

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

IGOR MAESTRELLI ZARNICINSKI

FONTES DO DIREITO EM PERSPECTIVA COMPARADA ENTRE O DIREITO
INTERNO E O DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO

CURITIBA

2022

IGOR MAESTRELLI ZARNICINSKI

FONTES DO DIREITO EM PERSPECTIVA COMPARADA ENTRE O DIREITO
INTERNO E O DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO

Dissertação apresentada como requisito para a obtenção do título de Mestre no Mestrado em Direito do Programa de Pós-Graduação em Direito do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, área de concentração Direito do Estado, linha de pesquisa Perspectivas da Dogmática Crítica.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Katya Kozicki.

CURITIBA

2022

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SISTEMA DE BIBLIOTECAS – BIBLIOTECA DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

Zarnicinski, Igor Maestrelli

Fontes do direito em perspectiva comparada entre o direito interno e o direito internacional público / Igor Maestrelli Zarnicinski. – Curitiba, 2022.

1 recurso on-line : PDF.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito.

Orientadora: Katya Kozicki.

1. Teoria do direito. 2. Direito internacional público.
3. Soberania. 4. Direito - Fontes. I. Kozicki, Katya. II. Título.
III. Universidade Federal do Paraná.

Bibliotecário: Pedro Paulo Aquilante Junior – CRB-9/1626

ATA DE SESSÃO PÚBLICA DE DEFESA DE MESTRADO PARA A OBTENÇÃO DO GRAU DE MESTRE EM DIREITO

No dia dezesseis de maio de dois mil e vinte e dois às 15:00 horas, na sala 317, Prédio Histórico - Praça Santos Andrade, 50, foram instaladas as atividades pertinentes ao rito de defesa de dissertação do mestrando **IGOR MAESTRELLI ZARNICINSKI**, intitulada: **Fontes do Direito em Perspectiva Comparada entre o Direito Interno e o Direito Internacional Público**, sob orientação da Profa. Dra. KATYA KOZICKI. A Banca Examinadora, designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação DIREITO da Universidade Federal do Paraná, foi constituída pelos seguintes Membros: KATYA KOZICKI (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ), WILLIAM SOARES PUGLIESE (FACULDADES INTEGRADAS DO BRASIL), THOMAS DA ROSA DE BUSTAMANTE (UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS). A presidência iniciou os ritos definidos pelo Colegiado do Programa e, após exarados os pareceres dos membros do comitê examinador e da respectiva contra argumentação, ocorreu a leitura do parecer final da banca examinadora, que decidiu pela APROVAÇÃO. Este resultado deverá ser homologado pelo Colegiado do programa, mediante o atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca dentro dos prazos regimentais definidos pelo programa. A outorga de título de mestre está condicionada ao atendimento de todos os requisitos e prazos determinados no regimento do Programa de Pós-Graduação. Nada mais havendo a tratar a presidência deu por encerrada a sessão, da qual eu, KATYA KOZICKI, lavrei a presente ata, que vai assinada por mim e pelos demais membros da Comissão Examinadora.

CURITIBA, 16 de Maio de 2022.

Assinatura Eletrônica

16/05/2022 17:06:22.0

KATYA KOZICKI

Presidente da Banca Examinadora

Assinatura Eletrônica

16/05/2022 17:06:14.0

WILLIAM SOARES PUGLIESE

Avaliador Externo (FACULDADES INTEGRADAS DO BRASIL)

Assinatura Eletrônica

16/05/2022 17:18:40.0

THOMAS DA ROSA DE BUSTAMANTE

Avaliador Externo (UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS)



TERMO DE APROVAÇÃO

Os membros da Banca Examinadora designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação DIREITO da Universidade Federal do Paraná foram convocados para realizar a arguição da Dissertação de Mestrado de **IGOR MAESTRELLI ZARNICINSKI** intitulada: **Fontes do Direito em Perspectiva Comparada entre o Direito Interno e o Direito Internacional Público**, sob orientação da Profa. Dra. KATYA KOZICKI, que após terem inquirido o aluno e realizada a avaliação do trabalho, são de parecer pela sua APROVAÇÃO no rito de defesa.

A outorga do título de mestre está sujeita à homologação pelo colegiado, ao atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca e ao pleno atendimento das demandas regimentais do Programa de Pós-Graduação.

CURITIBA, 16 de Maio de 2022.

Assinatura Eletrônica

16/05/2022 17:06:22.0

KATYA KOZICKI

Presidente da Banca Examinadora

Assinatura Eletrônica

16/05/2022 17:06:14.0

WILLIAM SOARES PUGLIESE

Avaliador Externo (FACULDADES INTEGRADAS DO BRASIL)

Assinatura Eletrônica

16/05/2022 17:18:40.0

THOMAS DA ROSA DE BUSTAMANTE

Avaliador Externo (UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS)

AGRADECIMENTOS

A minha mãe e meu pai, pelo apoio constante, incansável, amoroso, compreensivo, exemplar.

