das Crianças, de 1989, também objetadas por Estados partes.

com seus termos⁸³⁰. Shabbas indica que é comum os Estados formularem reservas justamente porque seu direito interno em vigor entraria em conflito com o tratado, porque o artigo 27 da CVDT/69 somente é aplicável em relação às obrigações expressamente assumidas, o que exclui aquelas que foram objeto da reserva⁸³¹.

O instituto das reservas, portanto, pode ser observado como uma ponte de transição entre as diferentes ordens, permitindo a coexistência do direito interno em contradição com determinadas obrigações internacionais previstas em tratados, às quais o Estado em questão não assume o dever de cumprir, mesmo fazendo parte da relação jurídica multilateral. A tese da compatibilidade das reservas aponta para uma possibilidade de harmonização entre a ordem jurídica do Estado, que propõe a reserva, e a norma jurídica internacional, que prevê a obrigação à qual o Estado não adere, sem comprometer o objeto e as finalidades do tratado. Quando uma reserva é proposta com o objetivo de salvaguardar algum elemento considerado fundamental na ordem jurídica interna, sem comprometer o objeto e finalidade do tratado em questão⁸³², o que se está buscando é uma solução antecipada para os riscos de colisão entre as ordens jurídicas heterárquicas, ficando a questão resolvida no próprio direito positivo. É o que se verifica no caso expresso do artigo 57º da Convenção Europeia de Direitos Humanos, que admite, expressamente, a formulação de reservas para preservar disposições de direito interno⁸³³. O mesmo pode ser observado na *Guideline 3.1.11*

⁸³⁰ VILLIGER, Op. Cit., 2009, p. 375. A situação de conformidade do direito interno com a norma internacional pode, entretanto, se alterar, pela inovação legislativa interna, ou como consequência da interpretação que as instituições do centro da ordem jurídica internacional deem às normas internacionais em suas decisões.

⁸³¹ SHABBAS, Op. Cit., 1996, p. 480. No mesmo sentido, Pellet afirma que “relatively often a State formulates a reservation *because* the treaty imposes on it obligations which are incompatible with its internal law, which it is not in a position to amend, at least initially” (PELLET, Op. Cit., 2011, p. 456).

⁸³² Uma reserva com fundamento na salvaguarda do direito interno não pode ser proposta, por exemplo, quando o objeto e as finalidades do tratado forem justamente a modificação do direito interno. Neste sentido, ver a *Guideline 3.1.5.5* adotada pela Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas, que objetiva esclarecer a aplicação do artigo 19(c) da CVDT/69 sobre as reservas com o objetivo de salvaguardar o direito interno: “A reservation by which a State or an international organization purports to exclude or to modify the legal effect of certain provisions of a treaty or of the treaty as a whole in order to preserve the integrity of specific rules of the internal law of that State or of specific rules of that organization in force at the time of the formulation of the reservation may be formulated only insofar as it does not affect an essential element of the treaty nor its general tenor.” (Comissão de Direito Internacional. **Guide to Practice on Reservations to Treaties**. Disponível na Internet em http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/1_8_2011.pdf, acesso em 10 de novembro de 2019).

⁸³³ Convenção Europeia de Direitos Humanos, Artigo 57º: “Reservas. 1. Qualquer Estado pode, no momento da assinatura desta Convenção ou do depósito do seu instrumento de ratificação, formular uma reserva a propósito de qualquer disposição da Convenção, na medida em que uma lei então em vigor no seu território estiver em discordância com aquela disposição. Este artigo não autoriza reservas de carácter geral. 2. Toda a reserva feita em conformidade com o presente artigo será acompanhada de uma breve descrição da lei em causa”.

adotada pela Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas acerca das reservas relativas ao direito interno⁸³⁴.

O diálogo heterárquico, no centro do subsistema internacional, com as ordens jurídicas estatais, consideradas como periferia, deve permitir que uma conduta de um Estado, com base no seu direito interno, que viole uma determinada obrigação prevista em alguma norma internacional, seja eventualmente considerada como compatível com o objeto e as finalidades da norma ou do regime em questão e, por isso, não seja considerada ilícita no centro do sistema.

Considerações acerca das consequências dessa conduta podem levar à responsabilização do Estado, especialmente no caso da concretização de um dano aos interesses de outro Estado, levando-se em conta os artigos 3 e 32 dos Artigos sobre Responsabilidade Internacional dos Estados. Assim, se o Estado assumiu a obrigação no tratado e o não cumprimento resultou em um dano para outro Estado parte na relação, o argumento com base no direito interno restará frustrado. Porém, se o descumprimento da norma não resulta em um dano para nenhuma das partes, tratando-se de uma norma de importância fundamental para o direito interno do Estado e sendo a conduta compatível com o objeto e a finalidade do tratado, o centro da ordem jurídica internacional pode considerar, em caráter excepcional e levando em conta a relação heterárquica entre as ordens jurídicas interna e internacional, que não houve ilicitude.

Deve-se considerar, então, conforme ao sistema do direito uma situação concreta, em que uma decisão seja tomada pelo centro da ordem jurídica estatal, observando heterarquicamente a ordem jurídica internacional, mas determinando a aplicação do direito interno, mesmo, com isso, praticando uma conduta contrária a uma obrigação internacional. O centro de decisão da ordem jurídica internacional deve observar as considerações feitas pela decisão interna para analisar se o descumprimento circunstancial dessa obrigação compromete o objeto e o propósito da relação obrigacional internacional em questão. A tese da compatibilidade das reservas pode ser levada para o centro de decisão da ordem jurídica internacional para apreciar a compatibilidade das decisões da jurisdição interna com o objeto e o propósito das normas internacionais que, eventualmente, sejam descumpridas em razão da aplicação do direito interno dos Estados, à luz das peculiaridades de cada situação.

⁸³⁴ Comissão de Direito Internacional. Guide to Practice on Reservations to Treaties, Guideline 3.1.11. A reservation by which a State or an international organization purports to exclude or to modify the legal effect of certain provisions of a treaty or of the treaty as a whole in order to preserve the integrity of specific norms of the internal law of that State or rules of that organization may be formulated only insofar as it is compatible with the object and purpose of the treaty. Disponível na Internet em http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/1_8_2011.pdf, acesso em 10 de novembro de 2019.

Neste sentido, Salmón Gárate observa que a objeção a uma reserva não poderá ser considerada justificada ou adequada ao critério estabelecido na CVDT/69 quando se refere a questões acessórias ou adjetivas do direito ou obrigação objeto do tratado, ou que a sua modificação não vá contra o objeto ou finalidade principal da norma internacional⁸³⁵. Nestes casos, assim como a reserva deve ser considerada válida, também uma conduta circunstancial, baseada no direito interno do Estado, pode ser admitida no centro da ordem jurídica internacional como lícita, por não contrariar o objeto e a finalidade da norma internacional.

5.5.3 A questão da prisão perpétua e a cooperação com o Tribunal Penal Internacional

Conforme ensina Kolb, acerca das reservas, se um Estado não pode assumir obrigações que são essenciais para o atendimento dos interesses comuns que levaram à assinatura do tratado, ele deve ficar de fora da relação jurídica. Neste sentido, ele propõe que o teste da compatibilidade da reserva com o objeto e as finalidades do tratado seja a resposta às seguintes perguntas: o dispositivo constitui uma condição necessária para a produção adequada dos efeitos do tratado? Pode o dispositivo em questão ser limitado ou eliminado do tratado sem uma perda posterior de toda, ou de grande parte, de sua razão de ser?⁸³⁶

Considere-se, então, o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (TPI)⁸³⁷, que proíbe expressamente a proposição de reservas no artigo 120. O diálogo heterárquico entre o regime jurídico de proteção universal dos direitos humanos, no qual o TPI tem uma centralidade e representa seu máximo alcance, e a ordem jurídica constitucional brasileira irá se deparar com uma inconsistência do ponto de vista jurídico-positivo. É que o Estatuto de Roma prevê, no artigo 77(1)(b)⁸³⁸, entre as penas aplicáveis pelo Tribunal, a pena de prisão perpétua, se o grau elevado de ilicitude do fato e as condições pessoais do condenado o justificarem. Porém, a Constituição brasileira, no artigo 5º, XLVII, *b*, estabelece que não haverá pena de caráter perpétuo, tratando-se, portanto, de uma “cláusula pétreia”, que, na

⁸³⁵ SALMÓN GÁRATE, Elizabeth. “Las Reservas a los Tratados y su Evolución en el Derecho Internacional” em **THÈMIS-Revista De Derecho**, (21), 1992, 51-55, p. 53. Disponível na Internet em <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/10915>, acessado em 11 de novembro de 2019.

⁸³⁶ KOLB, Robert. **The Law of Treaties: An Introduction**. Cheltenham; Northampton: Edward Elgar, 2016, p. 75. No original: The test is thus mainly a negative one: is a certain provision a necessary condition for the proper performance of the treaty? Can a particular provision be severed or eliminated from the treaty without the latter losing all or at least much of its *raison d'être*?

⁸³⁷ Estatuto do Tribunal Penal Internacional, adotado em Roma, em 17 de julho de 1998, entrando em vigor em 1º de julho de 2002, ratificado pelo Brasil e promulgado pelo Decreto n. 4.388, de 25 de setembro de 2002.

⁸³⁸ Artigo 77. Penas Aplicáveis. 1. Sem prejuízo do disposto no artigo 110, o Tribunal pode impor à pessoa condenada por um dos crimes previstos no artigo 5o do presente Estatuto uma das seguintes penas: a) Pena de prisão por um número determinado de anos, até ao limite máximo de 30 anos; ou b) Pena de prisão perpétua, se o elevado grau de ilicitude do fato e as condições pessoais do condenado o justificarem (...).

forma do artigo 60, §4º, não pode ser sequer objeto de emenda constitucional. Tem-se, assim, um conflito não solucionado pelo direito positivo entre o Estatuto do TPI e a Constituição, já que o Procurador do Tribunal pode, ao iniciar um processo contra alguém, pedir a condenação em prisão perpétua e o Brasil ser chamado a cooperar com o exercício da jurisdição internacional (artigo 87(1)(a) do Estatuto) com a entrega da pessoa (artigo 89(1) do Estatuto), por exemplo.

A controvérsia encontra uma dificuldade extra pelo fato de os precedentes do STF em matéria de extradição serem consolidados no sentido de que a entrega do indivíduo ao Estado requerente depende do compromisso de comutação da pena perpétua em pena privativa de liberdade, solução que foi adotada pela Lei n. 13.445/2017, a Lei de Migração, no artigo 96, III⁸³⁹. A entrega de pessoas para o TPI não deve ser considerada da mesma maneira que em uma extradição, já que não se trata, a rigor, de uma jurisdição estrangeira. A jurisdição do TPI é internacional e decorre da manifestação soberana nacional, de maneira que pode ser considerada como uma extensão da própria jurisdição do Estado. Isso se reforça pelo acoplamento estrutural estabelecido no artigo 5º, §4º, da Constituição, inserido pela EC n. 45/2004, que estabelece que o Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão.

A questão exige abertura cognitiva para compreender que a ordem internacional tem a preocupação de punir com rigor os crimes mais graves contra a humanidade, especialmente quando cometidos por alguém que deveria zelar pelos direitos humanos, ou que utilizou de meios mais severos que o aceitável nas violações. Ao passo que a ordem jurídica interna considera que a pena perpétua é contrária à dignidade humana, devendo ser repudiada como meio de punição em qualquer situação⁸⁴⁰.

A solução hierárquica conduziria ao paradoxo de se declarar a inconstitucionalidade do tratado em face da violação de uma cláusula pétreia. O paradoxo estaria em se declarar inconstitucional um tratado sobre direitos humanos com fundamento na proteção de direitos humanos e, conseqüentemente, enfraquecendo o sistema internacional universal de proteção dos direitos humanos pela inevitável formulação de denúncia pelo Brasil ao Estatuto de Roma. A observação da ótica de uma relação heterárquica entre as ordens jurídicas pode apresentar como solução duas hipóteses. Na primeira, o Brasil recusaria a entrega da pessoa pelo fato de o pedido de condenação em prisão perpétua ser vedado pela

⁸³⁹ Lei n. 13.445/2017, art. 96: “Não será efetivada a entrega do extraditando sem que o Estado requerente assumo o compromisso de: (...) III - comutar a pena corporal, perpétua ou de morte em pena privativa de liberdade, respeitado o limite máximo de cumprimento de 30 (trinta) anos;”

⁸⁴⁰ NEVES, Op. Cit., 2009, p. 148.

Constituição, implicando uma conduta que viola os artigos 86⁸⁴¹, 88⁸⁴² e 89 do tratado. As duas ordens jurídicas se aplicariam integralmente, sujeitando-se o Estado brasileiro às eventuais consequências do ato, considerado ilícito pela ordem jurídica internacional. A segunda hipótese seria decorrente de uma abertura ao diálogo entre as ordens pela proposição de uma solução intermediária não prevista no direito positivo. Inicialmente, é preciso considerar que a proteção de direitos e garantias fundamentais se constitui como uma norma de importância fundamental na ordem jurídica interna brasileira. Acresce-se a isso a resposta aos questionamentos propostos por Kolb a propósito do teste de compatibilidade com o “objeto e finalidades” do tratado.

Não se trata aqui da formulação de uma reserva, mas da fundamentação da imposição de condição pelo Estado para o cumprimento da obrigação internacional em face das circunstâncias do caso. A aplicação de pena de caráter perpétuo, embora expressamente prevista no Estatuto de Roma, não pode ser considerada como o objeto do tratado, nem mesmo como essencial para o alcance de suas finalidades. O objeto do tratado não é aplicar prisão perpétua, esta é uma das possibilidades de pena, consideradas pelo próprio texto do tratado como de caráter excepcional. As finalidades do tratado tampouco podem ser consideradas frustradas pelo fato de uma condenação ao cumprimento de pena ter um tempo limite de execução. Por esta razão, o diálogo heterárquico entre as ordens jurídicas em questão deve encontrar disposição para o aprendizado no centro da ordem jurídica internacional e abertura cognitiva para inovar e admitir que o Brasil possa condicionar a entrega de uma pessoa acusada no TPI à comutação do pedido de condenação em pena perpétua em pena privativa de liberdade com limite de prazo de cumprimento.

Esta é uma solução plenamente adequada aos regimes jurídicos em questão, que observa a unicidade do sistema do direito, permitindo a execução de operações que atendem às demandas que emanam do ambiente relativamente ao julgamento dos fatos criminosos, à condenação dos responsáveis e ao cumprimento de pena pelos crimes cometidos, com a preservação dos direitos e garantias fundamentais da ordem jurídica nacional, tudo em conformidade com as expectativas de comportamento refletidas na programação das ordens jurídicas em questão.