A meu irmão, por ser sempre uma inspiração e uma motivação.

A Marina Bonatto, pela doçura e pelo refúgio carinhoso, paciente, generoso, infindável.

A meu amigo Luan Saltori, pela companhia cotidiana e pelo testemunho das horas passadas com este texto.

A minha amiga Amanda Andriguetto, pelo afeto certo e necessário.

A meus amigos Gabriela Borges e Luiz Perotti, pela amizade antiga e segura.

À juíza de direito Dr.^a Thalita Bizerril Duleba Mendes, que me abrigou em seu gabinete em grande parte do período do mestrado.

A meus novos amigos e amigas do Núcleo de Estudos em Sistemas de Direitos Humanos, pelas várias risadas solidárias.

A minha orientadora, Prof.^a Dr.^a Katya Kozicki, pelas várias oportunidades ofertadas ainda desde a minha graduação.

RESUMO

O direito internacional público é mal-compreendido por ser marcadamente diverso do direito interno. Seus sujeitos são distintos e suas fontes são distintas. Para que se possa compreender o direito internacional público, é possível compará-lo ao direito interno para, através do contraste, elucidar seu funcionamento. Faz-se comparação entre possíveis fundamentos de obrigatoriedade do direito interno (soberania, institucionalidade) e fundamentos de obrigatoriedade do direito internacional (voluntarismo, naturalismo). Compara-se, então, as diversas fontes do direito interno (lei, costume, jurisprudência) e de direito internacional público (costume, tratado, princípios gerais, decisões judiciais e doutrina) e como são estabelecidas hierarquias entre as diversas fontes. Por fim, se compara os fundamentos de validade do direito interno (na perspectiva de Hans Kelsen e na perspectiva de H. L. A. Hart) e os fundamentos de validade do direito internacional público (na perspectiva de Kelsen, novamente, e de Neil MacCormick). Defende-se a perspectiva de Neil MacCormick quanto ao direito internacional como ordem jurídica policêntrica, que prescindir de entes soberanos, e aponta-se para o direito internacional público como uma tradição jurídica autônoma, pautada no consenso dos sujeitos e não em comandos soberanos.

Palavras-chave: Teoria do direito. Teoria do direito internacional público. Soberania. Fontes do direito. Hierarquia das fontes do direito.

ABSTRACT

International law is misunderstood due to being very different from municipal law. Its subjects are different and its sources are different. In order to understand public international law, one may compare it to municipal law and use their contrasts as to elucidate the workings of international law. Possible reasons for municipal law being binding (sovereignty, institutionality) are compared to reasons for international law being binding (positivism, naturalism). The sources of municipal law (statutes, custom, precedent) are compared to the sources of international law (custom, treaties, general principles, judicial decisions and legal scholarship). The hierarchies established between different sources in both sets of law are also examined. At last, the reasons for validity in municipal law (according to Hans Kelsen and H. L. A Hart) and in international law (according also to Kelsen and to Neil MacCormick) are compared. The study concludes defending Neil MacCormick's perspective on international law as a polycentric legal order, which has no need for sovereign beings, and international public law is examined as an autonomous legal tradition, marked by consensus between its subjects and not by sovereign orders.

Keywords: Theory of law. Theory of international law. Sovereignty. Sources of Law. Hierarchy of sources of law.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	2
2	RELEVÂNCIA CONTEMPORÂNEA DO DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO E OPACIDADE DE SEU FUNCIONAMENTO.....	4
3	METODOLOGIA DE DIREITO COMPARADO: CONTRASTE ENTRE TIPOS IDEAIS.....	16
4	FONTES DE DIREITO INTERNO E DE DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO EM PERSPECTIVA COMPARADA.....	25
4.1	FUNDAMENTO DE OBRIGATORIEDADE DO DIREITO INTERNO.....	25
4.1.1	Soberania e o monopólio da violência legítima.....	25
4.1.2	A perspectiva institucionalista: comportamentos reiterados e lastro histórico.	29
4.2	FUNDAMENTO DE OBRIGATORIEDADE DO DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO.....	36
4.2.1	Teoria voluntarista.....	36
4.2.2	Teoria naturalista/objetivista.....	41
4.3	FONTES DE DIREITO INTERNO.....	47
4.3.1	A lei.....	50
4.3.2	O costume.....	55
4.3.3	A jurisprudência.....	57
4.3.4	Hierarquia das fontes de direito interno.....	59
4.4	FONTES DE DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO.....	62
4.4.1	O costume.....	64
4.4.2	O tratado.....	67
4.4.3	Os princípios gerais de direito.....	70
4.4.4	As decisões judiciais e a doutrina.....	72
4.4.5	Hierarquia das fontes de direito internacional público — a questão do <i>jus cogens</i>	73
4.5	FUNDAMENTO DE VALIDADE DO DIREITO INTERNO.....	77
4.5.1	A validade das normas em Kelsen.....	77
4.5.2	A validade das normas em Hart.....	82
4.6	FUNDAMENTO DE VALIDADE DO DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO.....	90
4.6.1	Novamente Kelsen: monismo e dualismo.....	90
4.6.2	A crítica de Neil MacCormick às perspectivas soberanistas.....	93

5	O DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO COMO UMA TRADIÇÃO JURÍDICA	
	AUTÔNOMA.....	103
	REFERÊNCIAS.....	109

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho tem como intuito central investigar a forma de produção do direito internacional público e contrastá-la com a forma de produção dos vários direitos nacionais. Convencionalmente, a linguagem técnica dos juristas designa “fontes do direito” às diversas formas através das quais o direito se manifesta, é criado. Todavia, há elementos mais basilares, abstratos, que fundamentam a origem do direito em sociedade — tanto nas sociedades nacionais quanto na sociedade internacional. Por que determinada ordem jurídica é tida como válida? Por que determinada ordem jurídica tem regras tidas como obrigatórias?

Essas questões se aplicam tanto aos direitos internos quanto ao direito internacional público. Todavia, respostas possíveis para essas dúvidas são muito mais fáceis de serem obtidas no que diz respeito aos direitos nacionais. Todo o fenômeno jurídico nacional é muito mais próximo das pessoas em geral e mesmo dos juristas. A noção de “lei” enquanto comando obrigatório emanado pelo Estado e a noção de monopólio estatal da violência são amplamente difundidas, mesmo que nem sempre sejam enunciadas nesses termos. O imaginário de todos é profundamente marcado pelo direito estatal nacional, pela existência de um soberano, pela subjugação a uma ordem coercitiva.

O direito internacional público não dispõe desses elementos: não possui uma autoridade que possa emitir comandos obrigatórios, não há nele quem monopolize a violência legítima. Consequentemente, é turvo o entendimento de como ele surge, de quais as razões para sua obrigatoriedade, de como suas normas adquirem validade — não há mesmo um senso comum sobre o assunto, ou uma resposta caricata prontamente acessível no imaginário popular (ou no imaginário popular da comunidade de juristas). Nada obstante, há uma centralidade enorme de normas internacionais para a vida contemporânea. São poucas as situações cotidianas que não estão de alguma forma reguladas também internacionalmente. É um paradoxo: sabe-se pouquíssimo sobre normas de extrema importância, mesmo entre aqueles que deveriam possuir conhecimento especializado.

Há um propósito pedagógico neste trabalho, portanto, que é o de facilitar o entendimento do fenômeno que é o direito internacional público. O método encontrado para fazê-lo foi o do direito comparado. Assim, tomou-se o direito internacional como uma “tradição jurídica” distinta daquela que seria a tradição

jurídica de direito nacional. Isto permite que o contraste faça saltar aos olhos diferenças fundamentais entre essa última forma de direito, tão familiar, e aquela primeira outra forma, ainda hoje alienígena para muitos. Foi necessário um recorte na comparação, porém: a escolha é por comparar determinadas noções jurídicas fundamentais e fontes do direito.

Concepções quanto ao fundamento de obrigatoriedade do direito e quanto ao fundamento de validade do direito são noções jurídicas fundamentais, que informam a visão panorâmica que se tem sobre aquela ordem jurídica, sobre sua origem, funcionamento, finalidade, estrutura. Fontes do direito são, como mencionado, os meios através do qual o direito formalmente se expressa, e também são centrais para a caracterização de determinada ordem jurídica. Duas ordens com as mesmas fontes serão muito semelhantes; duas ordens com fontes distintas divergirão mais. Se os direitos nacionais notoriamente se valem da lei, da jurisprudência e do costume para criar, modificar e extinguir normas, o direito internacional público é famoso pelos tratados — mas curiosamente depende muito mais do costume para sua criação e funcionamento, como se verá.

Ao fim, defende-se a posição de que o direito internacional público é marcadamente distinto do direito interno não só por suas fontes, mas também por sua origem. Há um policentrismo no coração do direito internacional público, que nunca foi capaz de erigir um Estado de Estados, centralizar a produção jurídica e conferir a algum ente o monopólio da violência legítima. As mesmas normas acabam sendo validadas simultaneamente em múltiplas instâncias, sem pretensão de exclusividade e frequentemente também sem pretensão de hierarquia.