⁸⁴¹ Artigo 86. Obrigação Geral de Cooperar. Os Estados Partes deverão, em conformidade com o disposto no presente Estatuto, cooperar plenamente com o Tribunal no inquérito e no procedimento contra crimes da competência deste.

⁸⁴² Artigo 88. Procedimentos Previstos no Direito Interno. Os Estados Partes deverão assegurar-se de que o seu direito interno prevê procedimentos que permitam responder a todas as formas de cooperação especificadas neste Capítulo.

5.5.4 A vedação da candidatura de Luiz Inácio Lula da Silva

Em 2018, o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) decidiu, por seis votos a um, recusar o registro de candidatura de Luiz Inácio Lula da Silva por entendê-lo inelegível com base no artigo 11, § 10, da Lei nº 9.504/1997 e no artigo 1º, I, e, da Lei Complementar n. 64/1990, com a redação dada pela Lei Complementar n. 135/2010, a Lei da Ficha Limpa⁸⁴³. Em síntese, o fundamento da inelegibilidade é a condenação do candidato por órgão colegiado na Ação Penal nº 5046512-94.2016.4.04.7000/PR. Ocorre que a decisão foi de encontro à *interim measure*, ou medida cautelar, concedida pelo Human Rights Committee (Comitê de Direitos Humanos) das Nações Unidas⁸⁴⁴ em 17 de agosto de 2018, entendendo haver risco iminente de dano irreparável ao direito “de votar e ser eleito” previsto no art. 25 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e solicitando ao Estado brasileiro que assegurasse a Luiz Inácio Lula da Silva: (i) o exercício, mesmo durante a prisão, de seus direitos políticos como candidato nas eleições presidenciais de 2018, incluindo acesso apropriado aos meios de comunicação e aos membros de seu partido; e (ii) o direito de concorrer nas eleições de 2018 até que todos os recursos pendentes sejam julgados em um processo justo e a condenação tenha se tornado definitiva⁸⁴⁵.

Em seu voto, o Relator Ministro Luís Roberto Barroso apontou razões formais e materiais para desconsiderar a medida cautelar do Comitê de Direitos Humanos. No plano formal, entendeu pela ausência de força vinculante das recomendações emitidas pelo Comitê, por ser este um órgão administrativo, e não jurisdicional; pela não incorporação do Primeiro Protocolo Facultativo ao PIDCP na ordem interna brasileira, em razão da falta de promulgação do tratado em Decreto presidencial; e indicou aspectos procedimentais que impediam a observância da medida cautelar concedida, como o não esgotamento dos recursos

⁸⁴³ Tribunal Superior Eleitoral. Registro de Candidatura Nº 0600903-50.2018.6.00.0000. Rel. Min. Roberto Barroso, j. 04 de setembro de 2018, p. PSESS – Mural Eletrônico 05 de setembro de 2018.

⁸⁴⁴ O Comitê de Direitos Humanos, criado em virtude do art. 28 do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (PIDCP), pelo Primeiro Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, integra a programação universal de proteção dos direitos humanos das Nações Unidas juntamente com outros órgãos como o Conselho de Direitos Humanos da ONU, o Committee on the Elimination of Racial Discrimination (CERD), o Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), o Committee on the Elimination of Discrimination against Women (CEDAW), o Committee against Torture (CAT), o Committee on the Rights of the Child (CRC), o Committee on Migrant Workers (CMW), o Subcommittee on Prevention of Torture (SPT), o Committee on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD) e o Committee on Enforced Disappearances (CED).

⁸⁴⁵ A *interim measure* determinou que o governo brasileiro deveria “take all necessary measures to ensure that the author enjoy and exercise his political right while in prison, as candidate to the 2018 presidential elections, including appropriate access to the media and members of his political party; as well as not to prevent the author from standing for election at the 2018 presidential elections, until the pending applications for review of his conviction have been completed in fair judicial proceedings and the conviction has become final”.

internos, a ausência de oitiva prévia do Estado brasileiro, o fato de a medida cautelar ter sido concedida por apenas dois dos dezoito membros do Comitê, a ausência de fundamentação a respeito do risco iminente de dano irreparável ao direito previsto no artigo 25 do PIDCP e a previsão de análise final do mérito da questão para após as eleições “quando os fatos já estarão consumados e serão de difícil ou traumática reversão”. Com fundamento em precedente do Supremo Tribunal de Espanha, o ministro consignou que a Justiça Eleitoral brasileira não está obrigada a dar cumprimento à orientação do Comitê de Direitos Humanos da ONU.

No plano material, o ministro expressou a necessidade de abertura ao diálogo com a ordem jurídica internacional, indicando a doutrina da “margem de apreciação estatal”. Avaliando os termos do artigo 25, b, do PIDCP⁸⁴⁶, utilizado na medida cautelar do Comitê, o ministro entendeu que as restrições impostas ao direito de se eleger com base nos dispositivos da Lei da Ficha Limpa eram infundadas. Argumentou que a LC nº 135/2010: (i) originara-se de projeto de lei de iniciativa popular que contou com mais de 1,5 milhão de assinaturas e foi aprovada com votação expressiva no Congresso Nacional; (ii) tem lastro no art. 14, § 9º, da Constituição de 1988, que impõe a proteção da moralidade como valor para o exercício de mandato eletivo, considerada a vida pregressa do candidato; e (iii) tivera sua constitucionalidade assentada pelo Supremo Tribunal Federal, que entendeu que a condenação criminal por um órgão colegiado, ainda sem o trânsito em julgado, constitui forte indício de fato desabonador da moralidade do cidadão para o exercício do mandato, autorizando a restrição ao direito à elegibilidade, o que vem sendo seguido pelo TSE. Concluiu, então, com base na “margem de apreciação”, que a medida cautelar não poderia produzir efeitos na ordem jurídica interna porque ela conflitava com a Lei da Ficha Limpa, “norma que, além de declarada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, seguramente atende às nossas particularidades culturais e à vontade política popular”⁸⁴⁷.

O ministro ainda acrescentou que o cumprimento da medida cautelar poderia produzir um “*periculum in mora* reverso”, pois a decisão final do Comitê viria depois de encerradas as eleições e com o novo Presidente já empossado, o que produziria uma situação consumada de difícil ou traumática reversão. E, por fim, destacou que a medida cautelar não seria equiparável a uma decisão judicial de afastamento da ilegitimidade, uma vez que a

⁸⁴⁶ Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos. Artigo 25: “todo cidadão terá o direito e a possibilidade, sem qualquer das formas de discriminação mencionadas no artigo 2 e sem restrições infundadas: (...) b) de votar e de ser eleito em eleições periódicas, autênticas, realizadas por sufrágio universal e igualitário e por voto secreto, que garantam a manifestação da vontade dos eleitores”.

⁸⁴⁷ Tribunal Superior Eleitoral. Registro de Candidatura Nº 0600903-50.2018.6.00.0000. Voto do Rel. Min. Roberto Barroso, j. 04 de setembro de 2018, p. PSESS – Mural Eletrônico 05 de setembro de 2018.

suspensão da inelegibilidade é atribuída com exclusividade aos órgãos colegiados dos tribunais superiores, no caso, o Superior Tribunal de Justiça ou o Supremo Tribunal Federal.

O Ministro Luiz Edson Fachin apresentou voto divergente, destacando inicialmente que, de acordo com os §§1º e 2º do artigo 5º da Constituição, a incorporação dos direitos fundamentais decorrentes de tratado não exige a sua promulgação por decreto presidencial, pois a aplicabilidade imediata dos direitos requer apenas que o Estado brasileiro “seja parte” do tratado. Apontou que a CVDT/69, no artigo 16, estabelece que o consentimento do Estado se concretiza pelo depósito do instrumento de ratificação ou de adesão, o que, no caso do Primeiro Protocolo Facultativo do PIDCP, ocorreu em 25 de setembro de 2009, com fundamento no Decreto Legislativo n. 311, de 2009. Com base nisso, o ministro defendeu que o direito de apresentar comunicações individuais ao Comitê integra o rol de direitos e garantias fundamentais da Constituição e tem aplicabilidade imediata, independentemente da promulgação do tratado por decreto presidencial. Como o objetivo do sistema de comunicações individuais seria o de garantir a efetividade dos direitos do tratado, a negação de força à medida cautelar sob alegação de que a decisão não é vinculante teria como efeito o esvaziamento da competência do Comitê, o que contraria o dever de cumprir de boa fé os tratados internacionais, conforme previsto no artigo 26 da CVDT/69 e no artigo 2 do PIDCP⁸⁴⁸.

Sobre o não esgotamento dos recursos internos, o ministro Fachin apontou que o artigo 5º do Protocolo afasta esta exigência nos casos em que a espera do julgamento dos recursos internos seja injustificada. No caso em questão, o ministro considerou que “impedir o recebimento da comunicação seria, precisamente, retirar das pessoas qualquer recurso eficaz em face de uma eventual violação dos direitos garantidos pelo Pacto”⁸⁴⁹.

No mérito, o voto divergente concluiu que, pela Lei da Ficha Limpa, Luiz Inácio Lula da Silva estava inelegível, mas o ministro invocou o precedente do STF estabelecido no RE 466.343-SP, para paralisar a eficácia da decisão com fundamento na norma infraconstitucional, por entender que o PIDCP constitui norma com força supralegal, como um tratado sobre direitos humanos aprovado antes da EC n. 45/2004. Em um contraponto direto ao voto do Relator sobre as possíveis repercussões sociais da decisão, Fachin afirmou que a segurança jurídica estaria acima das convicções individuais ou coletivas, e que a

⁸⁴⁸ De acordo com o Comentário Geral nº 31, em caso de inconsistência entre o Pacto e o direito interno dos Estados, “o artigo 2 exige que a lei ou a prática doméstica sejam alteradas para atender às exigências impostas pelas garantias substanciais do Pacto” (Human Rights Committee. CCPR/C/GC/31).

⁸⁴⁹ Tribunal Superior Eleitoral. Registro de Candidatura Nº 0600903-50.2018.6.00.0000. Voto do Min. Luiz Edson Fachin, j. 04 de setembro de 2018, p. PSESS – Mural Eletrônico 05 de setembro de 2018.

solução encontrada pelo regime constitucional era a do reconhecimento do direito concebido na norma internacional e de sua supremacia sobre as leis infraconstitucionais. Portanto, enquanto durassem os efeitos da medida cautelar do Comitê, os efeitos da inelegibilidade deveriam permanecer suspensos.

O voto do ministro Fachin contempla, ainda, um importante aspecto do caso, não considerado no voto do Relator, que é a competência do Comitê, reconhecida pelos Estados, para interpretar o tratado. O ministro aponta que o Primeiro Protocolo do PIDCP foi assinado justamente para criar um órgão que ficasse responsável pela interpretação do tratado principal⁸⁵⁰. Nesse sentido, indicou o Comentário Geral do Comitê nº 33, segundo o qual “a opinião do Comitê acerca do Protocolo Facultativo representa uma determinação autorizada do órgão encarregado pelo próprio Pacto Internacional da interpretação desse instrumento”⁸⁵¹.

Como instituição do centro da ordem internacional, cabe ao Comitê apreciar as situações concretas que lhe são levadas para decidir sobre a aplicação do PIDCP⁸⁵². No caso concreto, o acoplamento estrutural entre a ordem jurídica interna e a internacional, estabelecido no §2º do artigo 5º, garante a transição do entendimento expresso no *interim measure* diretamente para a periferia da ordem jurídica interna, de maneira que a questão deixa de ser se a decisão é vinculante, ou não, para o tribunal nacional.

O Comitê, de fato, não é órgão jurisdicional e, conseqüentemente, suas decisões não podem ser executadas no âmbito interno como título executivo judicial, como acontece, por exemplo, com as sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos⁸⁵³. No caso concreto, não se requereu a execução da *interim measure* como decisão jurisdicional vinculante, mas que ela fosse recebida pelo órgão responsável por decidir a respeito do exercício do direito subjetivo em questão na ordem jurídica interna como uma interpretação autorizada do PIDCP. Como já foi visto, não cabe a uma instituição do centro da ordem

⁸⁵⁰ Neste mesmo sentido JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Op. Cit., 1978, p. 175-176.

⁸⁵¹ Human Rights Committee. CCPR/C/GC/33, de 25 de junho de 2009.

⁸⁵² Como ensina André Nollkaemper, “treaties may grant international institutions powers to interpret and modify the treaty. This holds for intergovernmental organizations that may have been constituted by treaties, for more informal arrangements such as meetings of the parties set up by a treaty. (...) Such international institutions can exercise interpretative authority quite independently from the States that originally set them up” (Op. Cit., 2014, p. 126-127). Ver, também, OWADA, Op. Cit., 2015, p. 275-276, sobre a dificuldade de as cortes internas observarem até mesmo a sentença da Corte Internacional de Justiça.

⁸⁵³ Convenção Americana de Direitos Humanos. Artigo 68 (1) Os Estados Partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes. (2) A parte da sentença que determinar indenização compensatória poderá ser executada no país respectivo pelo processo interno vigente para a execução de sentenças contra o Estado.

jurídica interna decidir sobre uma norma da programação internacional, mormente se uma decisão no centro da ordem internacional já foi tomada⁸⁵⁴.

No caso concreto, como bem observou o ministro Fachin em seu voto, a força vinculante do ato do Comitê não decorre da ordem jurídica internacional, mas da própria ordem jurídica interna, seja em razão do texto dos §§ 1º e 2º do artigo 5º da Constituição, seja por causa da interpretação que o STF deu ao texto constitucional no RE n. 466.343-SP, acerca da supralegalidade dos tratados internacionais sobre direitos humanos⁸⁵⁵. Logo, não é pela sua natureza, mas pelo seu conteúdo. A “força vinculante” vem da relação heterárquica, já que a ordem jurídica interna foi interpretada por suas instituições no sentido de atribuir aos direitos previstos em tratados internacionais um caráter supralegal e o centro da ordem jurídica internacional decidiu que a preservação do direito subjetivo em questão, previsto no artigo 25 do PIDCP, exigia a adoção de medidas que assegurassem o direito do autor se candidatar às eleições presidenciais de 2018.

Não se pode negar, entretanto, que o ministro Luís Roberto Barroso propôs um diálogo heterárquico no caso concreto. Em nenhuma passagem de seu voto argumentou no sentido de que a Lei da Ficha Limpa estaria hierarquicamente acima do PIDCP, ou que a decisão do Comitê não teria acolhida constitucional. A decisão se construiu um torno da consideração acerca do caráter fundamental da Lei da Ficha Limpa para a sociedade brasileira, apontando sua legitimação democrática, reforçada pela confirmação de sua constitucionalidade pelo STF. Partindo da doutrina da “margem de apreciação”, é possível compreender, dos elementos do voto, que o ministro considerou que a violação da obrigação internacional, neste caso, mostrava-se menos gravosa que as possíveis consequências sociais do seu cumprimento na forma decidida pelo Comitê, com as possíveis influências sobre o resultado das eleições de 2018 e até sobre a posse do novo Presidente.

O problema da solução trazida no voto do relator, que acabou prevalecendo no caso, é que ela cria uma situação em que o objeto e as finalidades do PIDCP ficam

⁸⁵⁴ Ramos propõe que as manifestações dos centros das ordens jurídicas interna e internacional interajam, “permitindo o diálogo entre o Direito Interno e o Direito Internacional, em especial quanto às interpretações fornecidas pelos órgãos internacionais cuja jurisdição o Brasil reconheceu” (RAMOS, Op. Cit., 2016, p. 429).

⁸⁵⁵ Como afirmou o Min. Gilmar Mendes em seu voto no RE 466.343-SP, “desde a adesão do Brasil, sem reservas, ao Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica, ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O *status* normativo supralegal dos tratados sobre direitos humanos subscritos pelo Brasil, dessa forma, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão”. Gilmar Mendes aduz que o caráter supralegal dos tratados, neste caso, resulta em uma paralisação da eficácia da legislação infraconstitucional em contrário (MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 708).

comprometidos. Ainda que se considere que a Lei da Ficha Limpa seja uma “norma interna de importância fundamental”, sua aplicação ao caso esvaziou completamente a aplicação da norma internacional como decidido por um órgão do centro da ordem jurídica internacional. O argumento de que a decisão foi proferida por dois dos dezoito membros do Comitê não se sustenta, já que a *interim measure* decorre do artigo 92 dos *Rules of Procedure* do Comitê⁸⁵⁶, que não exige a manifestação de todos os membros. De observar que a medida cautelar tem o objetivo de evitar danos irreparáveis e, discursivamente, não se sobrepõe hierarquicamente ao direito interno dos Estados. No caso, a decisão propôs que fossem adotadas pelas autoridades nacionais todas as medidas necessárias para assegurar os direitos do autor. Ademais, o voto do relator deixou de observar o acoplamento estrutural estabelecido pelo artigo 5º, §2º da Constituição com a ordem jurídica internacional, que foi bastante explorado no voto vencido do ministro Luiz Edson Fachin.

Ao decidir pelo indeferimento do registro de candidatura, fica expresso que estava ao alcance do Estado brasileiro a observância da obrigação internacionalmente assumida no PIDCP, embora a decisão neste sentido fosse trazer possíveis dificuldades sociais em caso de reversão. A decisão tomada, ao contrário, é totalmente irreversível, já que criou um fato consumado e que não poderia ser mudado nem na hipótese de uma decisão definitiva da ordem internacional confirmatória da medida cautelar, nem na eventualidade de uma decisão da ordem jurídica interna que anulasse a condenação penal do autor. Em momento algum foi considerado, pelo relator, que os efeitos da decisão frustrariam completamente o objeto e as finalidades da norma internacional e, assim, as expectativas de comportamento do Estado brasileiro nas relações internacionais. Portanto, em que pese a disposição do relator em analisar heterarquicamente o caso, a decisão tomada no caso não foi capaz de absorver o fluxo de sentidos, nem de promover um entrelaçamento evolutivo da ordem jurídica interna, restando apenas à ordem internacional a observação de uma conduta ilícita por parte do Estado brasileiro.

5.5.5 A questão do uso de amianto no Brasil

⁸⁵⁶ CCPR/C/3/Rev.10. Rule 92. The Committee may, prior to forwarding its Views on the communication to the State party concerned, inform that State of its Views as to whether interim measures may be desirable to avoid irreparable damage to the victim of the alleged violation. In doing so, the Committee shall inform the State party concerned that such expression of its Views on interim measures does not imply a determination on the merits of the communication.

No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 3.937/SP⁸⁵⁷, da ADI n. 3.406/RJ⁸⁵⁸ e da ADI n. 3.470/RJ⁸⁵⁹, que arguíram a inconstitucionalidade de leis estaduais que proibiram o uso de amianto, contrariando o permissivo previsto no artigo 2º da Lei Federal n. 9.055/1995, o STF recorreu fartamente à programação internacional na sua fundamentação. Ressalte-se que a decisão final, nestes casos, foi no sentido da improcedência da inconstitucionalidade das leis estaduais, mas, incidentalmente, foi declarada a inconstitucionalidade do artigo 2º da Lei n. 9.055/1995.

Como suporte argumentativo para se chegar a esta decisão, o Supremo levou em consideração a inclusão dos resíduos que contenham amianto no rol de substâncias da Convenção de Basileia sobre o Controle de Movimentos Transfronteiriços de Resíduos Perigosos e seu Depósito⁸⁶⁰⁻⁸⁶¹, de 1989, por entender que o Brasil teria a obrigação de adotar medidas voltadas a assegurar que a geração de resíduos perigosos, considerados aspectos sociais, tecnológicos e econômicos, seja reduzida ao mínimo possível. Também foi aduzido o alinhamento das leis estaduais com as obrigações assumidas pelo Estado brasileiro ao adotar as Convenções n. 139 e n. 162 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), consideradas, pelo Supremo, como normas supraleais na ordem jurídica interna por serem veiculadoras de regimes protetivos de direitos fundamentais. Indo além na abertura cognitiva da ordem jurídica interna, o STF recorreu ao *soft law* da Organização Mundial da Saúde (OMS), em sua recomendação de 1998, Critério de Saúde Ambiental nº 203 – Amianto Crisotila –, em 2006 no documento “Elimination of asbestos-related diseases” (“Eliminação de doenças relacionadas ao asbesto”), às Resoluções da Assembleia Geral de 2005, 2007 e 2013, que indicaram que todos os tipos de amianto causam câncer no ser humano, não tendo sido identificado nenhum limite para o risco carcinogênico do crisotila; que o aumento do risco de desenvolvimento de câncer tem sido observado mesmo em populações submetidas a níveis muito baixos de exposição; e que o meio mais eficiente de eliminar as doenças relacionadas ao mineral é eliminar o uso de todos os tipos de asbesto. A racionalidade transversal permitiu observar, inclusive, que a exploração econômica do amianto crisotila já havia sido proibida

⁸⁵⁷ STF. ADI n. 3.937-SP, Rel p/ ac. Min. Dias Toffoli, Pleno, DJe 01/02/2019.

⁸⁵⁸ STF. ADI n. 3.060-RJ, Rel. Min. Rosa Weber, DJe 01/02/2019.

⁸⁵⁹ STF. ADI n. 3.470-RJ, Rel. Min. Rosa Weber, DJe 01/02/2019.

⁸⁶⁰ Código Y 36 do Anexo I (resíduos controlados) e no Anexo III (lista de características perigosas) da Convenção, a teor dos itens H11 e H12, que se referem, respectivamente, aos resíduos com características tóxicas (substâncias ou resíduos que, se inalados ou ingeridos, ou se penetrarem na pele, podem implicar efeitos retardados ou crônicos, inclusive carcinogênese) e ecotóxicas (substâncias ou resíduos que, se liberados, apresentem ou possam apresentar impactos adversos retardados sobre o meio ambiente por bioacumulação e/ou efeitos tóxicos sobre os sistemas bióticos).

⁸⁶¹ Aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo nº 34/1992 e promulgada pelo Decreto nº 875/1993.

em mais de 50 países à época, incluindo todos os Estados-membros da União Europeia, por força da Diretiva 1999/77/CE.

Com fundamento nestes instrumentos, o STF observou que o Brasil assumiu o compromisso internacional de revisar sua legislação e de substituir, quando tecnicamente viável, a utilização do amianto crisotila. Após considerar que, após 22 anos de vigência da Lei n. 9.055/1995, a realidade havia se alterado substancialmente, não somente em relação ao conhecimento disponível sobre o grau de toxicidade do mineral, mas também à viabilidade técnica e econômica de sua progressiva substituição o Supremo entendeu que:

A lei questionada dispõe, em síntese, sobre a substituição progressiva da produção e da comercialização de produtos que contenham asbesto. Tendo em vista que a referida legislação tem como escopo a proibição da utilização do amianto crisotila nas atividades que menciona, em consonância com os preceitos constitucionais (em especial, os arts. 6º; 7º, inciso XXII; 196 e 225 da CF/88) e com os compromissos internacionais subscritos pelo Estado brasileiro, entendo que não incide ela no mesmo vício de inconstitucionalidade material da legislação federal. Pelo exposto, julgo improcedente a ação direta de inconstitucionalidade, com declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 2º da Lei Federal nº 9.055/1995, com efeitos erga omnes e vinculante⁸⁶² (sem grifo no original).

É relevante observar como toda a fundamentação baseada na programação internacional não conduziu à invalidação da norma interna, que terminou invalidada pelo vício da inconstitucionalidade, sendo a estrutura da ordem internacional considerada para a conclusão de que: 1) o estado de coisas do conhecimento acerca da questão de fato em discussão; 2) a importância dos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil no sentido de proteger, não somente a sua população, mas toda a humanidade, da circulação de resíduos considerados tóxicos; 3) diversos países do mundo já haviam adotado normas jurídicas mais sensíveis às comunicações do ambiente social relativas aos riscos do amianto. E todo esse conjunto de fatores, por si sós, já seria motivo suficiente para a não aplicação do artigo 2º da Lei n. 9.055/1995, pois o indeferimento da pretensão de declaração de inconstitucionalidade das leis estaduais que proibiram a utilização do amianto crisotila se deu, também, por esta legislação estar em conformidade com os compromissos internacionais subscritos pelo Estado brasileiro.

Estes exemplos indicam que o fechamento operativo das diferentes ordens jurídicas não significa um isolamento, ou um bloqueio, para comunicações com as demais ordens jurídicas que permeiam o entorno interno do sistema do direito. Os acoplamentos

⁸⁶² STF. ADI n. 3.470-RJ, Rel. Min. Rosa Weber, DJe 01/02/2019.

operativos são sempre possíveis e mediados pelo símbolo da validade que permite o reconhecimento como direito das normas emanadas por outras ordens jurídicas.

Com isso, as decisões podem ser tomadas levando-se em consideração todas as expectativas de comportamento criadas pelas estruturas do direito na sociedade, aumentando a sensibilidade dos centros de decisão para as demandas por estabilidade dos outros sistemas sociais. A relação heterárquica entre as ordens jurídicas interna e internacional permite uma reflexão mais abrangente sobre as operações do direito que envolvem o Estado, como organização da sociedade que atua tanto na construção da ordem jurídica interna quanto na participação das relações internacionais como sujeito de direito.

6 CONCLUSÃO

O enfrentamento dos bloqueios causados por uma percepção estadocêntrica do direito resultante das doutrinas constitucionalistas permanece como um desafio para a observação da relação heterárquica entre o direito interno e o direito internacional. No entanto, o aumento da percepção da interdependência nas relações internacionais resulta na incorporação de premissas cooperativas no próprio texto das constituições dos Estados. Soma-se a isso o aumento das pressões sociais por um alinhamento dos Estados com demandas que advêm da mundialidade da sociedade. Neste contexto, percebe-se o fortalecimento das instituições internacionais, que são mais sensíveis a essas irritações e que refletem, na sua estrutura normativa, as expectativas de comportamento comunicadas pelos sistemas sociais parciais. Apesar disso, decisões que atomizam o sistema do direito a partir das ordens jurídicas internas continuam sendo tomadas, sem considerar o direito internacional como direito, ou adotando a premissa da supremacia do direito interno, como a utilização do controle de constitucionalidade de tratados internacionais.

No plano internacional, a observação do direito interno dos Estados como direito tem aumentado, como resposta aos argumentos de autopreservação das ordens jurídicas internas em situações concretas. A abertura para o diálogo se mostra particularmente profícua na utilização da doutrina da margem de apreciação e na aceitação da compatibilidade de reservas em tratados com fundamento em normas de direito interno contrárias às obrigações pactuadas internacionalmente. Há, no entanto, um largo campo para evolução da observação heterárquica do direito interno no centro da ordem jurídica internacional, com a superação de conceitos de autoimposição, como o controle de convencionalidade, que não encontram ressonância na prática e bloqueiam a interação comunicativa.

A ausência de uma autoridade internacional deve ser suprida pelo reconhecimento do caráter multicêntrico da sociedade internacional, bem como da capacidade de assimilação das demandas do ambiente como forma de promoção do processo construtivo de uma sociedade mais cooperativa. A consideração de uma relação heterárquica da ordem jurídica interna com a internacional permite superar esses obstáculos, para proporcionar um funcionamento do sistema do direito que responda às demandas da sociedade, observando as diferenças naturais da complexidade cultural que se refletem no direito positivo. Isso será possível pela abertura e disposição para o diálogo entre a ordem jurídica interna e a internacional na solução de questões contextuais que não possam ser resolvidas pela simples aplicação da lógica formal dedutiva.

No segundo Capítulo foi exposto como o positivismo jurídico tem um relevante papel na comunicação da programação do direito com os outros sistemas sociais e na interação comunicativa entre as diferentes ordens jurídicas que integram o entorno interno do sistema. A positivação da programação do direito se apresenta como limite contingente das possibilidades de entrelaçamento entre os elementos do sistema do direito, evitando-se a atomização pela abertura aos acoplamentos operativos, pelas pontes de transição entre as diversas ordens jurídicas observadas e reconhecidas como partes integrantes do sistema do direito. A mediação pelo símbolo da validade, identificado nas operações do centro de cada uma das diferentes ordens jurídicas, possibilita o reconhecimento do direito positivo de uma ordem jurídica como direito nas operações de outras ordens jurídicas em uma relação heterárquica.

A formação do sistema do direito internacional, como foi visto no Capítulo terceiro, foi determinante para a consolidação dos Estados como forma predominante de organização da sociedade. Além disso, o sistema do direito internacional passou por transformações históricas, buscando responder aos problemas emanados de uma sociedade fragmentada, multifacetada e complexa. Esse estado de coisas ainda traz desafios para a percepção da unicidade da ordem jurídica internacional e para a estabilização do seu funcionamento. Entretanto, a capacidade de auto-observação e auto-reprodução do sistema pela autopoiese continua a garantir a sua evolução e a sua aptidão para a assimilação das demandas da sociedade mundial.

No Capítulo quatro, foi explicado como as doutrinas clássicas da relação entre o direito internacional e o direito interno não oferecem respostas satisfatórias, mas permanecem sendo utilizadas na prática dos tribunais. É preciso ter em conta a complexidade do pluralismo sem se prender ao debate do monismo *versus* dualismo e sem abandonar uma ideia de unicidade do sistema do direito, visando a uma harmonização do conjunto normativo e não à padronização de normas internas e internacionais. Como a decisão, em uma situação que envolve as ordens jurídica interna e internacional, não é resolvida pela hierarquia das normas, o jogo de primazias levará mais em conta as possíveis consequências da decisão para a estabilidade das relações sociais, para as expectativas que o sistema jurídico cria na sociedade e para os possíveis efeitos que derivarão desta decisão no ambiente, do que a organização estrutural do sistema.