Há um percurso a ser seguido, logo: de início, é feita exposição de o porquê o direito internacional público ser relevante, de forma que o compreender melhor se torna também crucial. Delimita-se em maior detalhe a metodologia a ser empregada, pautada na comparação de tipos ideais, um recurso central das ciências sociais (e do direito comparado). Após, faz-se exposição das doutrinas centrais quanto ao fundamento de obrigatoriedade do direito interno (a soberania do Estado, a institucionalidade) e do direito internacional público (a vontade do Estado, ou um direito natural acima dos Estados).

Enfrentam-se as fontes de direito interno (lei, costume, jurisprudência) e de direito internacional (costume, tratado, princípios gerais de direito, decisões judiciais e doutrina) e suas respectivas hierarquias, com detalhamento da questão do *jus*

cogens no plano internacional e suas implicações. Exploram-se então os fundamentos de validade do direito interno (em Kelsen, com o escalonamento de normas, e em Hart, com práticas normativas em dois níveis) e do direito internacional (em Kelsen novamente, com um escalonamento de normas que implica unidade entre direito internacional e direito interno, e em Neil MacCormick, que abre espaço para uma teorização do direito internacional como policêntrico).

Passa-se, logo, ao contexto contemporâneo, em que o direito internacional público ganha grande relevância.

2 RELEVÂNCIA CONTEMPORÂNEA DO DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO E OPACIDADE DE SEU FUNCIONAMENTO

Seria difícil acompanhar o noticiário recente e ignorar sua dimensão internacional, que parece cruamente óbvia. Considerando aproximadamente apenas os últimos quatro anos, usa-se para ilustrar a internacionalização dos acontecimentos as seguintes ocorrências:

— Em 24 de setembro de 2019, o presidente da República Federativa do Brasil Jair Messias Bolsonaro faz o discurso de abertura da 74ª Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas¹. Embora proferido no mais amplo fórum multilateral internacional existente, o teor do pronunciamento dirigia-se ao eleitorado cativo do presidente brasileiro. O Brasil é o país que invariavelmente abre a Assembleia Geral da ONU, desde a primeira sessão em 1949²;

— Em 11 de março de 2020, a Organização Mundial da Saúde, agência das Nações Unidas responsável pela coordenação de esforços sanitários e de saúde internacionais³, declarou a existência de uma pandemia do novo coronavírus (Covid-19)⁴. Em março de 2022, haviam sido contabilizadas aproximadamente seis

1 BETIM, Felipe; MARREIRO, Flávia. O discurso de Bolsonaro na ONU, analisado e confrontado com dados. **El País Brasil**, São Paulo, 24 set. 2019. Edição on-line. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2019/09/24/politica/1569340250_255091.html>. Acesso em: 22 mar. 2022.

2 CORRÊA, Luiz Felipe de Seixas (org.). **Brazil in the United Nations: 1946–2011**. 3 ed. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão (FUNAG), 2013, p. 36.

3 WORLD HEALTH ORGANIZATION (WHO). About WHO. Disponível em: <<https://www.who.int/about>>. Acesso em: 22 mar. 2022.

4 WORLD HEALTH ORGANIZATION (WHO). WHO Director-General's opening remarks at the media briefing on COVID-19 — 11 March 2020. Disponível em: <<https://www.who.int/director-general/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020>>. Acesso em: 01 out. 2021.

milhões de mortes confirmadas pela doença em todo o mundo⁵, com um número de mortes não-confirmadas possivelmente muito maior. Apenas no Brasil, em março de 2022, haviam sido contabilizadas aproximadamente 660 mil mortes confirmadas pela doença⁶;

— Em 24 de fevereiro de 2022, a Federação Russa inicia uma invasão militar ao território da República da Ucrânia⁷. Em 16 de março do mesmo ano, a Corte Internacional de Justiça, principal órgão judicial das Nações Unidas, emite decisão ordenando à Rússia que suspenda imediatamente as operações militares que iniciou no dia 24 de fevereiro⁸. Como preocupações econômicas a nível mundial decorrentes dos efeitos da guerra, tem-se o aumento do preço do petróleo e do gás, levando ainda a uma elevação adicional da inflação global, já alta⁹.

O mundo parece cada vez mais interligado, globalmente dependente. Muito do cenário atual pode ser reconduzido ao fim da Segunda Guerra Mundial, em 1945, que gerou consequências que até hoje são sentidas. Uma dessas consequências foi a criação da própria Organização das Nações Unidas, a ONU. Desde o surgimento dessa organização, deu-se início também à consolidação de uma sociedade civil global, um acontecimento relacionado ao “florescimento de organizações internacionais na comunidade internacional” e ao “reforço do estatuto jurídico-internacional dos indivíduos e das pessoas colectivas de direito privado”¹⁰. O historiador Eric Hobsbawm ressalta que

5 RITCHIE, Hannah et al. Our World in Data, Coronavirus Pandemic (COVID-19). Disponível em: <<https://ourworldindata.org/covid-deaths>>. Acesso em 22 mar. 2022.

6 RITCHIE, Hannah et al. Our World in Data, Coronavirus Pandemic (COVID-19). Disponível em: <<https://ourworldindata.org/covid-deaths>>. Acesso em 22 mar. 2022.

7 SULLIVAN, Becky. Russia's at war with Ukraine. Here's how we got here. **NPR**, [sem local de publicação], 24 fev. 2022. Edição on-line, World. Disponível em: <<https://www.npr.org/2022/02/12/1080205477/history-ukraine-russia>>. Acesso em: 22 mar. 2022.

8 INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE (ICJ). Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Ukraine v. Russian Federation), Provisional Measures, Order of 16 March 2022. Julgado em 16 mar. 2022. Disponível em: <<https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/182/182-20220316-ORD-01-00-EN.pdf>>. Acesso em: 22 mar. 2022.

9 INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA); NONNENBERG, Marcelo José Braga; MARTINS, Michelle Márcia Viana. **Como a guerra na Ucrânia poderá afetar o comércio exterior? Efeitos sobre o Brasil**. Carta de Conjuntura n. 54: Nota de Conjuntura 22: 1º Trimestre de 2022. [Sem local de publicação]: IPEA, 2022. Nota técnica. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/conjuntura/220315_cc_nota_22_guerra_da_ukrania.pdf>. Acesso em: 22 mar. 2022.

10 MACHADO, Jónatas E. M. **Direito Internacional**: do paradigma clássico ao pós-11 de setembro. 3 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 93.

a simples necessidade de coordenação global multiplicou as organizações internacionais mais rápido que nunca nas Décadas de Crise. Em meados da década de 1980, havia 365 organizações intergovernamentais e nada menos que 4615 não governamentais, ou seja, acima de duas vezes mais que no início da década de 1970. Além disso, a ação global em problemas como conservação e meio ambiente era cada vez mais reconhecida como urgente.¹¹

É inevitável ressaltar que os séculos XX e XXI foram marcados pela globalização, isto é, pelo fenômeno de “afirmação de uma nova sociedade internacional, caracterizada pelo constante e seletivo fluxo de valores e por uma ordem econômico-financeira internacional cuja filosofia e estrutura transcendem, contrapõem-se ao Estado, ou dele prescindem”¹². Esta etapa recente da integração mundial tem aspectos financeiros, comerciais e de comunicação, que são ainda contemporaneamente sentidos como novidade, como descoberta:

A descoberta de que a terra se tornou mundo, de que o globo não é mais apenas uma figura astronômica, e sim o território no qual todos encontram-se relacionados e atrelados, diferenciados e antagônicos — essa descoberta surpreende, encanta e atemoriza.¹³

É neste contexto de integração ampliada, de um mundo sensível a si mesmo enquanto sociedade global, que ocorreram os acontecimentos exemplificativos elencados previamente. O representante de um Estado usa seu espaço privilegiado no maior fórum multilateral existente para falar quase que diretamente a seu público doméstico, nacional. A organização internacional responsável por coordenar a saúde global reconhece a ocorrência de uma pandemia, uma doença se alastrando em alta velocidade por todo o planeta e gerando efeitos nefastos. Um conflito armado eclode em território europeu, iniciado diretamente por uma potência nuclear, com desaprovação do órgão judicial internacional por excelência, acarretando impactos econômicos mundiais.

A sociedade internacional — “o conjunto de atores de distinta natureza que compartilham um espaço comum (o planeta Terra) e os fluxos que existem entre eles, a gerar fenômenos internacionais”¹⁴ — agita-se e agita consigo as várias

11 HOBBSAWM, Eric. **Era dos Extremos: o breve século XX: 1914–1991**. [Sem edição]. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 419.