O quinto Capítulo demonstrou como a ideia de heterarquia conjuga a autonomia das diferentes ordens jurídicas com a capacidade de integração cultural, permitindo uma configuração estrutural flexível, que viabiliza um aprendizado de coordenação horizontal pelo

sistema do direito. O equilíbrio dessa tensão é essencial para evitar, de um lado, uma desordem com risco de anarquia, ou, de outro lado, um excesso de comando de uma ordem sobre as demais com risco de imperialismo semântico. Nas relações heterárquicas, os conflitos não são resolvidos pela premissa da autoridade para a tomada de decisão, nem podem ser evitados antecipadamente em razão da impossibilidade de observação integral da complexidade. É necessária uma predisposição para aceitar as discordâncias relativas a valores, na gestão dos conflitos, de modo a permitir que a decisão seja resultado de um diálogo aberto entre os diferentes pontos de vista. A relação heterárquica permite a convivência entre normas que, eventualmente, criam expectativas de conduta contraditórias, cabendo às instituições a realização de operações que estabilizem o sistema do direito.

Neste sentido, a positivação da programação do direito se apresenta como limite contingente das possibilidades de entrelaçamento entre os elementos do sistema do direito. O isolamento das diferentes ordens jurídicas é evitado pela abertura cognitiva proporcionada pelos acoplamentos operativos e pelas pontes de transição que podem ser identificadas e reconhecidas como partes integrantes do sistema do direito. A mediação pelo símbolo da validade, identificado nas operações do centro de cada uma das diferentes ordens jurídicas, possibilita o reconhecimento do direito positivo de uma ordem jurídica como direito nas operações de outras ordens jurídicas em uma relação heterárquica.

A abertura para o diálogo heterárquico não fragmenta o sistema do direito, pelo contrário, confere-lhe unicidade pela possibilidade de auto-observação das operações com base no binômio lícito/ilícito, permitindo novas descrições do direito a cada evento, o que implica o fechamento operacional que impede a des-diferenciação funcional. Quando o Estado toma uma decisão com base apenas nas disposições do seu direito interno, contrariando a programação direito internacional, a heterarquia será preservada pela possibilidade de uma operação no centro da ordem jurídica internacional considerar como ilícita a conduta do Estado no âmbito externo, imputando-lhe uma responsabilidade no plano externo. Resta, portanto, demonstrado que a relação entre a ordem jurídica interna e a internacional é heterárquica, mesmo quando um dos lados se fecha para as possibilidades de entrelaçamento com o outro.

O reconhecimento da relação heterárquica entre as ordens jurídicas do sistema do direito abdica da pretensão de encontrar uma racionalidade universal e opta pela racionalidade transversal, que é instável, relacional e ambulante, perpassando pelos acoplamentos operativos para proporcionar um campo de visão mais abrangente para os centros de decisão. A racionalidade transversal é construída em uma rede de observações policontexturais,

geradas por diferentes pontos de vista, que levam em consideração as possíveis relações heterárquicas entre as diferentes ordens jurídicas do sistema, diante da multiplicidade de padrões de expectativas de comportamento estabilizados nas estruturas normativas reconhecidas como válidas. A concepção de uma racionalidade transversal se baseia, portanto, na busca por compatibilidade, concordância e convergência entre as diferentes programações criadas nos múltiplos centros de decisão do sistema do direito⁸⁶³.

O caráter multicêntrico da sociedade mundial põe em risco a observação da pessoa humana como seu componente fundamental. As premissas do iluminismo se enfraqueceram à medida que não é mais possível considerar apenas uma realidade integrada para se referir como um panorama estável de racionalidade humana capaz de compreender a essência do mundo. A sociedade perdeu o centro, que não é mais ocupado pelo Estado, implicando novos desafios com o aumento incessante da complexidade, o que dificulta a percepção de uma universalidade do direito. A falta de um ponto de vista estável para observação da sociedade torna cada vez mais difícil a sua idealização, o que repercute na multiplicação de teorias que tentam atomizar a racionalidade jurídica, com uma correspondente diminuição dos consensos teóricos. Com isso, o principal desafio que o sistema do direito passa a enfrentar é o de preservar os interesses individuais ante as pressões constantes das demandas de expansão dos sistemas sociais amplificados na contemporaneidade, como a economia, a religião, a tecnologia e a política, que põem em risco a dignidade humana.

Neste contexto de aprofundamento e multiplicação da diferenciação funcional da sociedade, a cooperação entre os sujeitos aparece como uma solução mais viável de efetividade do sistema jurídico do que as interpretações jurisdicionais e a aplicação de sanções. A abertura para o pluralismo jurídico exige capacidade de diálogo construtivo, sem o reducionismo de ordens jurídicas fechadas e autocentradas em seus fundamentos. O paradigma da cooperação, que se desenvolveu no sistema do direito internacional a partir da segunda metade do século XX, tem a capacidade de sintetizar um conjunto de consensos em resposta às demandas da sociedade mundial, que se consagram como marcos civilizatórios estabilizados e como expectativas de comportamento na forma de normas jurídicas. Temas como a proteção da pessoa humana, o desenvolvimento econômico e social dos povos, a proteção do meio ambiente, a não proliferação de armas de destruição em massa e a redução

⁸⁶³ A distinção decisiva nos modelos hipercíclicos não é entre interno/externo, ou entre inclusão/exclusão, mas entre compatível/incompatível, pois possuem uma capacidade de auto-observação reflexiva em busca do equilíbrio (FEBBRAJO, Op. Cit., 1992, p. 24).

de barreiras para o comércio internacional são exemplos de demandas do ambiente incorporadas pelo direito positivo que passam a integrar a programação do sistema do direito.

Essa estrutura normativa da ordem jurídica internacional funciona como uma memória voltada para os Estados, nos momentos em que as demandas motivadas por pressões contingenciais da política nacional, ou de outros sistemas sociais parciais, como a economia ou a religião, provoquem uma tentativa de mudança na ordem jurídica interna, no contrafluxo dos consensos obtidos no plano internacional. Contudo, a modificação constante da configuração e o correspondente aumento das demandas dos sistemas sociais dificultam a tarefa de estruturar o sistema do direito de maneira a assimilar e a responder às demandas das pessoas por participação na sociedade. Daí a importância de se reconhecer uma dinâmica interativa apta para promover diálogos entre as diferentes ordens jurídicas, de maneira a contribuir para um processo de aprendizagem capaz de promover respostas mais adequadas ante a complexidade da sociedade.

A racionalidade transversal deve ser capaz de garantir a manutenção dos direitos subjetivos já reconhecidos e a abertura cognitiva do sistema para permitir a continuidade dos processos de inclusão pelo reconhecimento progressivo de novos direitos subjetivos, especialmente nas sociedades periféricas. É o desafio diante da diluição dos pontos de observação da sociedade. Embora a relação heterárquica entre a ordem jurídica interna e a internacional não se proponha a apresentar uma racionalidade universal, ao permitir a conjugação de todas as expectativas de comportamento do Estado, criadas tanto no âmbito interno quanto no internacional, ela proporciona a ampliação da capacidade de assimilação das demandas da sociedade e a amplificação da ressonância dos marcos civilizatórios fixados historicamente.

É neste sentido que o sistema do direito mantém o seu caráter emancipatório, ou, muitas vezes, de resistência, frente às transformações aceleradas da sociedade, que geram e intensificam relações de exclusão, provocadas por vicissitudes momentâneas, locais, circunstanciais ou pontuais, que não chegam a se consolidar a ponto de modificar os consensos. A reflexão heterárquica entre as diferentes ordens jurídicas acelera a comunicação e aumenta a capacidade de resposta do direito para essas questões. Diante do papel que o Estado preserva no cenário atual, somente o reconhecimento da relação heterárquica entre a ordem jurídica interna e a ordem jurídica internacional permite que decisões possam ser tomadas levando-se em conta a observação abrangente das expectativas de comportamento do Estado na sociedade.

REFERÊNCIAS

- ABI-SAAB, Georges. “Fragmentation or Unification: some concluding remarks” in **International Law and Politics**. Vol. 31, pp. 919-933, 1999.
- ACCIOLY, Hildebrando. **Tratado de Direito Internacional Público**. 4 vol. São Paulo: Quartier Latin, 2009.
- ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA, Geraldo Eulálio; e CASELLA, Paulo Borba. **Manual de Direito Internacional Público**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
- ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea. “Los principios generales del derecho y las normas tipo principio. Su conceptualización y uso en el ordenamiento internacional” em **Revista Derecho del Estado**, n. 25, pp 193-219, 2010.
- ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea. “Zombis vs. Frankenstein: sobre las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno” em **Estudios Constitucionales**, Año 14, n. 1, pp. 15-60, 2016.
- AGO, R.; SCHIEDERMAIR, W; RIPHAGEN, A; TRUYOL SERRA; FEENSTRA, R. **Commemoration of the Fourth Centenary of the Birth of Grotius**. Recueil des Cours, 1992-I (v. 232). The Hague: International Law Academy, 1992.
- AKASHI, Kinji. “Hobbes’s Relevance to the Modern Law of Nations” em **Journal of the History of International Law**, v. 2, pp. 199–216, 2000.
- AKASHI, Kinji. “Japan-Europe” em FASSBENDER, Bardo e PETERS, Anne. **The Oxford Handbook of History of International Law**. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- ALCHOURRON, Carlos Eduardo; BULYGIN, Eugenio. **Normative Systems**. Viena; New York: Springer Verlag, 1971.
- ALEXANDROWICZ, C. H. **The Law of Nations in Global History**. ARMITAGE, David; PITTS, Jennifer (eds.). Oxford: Oxford University Press, 2017.
- ALEXY, Robert. **Conceito e Validade do Direito**. Ernesto Garzón Valdés; Hartmut Kliemt; Lothar Kuhlen; Ruth Zimmerling (org.). Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2018.
- AMARAL JR., Alberto do. **Curso de Direito Internacional Público**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- ANGHIE, Antony. “The Evolution of International Law: Colonial and Postcolonial Realities” em **Third World Quarterly**, Vol. 27, n. 5, Reshaping Justice: International Law and the Third World, pp. 739-753, 2006.
- ANZILOTTI, Dionísio. **II Diritto Intemazionale nei giudizi interni**. Bologna: Nicola Zanichelli, 1905.
- ANZILOTTI, Dionísio. **Curso de Derecho Internacional**. Traduzido para o espanhol por Julio Lopez Olivan. Tomo I. Madrid: Reus, 1935.

ARBUET-VIGNALI, Heber. “El Fundamento del derecho Internacional Público”, em JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo et al. **Derecho Internacional Público: principios, normas y estructuras**. Tomo I, Montevideu: Fundación de Cultura Universitária, 2005.

ARIOSI, Mariângela. **Conflitos entre Tratados Internacionais e Leis Internas: o judiciário brasileiro e a nova ordem internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ARNAUD, André-Jean. “From Limited Realism to Plural Law. Normative Approach versus Cultural Perspective” em **Ratio Juris**. Vol. 11, n. 3, pp. 246–58, 1998.

ARNAUD, André-Jean; LOPES JR., Dalmir. **Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica**. Trad. Dalmir Lopes Jr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

ARNAZ, Alejandro Saiz; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (coords.). **Control de Convencionalidad, Interpretación Conforme y Diálogo Jurisprudencial: una visión desde América Latina y Europa**. México: Porrúa-UNAM, 2012.

ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Resolução n. 217 (III) A, de 10 de dezembro de 1948.

ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations**. Resolução n. 2625(XXV) A, de 24 de outubro de 1970.

ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (ARSIWA)**, corrigida em A/56/49(Vol. I)/Corr.4, Resolução n. 56/83, de 12 de dezembro de 2001.

ATIENZA, Manuel. “Constitucionalismo, Globalización y Derecho”, em Federación de Cajas de Ahorros Vasco-Navarras (ed.). **La globalización en el siglo XXI: retos y dilemas**, Vitoria-Gasteiz: Federación de Cajas de Ahorros Vasco-Navarras, 2008.

ATIENZA, Manuel. “Dos Versiones del Constitucionalismo”, em **Doxa**, Cuadernos de Filosofía del Derecho, n. 34, pp. 73-88, 2011.

ÁVILA, Humberto (org.) **Fundamentos do Estado de Direito: estudos em homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva**. São Paulo: Malheiros, 2005.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia**. São Paulo: Saraiva, 2002.

BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?** Trad. José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 2008.

BAHIA, Saulo José Casali. **Tratados Internacionais no Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

BARBERIS, Julio A. **Formación del derecho internacional**. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1994.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 5. ed. rev., amp. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. “Os Três Papeis desempenhados pelas Supremas Cortes nas Democracias Constitucionais Contemporâneas” em **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, Vol. 20, n. 1, pp. 39-62, 2018.

BARTLETT, Robert. **The Making of Europe: conquest, colonization and cultural change**. Londres: Penguin Books, 1994.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade e Holocausto**. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998.

BEDIN, Gilmar Antônio et al. **Paradigmas das Relações Internacionais**. 3. ed. Ijuí: Editora Unijuí, 2011.

BENVENISTI, Eyal, “The Conception of International Law as a Legal System” em **German Yearbook of International Law**, V. 50, p. 393-405, 2008.

BENVENISTI, Eyal; HIRSCH, Moshe (eds.). **The Impact of International Law on International Cooperation: Theoretical Perspectives**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

BERNARDES, Marcia Nina. “Esferas públicas transnacionais: entre o realismo vestfaliano e o cosmopolitismo” em **Revista Direito GV**, vol.10, no.1, São Paulo jan./jun. 2014.

BESSION, Samantha; TASIOULAS, John (ed.) **The Philosophy of International Law**. Oxford: Oxford University Press, 2010.

BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

BIX, Brian H. “Kelsen, Hart, and legal normativity” em **Revus**, n. 34, 2018.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto. **Positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito**. Trad. Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995.

BOBBIO, Norberto. **A Teoria das Formas de Governo**. 10. ed. Trad. Sérgio Bath. Brasília: Editora UnB, 1997.

BOBBIO, Norberto. **O Terceiro ausente: ensaios e discursos sobre a paz e a guerra**. Trad. Daniela Beccaccia. Org. Pietro Polito. Barueri: Manole, 2009.

BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral do Direito**. Trad. Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

BODIN, Jean. **Les Six Livres de la République**: Un abrégé du texte de l'édition de Paris de 1583. Édition Édition et présentation de Gérard Mairet. Paris: Librairie générale française, 1993.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

BORGES, Thiago Carvalho. **Curso de Direito Internacional e Direito Comunitário**. São Paulo: Atlas, 2011.