12 SEITENFUS, Ricardo. **Relações Internacionais**. [Sem edição]. Barueri: Manole, 2004, p. 174.

13 IANNI, Octavio. **Teorias da Globalização**. 13 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006, p. 13.

14 RODRIGUES, Gilberto Marcos Antonio. **O que são relações internacionais**. 2 ed. São Paulo: Brasiliense, 2009, p. 65.

sociedades nacionais. É difícil imaginar atualmente quaisquer acontecimentos que sejam puramente domésticos, na verdade. Mesmo com relação ao direito isto é verdade, pois “vivemos um tempo em que é muito difícil imaginar uma situação qualquer no âmbito interno que não esteja, também, regulada por normas internacionais”¹⁵. Isto dá-se também porque o direito internacional congrega dentro de si múltiplos objetos normativos:

O direito internacional é hoje um *genus generalissimum* que compreende domínios tão diversos como o direito internacional económico, o direito internacional da comunicação, o direito internacional do espaço exterior, o direito internacional do ambiente, o direito internacional dos direitos humanos, o direito internacional criminal, o direito internacional desportivo e o direito internacional do turismo. Se a isto se somar a proliferação de organizações e tribunais internacionais, com o resultante aumento exponencial da litigância internacional, torna-se evidente que a importância normativa e prática do direito internacional actualmente é uma realidade indiscutível.¹⁶

Todavia, se a relevância do direito internacional é inegável, tendo em vista sua incidência mesmo nos mais diversos aspectos da vida cotidiana, e não só nas grandes questões das relações entre Estados, seu funcionamento ainda permanece relativamente opaco, mesmo para juristas. Em parte isso talvez se dê por um déficit formativo. Jean Michel Arrighi relata que “lamentavelmente, os centros de estudos da região, nossas faculdades de direito, têm, em sua grande maioria, diminuído consideravelmente as horas de ensino do direito internacional”¹⁷. Valerio de Oliveira Mazzuoli similarmente critica o ensino de direito internacional no Brasil: “[o] programa ultrapassado que ainda se tem é reflexo do largo período de tempo que o Direito Internacional Público permaneceu como disciplina apenas *optativa* nas Faculdades de Direito no Brasil”¹⁸.

Tal situação é um contrassenso evidente. Há um conjunto de normas que afetam diretamente a vida cotidiana de todos, mesmo em questões triviais, e ainda assim seu funcionamento não é bem compreendido. Como surge o direito internacional? Como é aplicado? Como identificar e interpretar normas

15 ARRIGHI, Jean Michel. Prólogo, in: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Princípios do Direito Internacional Contemporâneo**. 2 ed. Brasília: FUNAG, 2017, p. 20.

16 MACHADO, Jónatas E. M. **Direito Internacional: do paradigma clássico ao pós-11 de setembro**. 3 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 96–97.

17 ARRIGHI, Jean Michel. Prólogo, in: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Princípios do Direito Internacional Contemporâneo**. 2 ed. Brasília: FUNAG, 2017, p. 20.

18 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 60.

internacionais? Muito da dificuldade que o direito internacional apresenta decorre de diferenças basilares que apresenta quando comparado aos múltiplos direitos internos. Hildebrando Accioly et al. fazem referência ao jurista inglês Maurice Mendelson, para quem

os sistemas internos das sociedades modernas são caracterizados por mecanismos altamente centralizados e compulsórios de criação de normas e de aplicação destas, sem mencionar os meios de execução, enquanto a sociedade internacional não é assim. Esta ainda é, em considerável medida, uma *sociedade consuetudinária* e, embora os seus problemas não sejam, infelizmente, todos tão primitivos — pois muitos são o produto de modernas tecnologias e desenvolvimento social —, seu maquinário, para lidar com os mesmos, é bastante atrasado.¹⁹

Ainda parafraseando as advertências de Mendelson, Accioly et al. enfatizam que

a maioria de nós, que estudamos o direito internacional, foi treinada nos diferentes sistemas de direito interno, que é hoje um sistema bastante sofisticado, e podemos ser tentados a construir listas de fontes do direito internacional como se fossem contratos de fretamento marítimo, quando não são, e a procurar regras precisas, sobre o processo de formação de normas, quando nenhuma existe.²⁰

O direito internacional e o direito interno não são diferentes apenas com relação ao conteúdo material de suas normas, portanto, ou com relação ao objeto regulado. São diferentes na forma em que suas normas são criadas, identificadas, registradas. Os direitos nacionais encontram a origem de sua validade em cada constituição doméstica (entendendo-se aqui “constituição” em seu sentido amplo, material, de “conjunto de regras [...] sobre o modo de estruturação, organização e exercício do poder político e da vida social, no sentido de uma institucionalização jurídica do poder”²¹) e em cada Estado. Similarmente, tradicionalmente se afirma que a obrigatoriedade do direito nacional repousa sobre o monopólio da violência física legítima que cada Estado detém. Neste sentido discorre Tércio Sampaio Ferraz Júnior:

19 ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de direito internacional público**. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 153.

20 ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de direito internacional público**. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 153,

21 SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 7 ed. Versão e-book (formato EPUB). São Paulo: Saraiva Educação, 2018, obra não paginada.

Legislação, lato sensu, é modo de formação de normas jurídicas por meio de atos competentes [...]. [O] reconhecimento da legislação como fonte de direito se baseia necessariamente numa hipótese racionalizadora: um ato fundante que produz um conjunto de normas primárias, a constituição.²²

Cabe mencionar a conceituação clássica de Weber para “Estado”, que enfatiza o monopólio da violência legítima:

No passado, as associações mais diversas — começando pelo clã — conheciam a coação física como meio perfeitamente normal. Hoje, o Estado é aquela comunidade humana que, dentro de determinado território — este, o 'território', faz parte da qualidade característica —, reclama para si (com êxito) o monopólio da coação física legítima [...].²³

Além do monopólio da violência, os Estados modernos tentam reclamar para si também o monopólio da produção jurídica:

[Q]uerendo ser o Príncipe o controlador do fenômeno jurídico, este perde cada vez mais as características pluralistas, tornando-se uma realidade compacta à sombra do soberano; do pluralismo, da presença e vigência comuns de ordenamentos diversos em um mesmo território, encaminha-se prontamente em direção a um acentuado monismo. E se reconhece bem cedo o instrumento de controle restritor: o primado da lei sobre toda outra manifestação jurídica, e, portanto, uma hierarquia que coloca todas as outras fontes em degraus inferiores, tirando sua autonomia e vitalidade.²⁴

Por sua vez, o direito internacional tem fundamentos bastante distintos. Ao se olhar para a sociedade internacional, é possível notar imediatamente que não há uma autoridade soberana superior aos Estados, isto é, um Estado de Estados. O escalonamento de validades a partir de uma constituição ou de uma norma hipotética fundamental se aplica com dificuldade ao direito internacional:

Este sistema [kelseniano] de validade, lógico, estruturado, fundado sobre um conceito extrajurídico [a norma fundamental], encontra dificuldades quando voltado ao direito internacional. Para Kelsen, o direito internacional é uma ordem jurídica primitiva, pois não possui órgãos legislativos, judiciais e executivos fortes, conseqüentemente se assemelhando a uma sociedade pré-estatal. Coerentemente, ele é caracterizado pelo uso da autotutela.²⁵

22 FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 2 ed. São Paulo: Atlas, 1994, p. 227–228.

23 WEBER, Max. **Economia e Sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. 4 ed. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 2012, p. 525.

24 GROSSI, Paolo. **Primeira lição sobre direito**. [Sem edição]. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 50.

25 Tradução livre de: “This logical, structured system of validity founded upon an extralegal concept encounters difficulties when related to international law. For Kelsen international law is a primitive legal order because of its lack of strong legislative, judicial and enforcement organs and its consequent resemblance to a pre-state society. It is accordingly characterised by the use of self-

A sociedade internacional é notoriamente marcada pelo que se convencionou chamar de “anarquia”, isto é, pela ausência de um ente soberano que lhe imponha forçosamente uma determinada ordem. Em *The Anarchical Society*, uma obra clássica de relações internacionais, Hedley Bull afirma que “é óbvio que os Estados soberanos, diferentemente dos indivíduos neles contidos, não estão sujeitos a um governo comum, e que neste sentido há [...] uma ‘anarquia internacional’”²⁶. É possível afirmar, logo, que o direito internacional tem uma relação bastante distinta com relação à soberania do que aquela que o direito doméstico apresenta. Se o direito doméstico (tal como usualmente concebido) depende de um Estado soberano para existir, o direito internacional público depende de vários Estados soberanos para sua existência. O conceito tradicional de soberania pode ser tomado da seguinte forma:

Cada Povo erigido em Estado (a *República* no sentido romano) tem um príncipe soberano. A soberania quer dizer: em relação a todos quantos constituem o Estado, um *poder supremo* que dita a lei e nenhuma lei positiva limita [...]; e em relação a todos os outros poderes humanos, um *poder independente*. A soberania (*majestas, summum imperium*) significa, portanto, um *poder político supremo e independente* [...].²⁷

Todavia, essa definição de soberania põe uma ênfase talvez desequilibrada sobre o aspecto interno da soberania — isto é, sobre a ausência de limites que o soberano encontra ao exercer o poder de criação do direito. A soberania é bipartida, em verdade. Ela se expressa em dois planos, um plano interno e um plano externo. A depender do sentido e da direção que toma, a soberania se manifesta logo de formas distintas. A historiografia tradicional aponta para a Paz de Vestfália como o momento em que houve essa bipartição da soberania em dois planos distintos. Chama-se “Paz de Vestfália” a um

conjunto de tratados que encerrou a Guerra dos Trinta Anos, iniciada com a intensificação da rivalidade política entre o Imperador Habsburgo do Sacro

help”. SHAW, Malcolm N. **International Law**. 6 ed. Versão e-book. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 50.