BORGES, Thiago Carvalho. “Regime de Transição vs. Justiça de Transição: Uma Análise Comparativa da (in)aplicabilidade das Leis de Anistia nos Estados Latino-Americanos à luz da Convenção Americana de Direitos Humanos” em MENEZES, Wagner. **Direito Internacional em Expansão**. Belo Horizonte: Arraes, pp. 344-359, 2017.

BOUTROS-GHALI, Boutros. **Le droit international à la recherche de ses valeurs**: paix, développement, démocratisation. *Recueil des Cours*, n. 286, The Hague: ILA, 2000.

BOWDEN, Brett. “The Colonial Origins of International Law. European Expansion and the Classical Standard of Civilization” em **Journal of the History of International Law**, Vol. 7, n. 1, pp. 1-23, 2005.

BRUNKHORST, Hauke. “Rumo a uma Nova Ordem Global: Vinte anos após 1989 e além”, trad. Sebastião Nascimento, em **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, Vol. 26, n. 77, 2011, pp. 25-30.

BUFFARD, Isabelle; ZEMANEK, Karl. “The ‘Object and Purpose’ of a Treaty: en Enigma?” em **Austrian Review of International & European Law** n. 3, pp. 311-343, 1998.

BUFFARD, Isabelle; CRAWFORD, James; PELLET, Alain; WITTICH, Stephan (eds.). **International Law between Universalism and Fragmentation**: Festschrift in Honour of Gerhard Hafner. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff, 2008.

BULL, Hedley. **A Sociedade Anárquica**: um estudo da ordem política mundial. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado/UnB/IPRI, 2002.

BURKE-WHITE, William W. “International Legal Pluralism” em **Michigan Journal of International Law**, Vol. 25, pp. 963-979, 2004.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Direito e diferenciação social**. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAMPOS, Ricardo. “A Metamorfose do Direito Global para uma Genealogia do Direito além do Estado Nacional no limiar do Século XIX” em FORTES, Pedro; CAMPOS, Ricardo; BARBOSA, Samuel (coord.). **Teorias Contemporâneas do Direito**: o direito e as incertezas normativas. Curitiba: Juruá, 2016.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 3. ed. Trad. A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Gulbenkian, 2002.

CANNIZZARO, Enzo. **The Present and Future of Jus Cogens**. Roma: Sapienza Università Editrice, 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **“Brancos” e a Interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2017.

CAPELLA, Juan Ramón. **El Derecho como Lenguaje**. Barcelona: Ariel, 1968.

CAPELLA, Juan Ramón. **Materiales para la Crítica de la Filosofía del Estado**. Barcelona: Editorial Fontanella, 1976.

CARNEIRO, Wálber Araujo. “Estado do Direito no Estado de Direito: por uma ecologia de suas possibilidades” em MORAIS, José Luis Bolzan de (org.). **Estado & Constituição: o “fim” do Estado de Direito**. Florianópolis: Tirant lo blanch, 2018a.

CARNEIRO, Wálber Araujo. “Os Direitos Fundamentais da Constituição e os Fundamentos da Constituição de Direitos: Reformulações Paradigmáticas na Sociedade Complexa e Global” em **Revista Direito Mackenzie**, v. 12, n. 1, pp. 129-165, 2018b.

CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. **Soberania del Estado y Derecho Internacional**. Madrid: Tecnos, 1969.

CASELLA, Paulo Borba. **Fundamentos do Direito Internacional Pós-moderno**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

CASELLA, Paulo Borba. **Direito Internacional no Tempo Moderno: de Suarez a Grócio**. São Paulo: Atlas, 2014.

CASSESE, Antonio. **Modern Constitutions and International Law**. Recueil des Cours, n. 192, The Hague : International Law Academy, 1985.

CASSESE, Antonio. **Human Rights in a Changing World**. Philadelphia: Temple University Press, 1990.

CASSESE, Antonio. **International Law**. Oxford: Oxford University Press, 2004.

CASSESE, Antonio. **The Human Dimension of International Law: Selected Papers**. Oxford: Oxford University Press, 2008.

CAVALLAR, Georg. “Vitoria, Grotius, Pufendorf, Wolff and Vattel: Accomplices of European Colonialism and Exploitation or True Cosmopolitans?” em **Journal of the History of International Law**, Vol. 10, n. 2, pp. 181-209, 2008.

CHARNEY, Jonathan I. **Is International Law Threatened by Multiple International Tribunals?**, em *Recueil des Cours* 271, The Hague: ILA, 1998.

CHARNEY, Jonathan I. “The Impact on the International Legal System of the Growth of International Courts and Tribunals” em **International Law and Politics**, Vol. 31, pp. 697-708, 1999.

CHEMAIN, Régis; PELLET, Alain (eds.). **La Charte des Nations Unies, constitution mondiale?** Paris: Pedone, 2006.

CHEVALLIER, Jacques. **L'État de droit**. 5e. édition. Paris: Montchrestien, 2010.

CICCO FILHO, Alceu José et al. (org). **Direito Internacional na Constituição**: Estudos em homenagem a Francisco Rezek. São Paulo: Saraiva, 2014.

CLARK, Ian. **Legitimacy in International Society**. Oxford: Oxford University Press, 2005.

COHEN, Youssef; BROWN, Brian R.; e ORGANSKI, A. F. K. "The Paradoxical Nature of State Making: The Violent Criation of Order" in **The American Political Science Review**, Vol. 75, n. 4, pp. 901-910, 1981.

COLEMAN, Jules. **The practice of principle**: in defense of a pragmatist approach to legal theory. Oxford: Oxford University Press, 2003.

COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL (Nações Unidas). **Report of the ILC on its 3rd Session**, UNGA, A/1858, 1951.

COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL (Nações Unidas). **Yearbook of the International Law Commission**, 1963, vol. 1, disponível na Internet em https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1963_v1.pdf, acesso em 02 de dezembro de 2019.

COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL (Nações Unidas). **Fragmentation of International Law: Difficulties Arising From the Diversification and Expansion of International Law**. Report of the Study Group of the International Law Commission. Edição final por Martti Koskenniemi, Organização das Nações Unidas, A/CN.4/L.644, 2006.

COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL (Nações Unidas). **Guide to Practice on Reservations to Treaties**. Disponível na Internet em http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/1_8_2011.pdf, acesso em 10 de novembro de 2019.

COMITÊ DE DIREITOS HUMANOS (Nações Unidas). Human Rights Committee. **CCPR General Comments**. CCPR/C/GC, disponível na internet em <http://ccprcentre.org/ccpr-general-comments>, acesso em 10 de novembro de 2019.

COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO. **XXXVII Curso de Derecho Internacional**. Organización de los Estados Americanos. Washington: OEA, pp. 3-64, 2010.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CORTEN, Olivier; KLEIN, Pierre. **The Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary**. Vol. I. Oxford: Oxford University Press, 2011.

COSTA, Pietro e ZOLO, Danilo (org.). **O Estado de Direito**: História, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

CRAVEN, Matthew; FITZMAURICE, Malgosia; VOGIATZI, Maria (eds.). **Time, History and International Law**. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2007.

CRAWFORD, James. **The Creation of States in International Law**. Oxford: Clarendon Press, 1979.

CRAWFORD, James (ed.). **Brownlie's Principles of Public International Law**. 8. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012

CRAWFORD, James. **Chance, Order, Change: The Course of International Law**. The Hague: All-Pocket, 2014.

CRETELLA NETO, José. **Teoria Geral das Organizações Internacionais**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CRUZ, Paulo Márcio. **Da Soberania à Transnacionalidade: Democracia, Direito e Estado no Século XXI**. Itajaí: Univale, 2014.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **A Constituição na vida dos povos: da Idade Média ao Século XXI**. São Paulo: Saraiva, 2010.

DALLARI, Pedro. **Constituição e Relações Exteriores**. São Paulo: Saraiva, 1994.

DE JONGE, Alice. **Corporations and International Law: Accountability in the Global Business Environment**. Cheltenham/Northampton: Edward Elgar, 2011.

DE WET, Erika; VIDMAR, Jure (eds.). **Hierarchy in International Law: The Place of Human Rights**. Oxford: Oxford University Press, 2012.

DELMAS-MARTY, Mireille; IZORCHE, Marie-Laure. “Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit. Réflexions sur la validité formelle d'un droit commun pluraliste” em **Revue internationale de droit comparé**. Vol. 52, n. 4, pp. 753-780, 2000.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Três desafios para um Direito Mundial**. Trad. Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 149-167.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Por um Direito Comum**. São Paulo: Martins Fontes, 2004a.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Le pluralisme ordonné**. Paris: Seuil, 2004b.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol.3: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2010.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico: teoria da validade e da interpretação do direito**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

DINSTEIN, Yoram. **The Interaction between Customary International Law and Treaties**. *Recueil des Cours*, vol. 322, The Hague: ILA, 2006.

DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. **Direito Internacional Privado**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

DÖRR, Oliver; SCHMALENBACH, Kirsten (eds.) **Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary**. 2. ed. Berlin: Springer, 2018.

- DUBOUCHET, Paul. **Sémiotique Juridique**. Paris: Presses Universitaires de France, 1990.
- DUGUIT, Léon. “The Law and the State”, em **Harvard Law Review**, vol. 31, n. 1, pp. 1-185, 1917.
- DUPUY, Pierre-Marie. **L’Unité de l’Ordre Juridique International: cours général de droit international public**, Leiden/Boston: Martinus Hijhoff Publishers, 2003.
- DUPUY, Pierre-Marie. **Droit International Public**. 7. ed. Paris: Dalloz, 2004.
- DUPUY, Pierre-Marie. “A Doctrinal Debate in the Globalisation Era: on the ‘Fragmentation’ of International Law” em **European Journal of Legal Studies**, vol.1, n.1, pp. 25-41, 2007.
- DUPUY, Pierre-Marie; PETERSMANN; Ernst-Ulrich, and FRANCONI; Francesco (eds.). **Human Rights in International Investment Law and Arbitration**. Oxford: Oxford University Press, 2009.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- DWORKIN, Ronald. “A New Philosophy for International Law” em **Philosophy & Public Affairs** 41, no. 1, 2013.
- DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho: justiça e valor**. São Paulo: Martins Fontes, 2014.
- ECO, Humberto. **Interpretação e Superinterpretação**. 2. ed. Trad. MF. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- EDWARDS JR., Richard W., “Reservations to Treaties”, em **Michigan Journal of International Law**, v. 10(2), 1989, pp. 362-405.
- EVANS, Malcolm (ed.). **International Law**. 4. ed. Oxford: Oxford University Press, 2014.
- FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2004.
- FARIA, José Eduardo (org.). **Direito e Globalização Econômica: implicações e perspectivas**. São Paulo: Malheiros, 2010.
- FARIAS, José Fernando De Castro. **Crítica À Noção Tradicional De Poder Constituinte**. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 1988.
- FEBBRAJO, Alberto. “The autopoietic approach and its form”, em TEUBNER, Gunther; FEBBRAJO, Alberto (eds.). **State, Law, and Economy as Autopoietic Systems**. Milão: Giuffrè, pp. 3-33, 1992.
- FEBBRAJO, Alberto. “Constitutional Orders?” em **Revista Direito Mackenzie**, v. 11, n. 1, pp. 11-51, 2017.
- FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. rev, amp. e atual. Salvador : JusPodium, 2014.
- FERRAJOLI, Luigi. “Más ala de la Soberanía y la Ciudadanía” em **Isonomía** n. 9, pp. 173-184, 1998.

FERRAJOLI, Luigi. “La Crisis de la Democracia en la Era de la Globalización” em **Anales de la Cátedra Francisco Suárez**, n. 39, 37-51, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. **A Soberania no Mundo Moderno**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. “¿Democracia sin Estado?”, publicado em 2011 na Internet em <http://www.rebellion.org/noticia.php?id=121400>, acesso em 19.11.2017.

FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo más allá del Estado**. Trad. para o espanhol Perfecto Andrés Ibañez. Madrid: Editorial Trotta, 2018.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão dominação**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

FERREYRA, Raúl Gustavo. **Manifesto do Estado Constitucional: Regras fundamentais sobre os Antecedentes e Justificação da Associação Estatal**. Trad. Bem Hur Rava. São Paulo: Malheiros, 2018.

FIGUEIREDO, Marcelo. **O Controle de Constitucionalidade e de Convencionalidade no Brasil**. São Paulo: Malheiros, 2016.

FINKELSTEIN, Cláudio. **Direito Internacional**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

FISCHER-LESCANO, Andreas; TEUBNER, Gunther. “Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law” em **Michigan Journal of International Law**, Vol. 25, pp. 999-1046, 2004.

FISCHER-LESCANO, Andreas. “Struggles for a global Internet constitution: protecting global communication structures against surveillance measures” em **Global Constitutionalism**, vol. 5, n. 2, pp. 145-172, 2016.

FITZMAURICE, Gerald G. “The Foundations of the Authority of International Law and the Problem of Enforcement”. **The modern law review**, vol. 19, n. 1, pp. 1-13, 1956.

FITZMAURICE, Gerald. “The Law and Procedure of the International Court of Justice: Treaty Interpretation and other Treaty Points”, **British Yearbook of International Law**, vol. 33, pp. 203ss, 1957.

FRAGA, Mirtô. **O Conflito entre Tratado Internacional e Norma de Direito Interno: estudo analítico da situação do tratado na ordem jurídica brasileira**. Rio de Janeiro : Forense, 2006.

FRIEDMANN, Wolfgang. “The Changing Dimensions of International Law” em **Columbia Law Review**, Vol. 62, n. 7, pp. 1147-1165, 1962.

FRIEDMANN, Wolfgang. “The Role of International Law in the Conduct of International Affairs” em **International Journal**, Vol. 20, No. 2, Spring, pp. 158-172, 1965.

FRIEDMANN, Wolfgang. **Mudança da Estrutura do Direito Internacional**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1971a.

FRIEDMANN, Wolfgang. **General Course in Public International Law.** *Recueil des Cours.* The Hague: ILA, 1971b.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira. **Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Constituição Brasileira.** Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

GALINDO, George (org.). **Fragmentação do Direito Internacional: Pontos e Contrapontos.** Belo Horizonte: Arraes, 2015.

GALINDO, George; MAUÉS, Antonio. “O Caso Brasileiro”, em GALINDO, George Rodrigo Bandeira; URUEÑA, René; PÉREZ, Aida Torres (coord.) **Proteção Multinível dos Direitos Humanos. Manual.** Disponível na Internet em https://www.upf.edu/dhes-alfa/_pdf/PMDH_Manual_portugues.pdf, acessado em 15 de novembro de 2019.

GARDNER, John. **Law as a leap of Faith.** Oxford: Oxford University Press, 2012.

GENTILI, Alberico. **O Direito da Guerra.** *De Iure Belli Libri Tres.* 2. ed. Trad. Ciro Mioranza. Ijuí: Unijuí, 2006.

GOTTARD, Günther. “Life as Poly-Contextuality”, disponível na Internet em http://www.vordenker.de/ggphilosophy/gg_life_as_polycontextuality.pdf, acessado em 03 de setembro de 2019.

GOUREVITCH, Peter. “The Second Image Reversed: the International Sources of Domestic Politics” em **International Organization**, n. 32, 4, pp. 881-912, 1978.

GOZZI, Gustavo. “History of International Law and Western Civilization” em **International Community Law Review**, n. 9, pp. 353–373, 2007.

GRIMM, Dieter. “Constitutionalism: Past-Present-Future”, em **Nomos**, disponível na Internet em <http://www.nomos-leattualitaneldiritto.it/wp-content/uploads/2018/09/Grimm.-conv-11.05.pdf>, acessado em 23.11.2018.

GROTIUS, Hugo. **O Direito da Guerra e da Paz.** *De Iure Belli ac Pacis.* v. 1 e 2. Tradução: Ciro Mioranza. 2. ed. Ijuí: Unijuí, 2005.

GUERRA, Sidney. **O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Controle de Convencionalidade.** São Paulo: Atlas, 2013.

GUGGENHEIM, Paul. **Les Principes de Droit International Public.** *Recueil des Cours.* The Hague: ILA, 1952.

GÜNTHER, Gotthard. “Number and Logos: Unforgettable Hours with Warren St. McCulloch”, disponível na Internet em <http://www.vordenker.de/numlog/numlog1.htm>, acessado em 03 de setembro de 2019.

HÄBERLE, Peter. “La Constitución ‘en el Contexto’” em **Anuário Interamericano de Justicia Constitucional**, n. 7, pp. 223-245, 2003.

HÄBERLE, Peter. **Estado Constitucional Cooperativo.** Trad. Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. 2 Vol., Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós nacional: ensaios políticos**. São Paulo: Littera Mundi, 2002.

HABERMAS, Jürgen. “The Constitutionalization of International Law and the Legitimation Problems of a Constitution for World Society” em **Constellations**, vol. 15, n. 4, p. 444-455, 2008.

HART, Herbert Leonel Adolphus. **O Conceito de Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

HELD, David. “A democracia, o Estado-nação e o sistema global” em **Lua Nova**, n. 23, pp. 145-194, 1991.

HESTERMEYER, Holger P. et al (ed.). **Coexistence, Cooperation and Solidarity**, 2 Vol, Leiden/Boston: Martinus Nijhoof, 2012.

HIGGINS, Rosalyn. **Problems and Process: international law and how we use it**. Oxford: Oxford University Press, 1994.

HOUASSIS online, disponível na Internet em <https://houaiss.uol.com.br/pub/apps/www/v3-3/html/index.php#1>, acesso em 30 de agosto de 2019.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 4. ed. Brasília : Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2009.

HÖFFE, Otfried. **A Democracia no Mundo de hoje**. Trad. Tito Lívio Cruz Romão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

HÖFFE, Otfried. **Justiça Política**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

HOFSTADTER, Douglas R. **Gödel, Escher, Bach: um entrelaçamento de gênios brilhantes**. Trad. José Viegas Filho. Brasília: Editora UnB, 2001

HOLLAND, Ben. **The Moral Person of the State: Pufendorf, Sovereignty and Composite Politics**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

HUME, David. **Tratado da Natureza Humana**. 2. ed. São Paulo: UNESP, 2009.

HURRELL, Andrew. “Global inequality and international institutions” em **Metaphilosophy**, v. 32, n. 1-2, Oxford, January 2001.

IANNI, Octavio. **A Sociedade Global**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1992.

JACQUÉ, Jean-Paul, “Élément pour une Théorie de l’Acte Juridique en Droit International Public”. **Bibliothèque de droit international**, Vol. 69. Paris: LGDJ, 1972.

JENKS, Wilfried, “The Conflict of Law-Making Treaties”, **British Yearbook of International Law**, vol. 30, 1953.

JENNINGS, Robert. **General Course on Principles of International Law**. *Recueil des Cours*. The Hague: ILA, 1967.

- JESSUP, Phillip C. **Direito Transnacional**. Rio de Janeiro: Editora Fundo de Cultura, 1966.
- JESSUP, Phillip C.; FATOUROS, A. A.; HAZARD, John N.; HENKIN, Louis; LISSITZYN, Oliver J.; REESE, Willis L. M.; SMIT Hans; WILNER, Gabriel M. (eds.) **Jus Et Societas: Essays in Tribute to Wolfgang Friedmann**. The Hague/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 1979.
- JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo. **Curso de Derecho Internacional Público**. t. 1, Montevidéo: Centro de Estudiantes de Derecho, 1951.
- JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo. **International Law in the Past Third of a Century**. *Recueil des Cours*, The Hague: ILA, 1978.
- JIMÉNEZ PIERNAS, Carlos. “El Derecho Internacional contemporáneo: una aproximación consensualista” em COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO (org.). **XXXVII Curso de Derecho Internacional**. Organización de los Estados Americanos. Washington: OEA, 2010, pp. 3-64.
- JOTA. **Os livros jurídicos mais vendidos em 2018**, disponível na Internet em <https://www.jota.info/carreira/livros-juridicos-mais-vendidos-2018-2-15032019>, acesso em 06 de janeiro de 2020.
- JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. “Crisis del Estado y estado constitucional” em **Revista Secuencia**, n. 57, pp. 9-30, 2008.
- KADELBACH, Stefan; KLEINLEIN, Thomas; ROTH- ISIGKEIT, David (eds.). **System, Order, and International Law: The Early History of International Legal Thought from Machiavelli to Hegel**. Oxford: Oxford University Press, 2017.
- KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**, 5. ed. Trad. Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. Lisboa: Gulbenkian, 2001.
- KAUFMANN, Arthur. **La Filosofía del Derecho en la Posmodernidad**. Trad. para o espanhol Luis Villar Borda. Bogotá: Temis, 1992.
- KAUFMANN, Erich. **Règles générales du droit de la paix**. *Recueil des Cours*, n. 54, pp. 309 – 639, The Hague: ILA, 1935.
- KELSEN, Hans. **Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public**, *Recueil des Cours*, IV, vol. 14, The Hague: ILA, 1926.
- KELSEN, Hans. “Law, State and Justice in the Pure Theory of Law” in **The Yale Law Journal**, Vol. 57, No. 3, Jan., 1948.
- KELSEN, Hans. **Théorie du Droit International Public**. *Recueil des Cours*, vol. 84, The Hague: ILA, 1953.
- KELSEN, Hans. **Principles of International Law**. 2. ed. New York: Rinehart & Company, 1966.
- KELSEN, Hans. **Teoria Geral das Normas**. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Antônio Fabris, 1986.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Trad. Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KELSEN, Hans. **O Estado como Integração: um confronto de princípios**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KEOHANE, Robert O. **After Hegemony: Cooperation and Discord in the World Political Economy**. Princeton: Princeton University Press, 1984.

KEOHANE, Robert O.; NYE, Joseph S. **Power and Interdependence**. 4. ed. Boston: Longman, 2012.

KISSINGER, Henry. **Ordem Mundial**. Trad. Cláudio Figueiredo. Rio de Janeiro: Objetiva, 2015.

KLATT, Matthias. “Law As Fact and Norm: Georg Jellinek and the Dual Nature of Law”. Em BEZEMEK, Christoph; LADAVAC, Nicoletta; SCHAUER Frederick (ed.). **The Normative Force of the Factual**, disponível na Internet em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3270992>, acesso em 24 de dezembro de 2019.

KLEINLEIN, Thomas “*Jus Cogens* as the ‘Highest Law’? Peremptory Norms and Legal Hierarchies” em DEN HEIJER, Maarten; VAN DER WILT, Harmen (eds.). **Netherlands Yearbook of International Law 2015: Jus Cogens: Quo Vadis?**. The Hague: Asser Press-Springer, pp. 173-210, 2016.

KOLB, Robert. **L’article 103 De La Charte Des Nations Unies**. *Recueil des Cours*, n. 367, The Hague: ILA, 2014.

KOLB, Robert. **The Law of Treaties: An Introduction**. Cheltenham; Northampton: Edward Elgar, 2016.

KOSKENNIEMI, Martti. **The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and fall of International Law 1870-1960**. Cambridge: CUP, 2001.

KOSKENNIEMI, Martti. **From Apology to Utopia: the structure of international legal argument**. Cambridge: CUP, 2005a.

KOSKENNIEMI, Martti. “International Legislation Today: Limits and Possibilities” em **Wisconsin International Law Journal**, Vol. 23, n. 1, 2005b, pp. 61-92, disponível na Internet em <https://hosted.law.wisc.edu/wordpress/wilj/files/2012/02/allott.pdf>, acesso em 01 de dezembro de 2019.

KOSKENNIEMI, Martti. “‘Not excepting the Iroquois themselves...’: Machiavelli, Puffendorf and the Prehistory of International Law” em Max Weber Lecture, Florença: European University Institute, 2007.

KOSKENNIEMI, Martti. “Miserable Comforters: International Relations as New Natural Law” em **European Journal of International Relations**, Vol. 15, n. 3, pp. 395–422, 2009.

KRASNER, Stephen D. (ed.). **International Regimes**. New York: Cornell University Press, 1995.

KRASNER, Stephen D.. “Causas Estruturais e Consequências dos Regimes Internacionais: Regimes como Variáveis Intervenientes”, em **Revista de Sociologia Política**, Curitiba, v. 20, n. 42, p. 93-110, jun. 2012.

LA TORRE, Massimo. “The Hierarchical Model and H. L. A. Hart's Concept of Law” em **Revus: Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law**, n. 21, pp. 141–161, 2013.

LADEUR, Karl-Heinz. “The Theory of Auropoiesis as an Approach to a Better Understanding of Postmodern Law: From the Hierarchy of Norms to the Heterarchy of Changing Patterns of Legal Inter-relationships”. **EUI Working Paper Law**, n. 99/3, 1999.

LAFER, Celso. “Ordem, Poder e Consenso: caminhos da constitucionalização do direito internacional” em BONAVIDES, Paulo et al. **As Tendências atuais do Direito Público: estudos em homenagem ao Professor Afonso Arinos**. Rio de Janeiro: Forense, pp. 89-110, 1976.

LANGHE, Felix. Between Systematization and Expertise for Foreign Policy: The Practice-Oriented Approach in Germany's International Legal Scholarship (1920–1980), **The European Journal of International Law**, Vol. 28, n. 2, 2017.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3. ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Gulbenkian, 1997

LASSALE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. 9. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2014.

LAUTERPACHT, Hersch. “Is International Law a part of the Law of England?” em **Transactions of the Grotius Society**, Vol. 25, Problems of Peace and War: Papers Read before the Society in the Year 1939, pp. 51-88, 1939.

LAUTERPACHT, Hersch. **The Function of Law in the International Community**. Oxford: Oxford University Press, 2011.

LE FUR, Louis. **La théorie du droit naturel depuis le xvii.e siècle et la doctrine moderne**. *Recueil des Cours*, vol. 18. The Hague: ILA, 1927.

LE FUR, Louis. **Le développement historique du droit international: de l'anarchie internationale à une communauté internationale organisée**. *Recueil des Cours*, vol. 41. The Hague: ILA, 1932.

LE FUR, Louis. **Précis de Droit International Public**. 10. ed. Paris: Dalloz, 1933.

LIMA, Renata Mantovani de. **Tribunais Híbridos e Justiça Internacional Penal**. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

LINDERFALK, Ulf. On **The Interpretation of Treaties**: The Modern International Law as Expressed in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties. Translated by Peggy Oscarsson, Dordrecht: Springer, 2007.

LO, Chang-fa. **Treaty Interpretation Under the Vienna Convention on the Law of Treaties: A New Round of Codification**. Singapura: Springer, 2017.

LOCKE, John. **Dois Tratados sobre o Governo**. Trad. Julio Fisher. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1965.

LOPES, José Reinado Lima. **O Direito na História**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

LOSANO, Mario G. “Derecho Turbulento: en busca de nuevos paradigmas en las relaciones entre derechos nacionales y normativas supraestatales” em **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n. 28, pp. 159-182, 2005.

LOSANO, Mario G. **Sistema e Estrutura no Direito. Vol. 1: das origens à escola histórica**. Trad. Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

LOSANO, **Sistema e Estrutura no Direito. Vol. II: O século XX**. Trad. Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

LOSANO, **Sistema e Estrutura no Direito. Vol. III: Do século XX à Pós-Modernidade**. Trad. Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

LOUREIRO, Sílvia Maria da Silveira. **Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos na Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

LOWE, Vaughan; FITZMAURICE, Malgosia (eds.). **Fifty years of the International Court of Justice: Essays in Honour of Sir Robert Jennings**. Cambridge: Cambridge University Press, 1996.

LUHMANN Niklas. “The World Society as a Social System”, em **International Journal of General Systems**, Vol. 8, n. 3, pp. 131-138, 1982.

LUHMANN, Niklas. **Sistema Jurídico y Dogmática Jurídica**. Trad. para o espanhol Ignácio de Otto Pardo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

LUHMANN, Niklas. “Operational Closure and Structural Coupling: The Differentiation of the Legal System” em **Cardozo Law Review**, n. 13, pp. 1419-1441, 1992.

LUHMANN, Niklas, “A Constituição como Aquisição Evolutiva”. Tradução livre feita por Menelick de Carvalho Netto a partir do original *La costituzione come acquisizione evolutiva*. In: ZAGREBELSKY, Gustavo (coord). **Il Futuro Della Costituzione**. Torino: Einaudi, 1996.

LUHMANN, Niklas. **Complejidad y modernidade: De la unidad a la diferencia**. Trad. para espanhol de Josteo Berian e José María García Blanco. Madrid: Editorial Trotta, 1998.

LUHMANN, Niklas. **Introducción a la teoría de sistemas**. Trad. para o espanhol Javier Torres Nafarrate. Cidade do México: Universidad Iberoamericana, 2002.

LUHMANN, Niklas. “A Restituição do Décimo Segundo Camelo: Do Sentido de uma Análise Sociológica do Direito”, em ARNAUD, André-Jean; LOPES JR., Dalmir. **Niklas**

Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica. Trad. Dalmir Lopes Jr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, pp. 33-107, 2004

LUHMANN, Niklas. **La Sociedad de la Sociedad.** Trad. para o espanhol Javier Torres Nafarrate. Cidade do México: Herder, 2006.

LUHMANN, Niklas. “Are There Still Indispensable Norms in Our Society” em **Soziale Systeme**, n. 14, Heft 1, pp. 18-37, 2008.

LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade.** Trad. Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016a.

LUHMANN, Niklas. **Organización y decisión.** Trad. para o espanhol por Darío Rodríguez Mancilla. Barcelona: Herder Editorial, 2016b.

MACCORMICK, Neil. **Institutions of Law: An Essay in Legal Theory.** Oxford: Oxford University Press, 2007.

MACEDO, Paulo Emílio Borges de. **O nascimento do Direito Internacional.** São Leopoldo: Unisinos, 2009.

MACMILLAN, Margaret. **A Primeira Guerra Mundial.** Trad. Gleuber Vieira. São Paulo: Globo Livros, 2014.

MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. **Os artigos federalistas: 1787-1788.** Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

MAGALHÃES, José Carlos de. **O Supremo Tribunal Federal e o Direito Internacional: uma análise crítica.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe.** Trad. Maurício Santana Dias; trad. apêndices Luiz A. de Araújo. São Paulo: Penguin Classics Companhia das Letras, 2010.

MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. **Inclusivismo Lógico-Jurídico.** Madrid: Marcial Pons, 2012.

MARÍN LÓPEZ, Antonio. “Orden Jurídico Internacional y Constitución Española” em **Revista de Derecho Político**, n. 45, pp. 35-67, 1999.

MARTINS, Ana Maria Guerra. **Direito Internacional dos Direitos Humanos.** Coimbra: Almedina, 2006.

MARTINS, Pedro Baptista. **Da Unidade do Direito e da Supremacia do Direito Internacional.** Rio de Janeiro: Schmidt, ano ?

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Direito Interno.** São Paulo: Saraiva, 2010.

MAZZUOLI, Valério. **Curso de Direito Internacional Público.** 8. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: RT, 2014.

MAZZUOLI, Valério. **O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis**. São Paulo: RT, 2009.

MCCULLOCH, Warren St. “A Heterarchy of Values Determined by the Topology of Nervous Nets” em *Bull. Math. Biophysics*, 7 (1945), p. 89-93, disponível na Internet em https://vordenker.de/ggphilosophy/mcculloch_heterarchy.pdf, acesso em 03 de setembro de 2019.

MCGOLDRICK, Dominic “A Defence of the Margin of Appreciation and an Argument for its Application by the Human Rights Committee” em **International and Comparative Law Quarterly**, vol. 65, pp 21–60, 2016.

MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. **O Poder Legislativo e os Tratados Internacionais**. Porto Alegre: Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul/L&PM, 1983.

MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 2 volumes. 15. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. “As sanções e os direitos humanos na ordem jurídica internacional” em PIRES, Adilson Rodrigues; TÔRRES, Heleno Taveira (org.). **Princípios de Direito Financeiro e Tributário** – Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, pp. 9-34, 2006.

MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do Fato Jurídico: plano de validade**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: plano de existência**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional** 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. “A Justiça Constitucional nos Contextos Supranacionais” em NEVES, Marcelo (coord.). **Transconstitucionalidade do Direito**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, pp. 243-286, 2010.

MENDES, Sônia Maria Broglia. **A Validade Jurídica: pré e pós giro linguístico**. São Paulo: Noesis, 2007.

MENEZES, Wagner (org.). **O Direito Internacional e o Direito Brasileiro: Homenagem a José Francisco Rezek**. Ijuí: Unijuí, 2004.

MENEZES, Wagner. **Ordem Global e Transnormatividade**. Ijuí: Unijuí, 2005.

MENEZES, Wagner. “O direito internacional contemporâneo e a teoria da transnormatividade” em **Pensar**, Fortaleza, v. 12, pp. 134-144, 2007.

MENEZES, Wagner. **Tribunais Internacionais: Jurisdição e Competência**. São Paulo: Saraiva, 2013.

MENEZES, Wagner. (org.) **Tribunais Internacionais e a relação entre o Direito Internacional e o Direito interno**. Belo Horizonte: Arraes, 2017a.

MENEZES, Wagner. “International Law in Brazil” em *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, n. 125-139, v. 103, jul/dez, pp. 1237-1311, 2017b.

MERKOURIS, Panos. **Article 31(3)(c) VCLT and the Principle of Systemic Integration: Normative Shadows in Plato’s Cave**. Leiden/Boston: Brill Nijhoff, 2015.

MEYER, John W.; BOLI, John; THOMAS, George M.; RAMIREZ, Francisco O. “World Society and the Nation State” em *American Journal of Sociology*, vol. 103, n. 01, pp. 144-181, 1997.

MILLS, Alex. “The Private History of International Law” in *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 55, n. 1, pp. 1-49, 2006.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (Brasil). **Crimes da Ditadura Militar: Relatório sobre as atividades de persecução penal desenvolvidas pelo MPF em matéria de graves violações a DH cometidas por agentes do Estado durante o regime de exceção**. Brasília: MPF, 2017.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado. Parte Geral**. Tomo IV: Validade. Nulidade. Anulabilidade. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970.

MIRKINE-GUETZÉVITCH, Boris. **Droit International et Droit Constitutionnel**. *Recueil des Cours*, pp. 310-463, The Hague: ILA, 1931.

MONROY CABRA, Marco Gerardo. **Derecho Internacional Público**. 6. ed. Bogotá: Temis, 2011.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MORAIS, José Luís Bolzan de; SARAIVA, Bruno Cozza (org.). **Estado e Constituição**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

MORAIS, José Luís Bolzan de; VIEIRA, Gustavo Oliveira. “Estado e Constituição em tempos de abertura: a crise conceitual e a transição paradigmática num ambiente intercultural” em *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, n. 5(2), pp. 133-140, 2013.

MORE, Thomas. **Utopia**. Trad. Denise Bottmann. São Paulo: Penguin-Cia das Letras, 2018.

MORGENTHAU, Hans. **Politics among Nations. The Struggle for Power and Peace**. New York: Knopf, 1948.

MORGENTHAU, Hans. **The decline of Democratic Politics**. Chicago: Chicago University Press, 1969

MOSLER, Hermann. **The International Society as a Legal Community**, *Recueil des Cours*, n. 140, The Hague: ILA, 1974.

NAGEL, Thomas. “The Problem of Global Justice” em *Philosophy & Public Affairs*, 33, n. 02, pp. 113-147, 2005.

- NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. Guarulhos: Editora Acadêmica, 1994.
- NEVES, Marcelo. “De la autopoiesis a la alopoiesis del Derecho”. **Doxa**. n. 19, pp. 403-420, 1996.
- NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- NEVES, Marcelo (coord.). **Transconstitucionalidade do Direito**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- NEVES, Marcelo. **Constituição e Direito na Modernidade Periférica: uma abordagem e uma interpretação do caso brasileiro**. São Paulo: Martins Fontes, 2018.
- NOLLKAEMPER, André. “The effects of treaties in domestic law” em TAMS, Christian J.; TZANAKOPOULOS, Antonios; ZIMMERMANN, Andreas; RICHFORD, Athene E. **Research Handbook on the Law of Treaties**. Cheltenham; Northampton: Edward Elgar, pp. 123-150, 2014.
- NYE, Joseph S., Jr. **Soft Power: the means to success in world politics**. New York: Public Affairs, 2004.
- NYE, Joseph S., Jr. **O Futuro do Poder**. Trad. Magda Lopes. São Paulo: Benvirá, 2012.
- NYS, Ernest. “The Codification of International Law”, em **American Journal of International Law**, vol. 5, n. 4, pp. 871-900, 1911.
- NYS, Ernest(ed.). **Francisci de Vitória. De Indis et de Ivre Belli. Relectiones**. Trad. para o inglês John Pawley Bate. Nova Iorque; Londres: Oceana Publications Inc. e Wildy & Sons Ltda., 1964.
- OGILVY, James A. **Creating Better Futures: Scenario Planning as a Tool for a Better Tomorrow**. Oxford: Oxford University Press, 2002.
- ONUMA, Yasuaki. “When was the Law of International Society Born? – An Inquiry of the History of International Law from na Intercivilizational Perspective” in **Journal of the History of International Law** n. 2, 2000.
- ONUMA, Yasuaki **A transcivilizational perspective on international law**. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2010.
- ONUMA, Yasuaki. **Direito Internacional em Perspectiva Transcivilizacional**. Belo Horizonte: Arraes, 2016
- ONUMA, Yasuaki. **International Law in a Transcivilizational World**. Cambridge: CUP, 2017.
- OPPENHEIM, L. **The Future of International Law**. Oxford: Clarendon Press, 1921.

ORAKHELASHVILI, Alexander. **Peremptory Norms in International Law**. Oxford: Oxford University Press, 2006.

ORGANSKI, Abraham F. K. **World Politics**. 2. ed. Nova Iorque: Knopf, 1958.

OWADA, Hisashi. “Problems of Interaction Between the International and Domestic Legal Orders” em **Asian Journal of International Law**, 5 (2015), pp. 246–278.

PALMA, Maurício. “Heterarquias Hierárquicas: Semântica e Paradoxos de Atuais Arranjos Jurídicos Globais”, em CALABRIA, Carina; PALMA, Maurício (org.). **Fugas e Variações Sobre o Transconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

PELLET, Alain. **Recherche sur les Principes Generaux de Droit em Droit International**. Thèse pour le doctorat, Université de Droit, d’Économie et de Sciences Sociales de Paris, 1974.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Perspectivas e Tendências atuais do Estado Constitucional**. Trad. José Luis Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

PETERS, Anne. “The Transparence Turn of International Law” em **Chinese Journal of Global Governance**, n. 1, pp. 3-15, 2015.

PETIT DE GABRIEL, Eulalia W. “*Lebois V. Bulgaria* An Almost Obiter Dictum Of Fundamental Character On The Consular Ritghs Of Foreign Nationals” em **The Yearbook of Diplomatic and Consular Law**, n. 2, 2017.

PIOVESAN, Flávia. “Tratados internacionais de proteção dos direitos humanos: jurisprudência do STF” disponível na Internet em <http://www.udc.edu.br/libwww/udc/uploads/uploadsMateriais/0410201817290016470-16471-1-PB.pdf>, acesso em 21 de dezembro de 2019.

PIOVESAN, Flávia; VON BOGDANDY, Armin; ANTONIAZZI, Mariela Morales (orgs.). **Direitos humanos, democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público**. Rio de Janeiro : Elsevier, 2013.

PLUNKETT, David; SHAPIRO Scott J.; TOH, Kevin (eds.). **Dimensions of Normativity: New Essays on Metaethics and Jurisprudence**. New York: Oxford University Press, 2019.

PUFENDORF, Samuel. **On the Duty of Man and Citizen According to Natural Law**. James Tully (ed.), Trad. para o inglês Michael Silverthorne. Cambridge: Cambridge University Press, 1991.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. Trad. Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

RAMOS, André de Carvalho. **Pluralidade das Ordens Jurídicas: a relação do direito brasileiro com o direito internacional**. Curitiba: Juruá, 2012.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016.

RANGEL, Vicente Marotta. “Os Conflitos Entre o Direito Interno e os Tratados Internacionais”. **Revista Da Faculdade De Direito**, Universidade De São Paulo, 62(2), pp. 81-134, 1967.

RANGEL, Vicente Marotta. **Natureza Jurídica e Delimitação do Mar Territorial**. 2. ed. São Paulo: RT, 1970.

RANGEL, Vicente Marotta. **Direito e Relações Internacionais**. 5. ed. São Paulo: RT, 1997.

RAWLS, John. **The Law of Peoples**. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

RAZ, Joseph. **O Conceito de Sistema Jurídico**. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

REIHLEN, Markus. “The Logic of Heterarchies: making organization competitive for knowledge-based competition”, p. 9, disponível na Internet em <https://www.econstor.eu/obitstream/10419/59784/1/71823040X.pdf>, acesso em 03 de setembro de 2019.

RÉMOND, René. “O movimento das nacionalidades” em **O Século XIX**. São Paulo: Cultrix, 1993.

ROCHA, Leonel Severo. “Direito, Complexidade e Risco” em **Sequência**, nº 28, pp. 1-14, 1994.

ROCHA, Leonel Severo; TONET, Fernando. “A interconstitucionalidade como produção jurídica descentralizada dentro das novas observações estatais” em **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 115, pp. 473-496, 2017.

RODAS, João Grandino. “A Constituição e os Tratados Internacionais” em **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 76, vol. 624, 1987.

RODAS, João Grandino. **Tratados Internacionais**. São Paulo: RT, 1991.

ROELOFSEN, Cornelius G. “International Arbitrations and Courts” em FASSBENDER, Bardo e PETERS, Anne. **The Oxford Handbook of History of International Law**. Oxford: Oxford University Press, 2012

ROMANO, Cesare P. R.; ALTER, Karen J.; SHANY, Yuval. **The Oxford Handbook of International Adjudication**. Oxford: Oxford University Press, 2015.

ROSSI, Júlio César. “Os Tratados Internacionais e sua Superioridade: a Interpretação do artigo 98 do Código Tributário Nacional à Luz da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados”, **Revista Dialética de Direito Tributário**, n. 186, pp. 43-54, 2011.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social**. Trad. Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 2015.

RUITERX, Dick W. P. “A conception of legal validity qua specific mode of existence” em **Law and Philosophy**, Vol. 16, n. 5, pp. 479-505, 1997.

RUMBLE, Wilfrid E. (ed.). **John Austin: The province of jurisprudence determined**. New York: Cambridge University Press, 2007.

RUSSELL, Bertrand. “Lógica e Conhecimento” em **Os Pensadores**. São Paulo: Abril, 1974.

RUSSELL, Bertrand. **A Critical Exposition of The Philosophy of Leibniz**. New York/London: Routledge, 1992.

SABINE, George H. “The Concept of the State as Power”, em **The Philosophical Review**, Vol. 29, n. 4, pp. 301-318, 1920.

SALMÓN GÁRATE, Elizabeth. “Las Reservas a los Tratados y su Evolución en el Derecho Internacional” em **THÉMIS-Revista De Derecho**, (21), 1992, 51-55, p. 53. Disponível na Internet em <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/10915>, acessado em 11 de novembro de 2019.

SANTOS, Boaventura de Sousa. “Para uma concepção multicultural dos direitos humanos” em **Contexto Internacional**, Vol. 23, n. 1, pp. 7-34, 2001.

SCELLE, George. **Cours de Droit International Public**. Paris: Dalloz, 1948.

SCELLE, George. **Précis de droit des gens: principes et systématique**. Paris: Dalloz, 2008.

SCHIOPPA, Antonio Padoa. **História do Direito na Europa: da Idade Média à Idade Contemporânea**. Trad. Marcos Marcionilo e Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

SCHMITT, Carl. **O Conceito do Político**. Trad. Alexandre Franco de Sá. Coimbra: Edições 70, 2015.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Planejamento fiscal através de acordos de bitributação: Treaty Shopping**. São Paulo: RT, 1995.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito Tributário**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SCHWARZENBERGER, Georg. “Three Types of Law” in **Ethics**, Vol. 53, n. 2, pp. 89-97, 1943.

SHABBAS, William A. “Reservations to the Convention on the Rights of the Child”, **Human Rights Quarterly**, Vol. 18, No. 2 (May, 1996), pp. 472-491.

SHANY, Yuval. “Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law?” em **The European Journal of International Law**, Vol. 16, n. 5, pp. 907-940, 2006.

SHANY, Yuval. **The Competing Jurisdictions of International Courts and Tribunals**. Oxford: Oxford University Press, 2008.

SHAPIRO, Scott J. **Legality**. Cambridge/Londres: Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

SHAW, Malcolm N. **Direito Internacional**. Trad. Marcelo Brandão Cipolla, Lenita Ananias do Nascimento e Antonio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

SILVA, Artur Stamford da; Santos, Gustavo Ferreira (org.). **Sociedade, Direito e Decisão em Niklas Luhmann**. Recife: Editora Universitária UFPE, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Poder Constituinte e Poder Popular**. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, Nuno José Espinosa Gomes da. **História do Direito português. Fontes do Direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2000.

SILVA, Virgílio Afonso. “Colisões de direitos fundamentais entre a ordem nacional e a ordem transnacional” em NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalidade do Direito**. São Paulo: Quartier Latin, pp. 101-112, 2010.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Direito Ambiental e Sustentabilidade**. Curitiba: Juruá, 2006.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. “A Comunicação do Poder em Niklas Luhmann” em **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, v. 97, pp. 154-178, 2008.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. “Decisão, Organização e Risco: a forma da decisão jurídica para além da segurança e da legitimidade” em **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, v. 37.1, pp. 259-279, 2017.

SIMMA, Bruno e PULKOWSKY, Dirk. “Of Planets and the Universe: Self-contained Regimes in International Law” in **The European Journal of International Law**, vol. 17, n. 3, p. 483-529, 2006.

SINCLAIR, Guy Fiti. **To Reform the World: International Organizations and the Making of Modern States**. Oxford: Oxford University Press, 2017.

SLAUGHTER, Anne-Marie. "International Law and International Relations Theory: a Dual Agenda" em **American Journal of International Law**, vol. 87, n. 205, 1993.

SLAUGHTER, Anne-Marie. “Global Community of Courts”, em **Harvard International Law Journal** v. 44, n. 1, pp. 191-219, 2003.

SLAUGHTER, Anne-Marie. **The New World Order**. Princeton: Princeton University Press, 2004.

SOARES, Albino de Azevedo. **Lições de Direito Internacional Público**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1985.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Curso de Direito Internacional Público**. Vol. 1. São Paulo: Atlas, 2002.

SOUZA, José António de Camargo Rodrigues de. “Marsílio de Pádua e a ‘plenitudo potestatis’”. **Revista Portuguesa de Filosofia**, t. 39, Fasc. ½, pp. 119-170, 1983.

SOUZA, José António de Camargo Rodrigues de. “As Idéias de Guilherme de Ockham sobre a Independência do Poder Imperial” em **Franciscan Studies**, vol. 46, 1986, pp. 253–284. JSTOR, www.jstor.org/stable/41975075, acessado em 25 de maio de 2018.

SQUEFF, Tatiana Cardoso. “As Relações entre o Direito Internacional e o Estado Soberano na visão de Georg Jellinek”, em **Revista Campo Jurídico**, v. 4, n. 2, pp. 136-151, 2016.

STARK, David. **The Sense of Dissonance: Accounts of Worth in Economic Life**. Princeton; Oxford: Princeton University Press, 2009.

STRAYER, Joseph R. **On the Medieval origins of Modern State**. Princeton: Princeton University Press, 2005

SUAREZ, Francisco. **Selection from Three Works**: De legibus, ac Deo legislatore, 1612; Defensio Fidei Catholicae, et Apostolicae adversus Anglicanae sectae errores, 1613; De Triplici Virtute Theologica, fide, spe, et charitate, 1621. Trad. para o inglês Gwladys L. Williams, Ammi Brown e John Waldron. Oxford : Clarendon Press; Londres: Humphrey Milford, 1944.

TELES, Miguel Galvão. “Temporalidade Jurídica e Constituição” in CANOTILHO, J. J. Gomes (coord.). **20 anos da Constituição de 1976**, Boletim da Faculdade de Direito/Stvdia Iuridica 46/Colloquia – 5. Coimbra: Coimbra Editora, pp. 25-53, 2000.

TEUBNER, Gunther. “Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society” em TEUBNER, Gunther(ed.). **Global Law Without a State**. Brookfield: Dartmouth, pp. 3-28, 1997.

TEUBNER, Gunther; FISCHER-LESCANO, Andreas. “Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law” em **Michigan Journal of International Law**, Vol. 25, pp. 999-1046, 2004.

TEUBNER, Gunther. “‘Unitas Multiplex’: A Organização do Grupo de Empresas como exemplo”, em **Revista Direito GV**, v. 1, n. 2, pp. 77-110, 2005.

TEUBNER, Gunther. “The Project of Constitutional Sociology: Irritating Nation State Constitutionalism” em **Transnational Legal Theory**, 4(1), pp. 44–58, 2013.

TEUBNER, Gunther. “Constitucionalismo social: nove variações sobre o tema proposto por David Scull” em FORTES, Pedro; CAMPOS, Ricardo; BARBOSA, Samuel (coord.). **Teorias Contemporâneas do Direito: o direito e as incertezas normativas**. Curitiba: Juruá, 2016a.

TEUBNER, Gunther. **Fragmentos Constitucionais: constitucionalismo social na globalização**. São Paulo: Saraiva, 2016b.

THORNHILL, Chris. “Niklas Luhmann and the sociology of the constitution” em **Journal of Classical Sociology**, n. 10(4), pp. 315-337, 2010.

THORNHILL, Chris, “Rights and Constituent Power in the Global Constitution” em **International Journal of Law in Context**, n. 10, pp. 357-396, 2014.

THORNHILL, Chris. **A Sociology of Transnational Constitutions: Social Foundations of the Post-National Legal Structure**. Cambridge: Cambridge University Press, 2016.

THORNHILL, Chris. “The Sociology of Constitutions” em **Annual Review of Law and Social Science**. n. 13, pp. 493-513, 2017.

TOMUSCHAT, Christian. **International Law: ensuring the survival of mankind in the eve of a new century.** General Course on Public International Law. *Recueil des Cours*, n. 281. The Hague: ILA, 1999.

TOMUSCHAT, Christian; THOUVENIN, Jean-Marc (eds.). **The Fundamental Rules of the International Legal Order: Jus Cogens and Obligations Erga Omnes.** Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2006.

TORRES, Ricardo Lôbo. **Curso de Direito Financeiro e Tributário.** 10. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

TOURARD, Hélène. **L'Internationalisation des Constitutions Nationales.** Paris: L. G. D. J., 2000.

TOURME-JOUANNET, Emmanuelle. **O Direito Internacional.** Trad. Thiago Rocha da Fonseca. 2003, disponível na Internet em <https://etourmejouannet.files.wordpress.com/2014/10/e-tourme-jouannet-o-direito-internacional.pdf>, acessado em 12.03.2017.

TOURME-JOUANNET, Emmanuelle. “Des origines coloniales du droit international: à propos du droit des gens moderne au 18^{ème} siècle”, in DUPUY, Pierre-Marie e CHETAIL, Vincent. **The Roots of International Law.** Leiden: Brill, 2014.

TREVES, Tullio. **Diritto Internazionale: problemi fondamentali.** Milão: Giuffrè, 2005.

TREVES, Tullio “Fragmentation of International Law: the Judicial Perspective” em **Agenda Internacional**, n. 27, 2009.

TRIEPEL, Karl Heinrich. **Les rapports entre le droit interne et le droit international.** Recueil des Cours. The Hague: International Law Academy, 1923.

TRIEPEL, Karl Heinrich. **As Relações entre o Direito Interno e o Direito Internacional.** Trad. Amílcar de Castro. Belo Horizonte: UFMG, 1964.

TRINDADE, A. A. Cançado. **Direito Internacional e Direito Interno: sua Interação na Proteção dos Direitos Humanos**, sem ano, disponível na Internet em <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/cancadotrindade/cancado02.htm>, acesso em 17.07.2019.

TRINDADE, A. A. Cançado. “The Voluntarist Conception of International Law: A Re-Assessment” em **Revue de Droit International de Sciences Diplomatiques et Politiques**, n. 56, pp. 201-240, 1981.

TRINDADE, A. A. Cançado. **The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law.** Cambridge: Cambridge University Press, 1983.

TRINDADE, A. A. Cançado. “A interação entre direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos” em **Arquivos do Ministério da Justiça**, n. 182, pp. 27-54, 1993.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos.** 3 vol. Porto Alegre: Fabris, 2003.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **International Law for Humankind: towards a new *Jus Gentium***. 2 vol. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2006.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Direito das Organizações Internacionais**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **El Ejercicio de la Función Judicial Internacional: memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. “Memorial por um novo *Jus Gentium*, o Direito Internacional da Humanidade”, em **Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional**, n. 119-124, v.1, 2013.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A Humanização do Direito Internacional**. 2. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Dey Rey, 2015.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Princípios do direito internacional contemporâneo**. 2. ed. rev. atual. Brasília: FUNAG, 2017.

TUNKIN, Grigory. **Co-existence and International Law**. *Recueil des Cours*, vol. The Hague: ILA, 1958.

TUNKIN, Grigory. **International Law in the International System**. *Recueil des Cours*, The Hague: ILA, 1975.

TUSHNET, Mark. **The Inevitable Globalization of Constitutional Law**, Public Law & Legal Theory Working Papers n. 09-06, p. 1-2, na Internet em <http://ssrn.com/abstract=1317766>, acessado em 12.06.2017.

TZEVELEKOS, Vassilis P. “The Use of Article 31(3)(c) of the VCLT In the Case Law Of the ECtHR: An Effective Anti-Fragmentation Tool Or A Selective Loophole For The Reinforcement Of Human Rights Teleology?” em **Michigan Journal Of International Law**, Vol. 31, 3, pp. 621-690, 2010.

VAN CREVELD, Martin. **Ascensão e declínio do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

VAN DER VLUGT, W. **L’Œuvre de Grotius et son influencesur le développement du droit international**. *Recueil des Cours*, v. 7, The Hague: ILA, 1925.

VARELLA, Marcelo Dias. **Direito Internacional Público**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

VARELLA, Marcelo Dias. **Internacionalização do Direito: direito internacional, globalização e complexidade**. Brasília: UniCEUB, 2013.

VATTEL, Emer de. **O direito das gentes**. Trad. Vicente Marotta Rangel. Brasília: Editora Universidade de Brasília/Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais, 2004.

VERDROSS, Alfred. **Le fondement du droit international**. *Recueil de Cours*. Vol. 16, The Hague: ILA, 1927.

VERDROSS, Alfred. “*Jus Dispositivum* and *Jus Cogens* in International Law” em **The American Journal of International Law**, Vol. 60, .n. 1, pp. 55-63, 1966

VERDROSS, Alfred. “O fundamento do direito internacional” Trad. Marcelo Dias Varella (coord.), Amábile Pierroti, Luiza Nogueira e Marlon Tomazette, em **Revista de Direito Internacional**. UniCEUB. Vol. 10, n. 2, pp. 1-34, 2013.

VILANOVA, Lourival. **As Estruturas Lógicas e o Sistema de Direito Positivo**. 4. ed. São Paulo: Noesis, 2010.

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **Teoria dos Sistemas e o Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009.

VILLIGER, Mark E. **Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties**. Leiden; Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2009.

VIRALLY Michel. “Reflexions sur le jus cogens”, em **Annuaire Français de Droit International**, vol. 12, 1966.

VIRALLY, Michel. **Panorama du Droit International Contemporain**. Cours Général du Droit International Public. *Recueil des Cours*. Vol. 183, The Hague: ILA, 1983.

VIRALLY, Michel. “Sur un Pont aux ânes: Les rapports entre droit international et droits internes” em VIRALLY, Michel (ed.) **Le Droit International en devenir**: essais écrits au fil des ans. Genebra: Graduate Institute Publications, 1990, pp. 103-117. Disponível na Internet em <https://books.openedition.org/iheid/4386>, acesso em 21 de dezembro de 2019.

VON GOLDAMMER, Eberhard; PAUL, Joachim; NEWBURY, Joe. **Heterarchy – Hierarchy: two complementary categories of description**, disponível na Internet em https://www.vordenker.de/heterarchy/a_heterarchy-e.pdf, acessado em 04 de setembro de 2019.

WALDRON, Jeremy. “Foreign Law and the Modern *Ius Gentium*” em **Harvard Law Review**, Vol. 119, No. 1, pp. 129-147, 2005.

WALZ, G. A. **Les Rapports du Droit International et du Droit Interne**. Recueil des Cours. The Hague: ILA, 1937.

WEBER, Max. **Economía e Sociedad**. 2. ed. Trad. José Medina Echevarria et al. Bogotá: Fondo de Cultura Económica, 1977.

WEBER, Max. **A ética protestante e o “espírito” do capitalismo**. Trad. José Marcos Mariani de Macedo. São Paulo: Cia. das Letras, 2004.

WIGHT, Martin. “Why is there no International Theory?” em **International Relations**, n. 2, pp. 35-48, 1960.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tractatus Logico-philosophicus**. Trad. C. K. Ogden. Mineola: Dover Publications, 1999.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Philosophical Investigations**. Trad. para o inglês G. E. M. Anscombe; P. M. S. Hacker; Joachim Schulte. Singapura: Blackwell Publishing, 2009.

WOLFF, Christian. **Jus Gentium Methodo Scientifica Pertractatum**. Trad. para inglês de Joseph H. Drake. Oxford: Clarendon Press, 1934.

WOLFF, Christian. **The law of nations treated according to the scientific method.** [1749] Thomas Ahnert (ed.); traduzido para o inglês por Joseph H. Drake. Carmel: Liberty Fund, 2017.

WOLFRUM, Rüdiger. “International Law of Cooperation” in **Max Planck Encyclopedia of Public International Law**, última atualização em abril, 2010. Na Internet em: <http://2061/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1427?rskey=dndMWk&result=6&prd=EPIL>, acessado em 24 de janeiro de 2018.

WRIGHT, Quincy. **The strengthening of international law.** *Recueil des Cours*, n. 98, 1959.

XAVIER, Alberto. **Direito Tributário Internacional.** Rio de Janeiro: Forense, 2015.

YAMAMOTO, Toru. **Direito Internacional e Direito Interno.** Porto Alegre: Fabris, 2000.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia.** Madrid: Editorial Trotta, 2007.