26 Tradução livre de: “It is obvious that sovereign states, unlike the individuals within them, are not subject to a common government, and that in this sense there is [...] an ‘international anarchy’”. BULL, Hedley. **The Anarchical Society**: a study of order in world politics. 4 ed. New York, Houndmills: Palgrave Macmillan, 2012, p. 44.

27 CAETANO, Marcello. **Manual de ciência política e direito constitucional**: tomo 1. 6 ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 132.

Império Romano-Germânico e as cidades-Estado luteranas e calvinistas no território do norte da atual Alemanha que se opunham ao seu controle.²⁸

Diz-se que foi este conjunto de tratados que assentou por fim as fundações do Estado-nação moderno e das relações internacionais como concebidas classicamente. Do ponto de vista jurídico, é possível dizer que a Paz de Vestfália consolidou a cisão entre direito nacional/doméstico (interno aos Estados) e direito internacional público (relativo às relações exteriores do Estado com outros Estados)²⁹. Esta divisão bifronte da soberania foi chamada de “duo de Vestfália” (“*Wesphalian duo*”, em inglês)³⁰. Nesta cisão, a soberania externa assume características diversas do que aquelas assumidas pela soberania interna. Neste sentido, afirma-se que

No contexto internacional, a soberania do Estado significa na realidade que ele não está sujeito a leis que lhe sejam impostas por uma autoridade supra-estabelecida, dotada do monopólio da força: significa, por outras palavras, a existência de uma situação anárquica.³¹

Esta situação peculiar da forma de estruturação político-jurídica das relações internacionais conduz a uma marcada diferença entre direito internacional e direitos nacionais desde sua primeira fundação. Os direitos nacionais são frequentemente marcados por uma clara hierarquia entre normas jurídicas, por fontes do direito claramente delimitadas e definidas, pelo monopólio jurídico de um único ente produtor de direito. O direito internacional não tem uma hierarquia óbvia entre normas jurídicas, não dispõe de fontes do direito claramente delimitadas e definidas, não possui um único ente com capacidade de criar direito. Neste sentido, o direito internacional é (ao menos desde o momento simbólico que foi a Paz de Vestfália) um sistema jurídico distinto dos diversos direitos domésticos.

Reiterando o que foi dito anteriormente, porém, há uma má-compreensão com relação ao funcionamento dessa ordem jurídica que surge entre Estados

28 JESUS, Diego Santos Vieira de. O baile do monstro: o mito da Paz de Vestfália na história das relações internacionais modernas. *História*, Franca (São Paulo), v. 29, n. 2, p. 221–232, dez. 2010, p. 221.

29 Nesse sentido, veja-se: HAGE, Jaap. Sources of Law, in: HAGE, Jaap; WALTERMANN, Antonia; AKKERMANS, Bram (eds.). *Introduction to Law*. 2 ed. Versão e-book. Cham (Suíça): Springer, 2017, p. 01–20.

30 Nesse sentido, veja-se: HAGE, Jaap. Sources of Law, in: HAGE, Jaap; WALTERMANN, Antonia; AKKERMANS, Bram (eds.). *Introduction to Law*. 2 ed. Versão e-book. Cham (Suíça): Springer, 2017, p. 01–20, p. 14; e também TWINING, William. A Post-Westphalian Conception of Law. *Law & Society Review*, Hoboken (New Jersey), v. 37, n. 1, 2003, p. 199–258.

31 PISTONE, Sergio. Relações internacionais, in: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 12 ed. Brasília, DF: Editora da Universidade de Brasília, 1999, p. 1089–1099, p. 1089.

soberanos. O direito internacional público é, logo, uma matéria de grande importância e que poderia ser submetida a um tratamento e descrição mais contemporâneos, em especial para facilitar sua compreensão e seu ensino. Se um dos problemas centrais para a apreensão do direito internacional são suas diferenças estruturais com relação ao direito nacional, cabe empregar justamente uma metodologia de pesquisa que enfatize a descrição de diferenças e semelhanças.

O direito comparado (ou o método comparatista em direito, mais propriamente dito) tem justamente o propósito de tentar estabelecer em que medida os diversos modelos jurídicos são semelhantes, e em que medida são diferentes, como enfatiza Rodolfo Sacco³². Efetivamente, segundo Mathias Reimann, “o direito comparado é um método de estudar direito e um conjunto de conhecimento acadêmico acumulado”³³. Nils Jansen afirma ainda que o direito comparado consiste em método de duas etapas necessárias: a descrição dos objetos a serem comparados, e então a comparação em si³⁴. É justamente isso a que este estudo se propõe: descrever o direito internacional público para compará-lo com o direito interno. A ênfase se dará no âmbito das fontes do direito.

Nem todos os elementos contidos dentro de um dado sistema jurídico têm importância igual. Leontin-Jean Constantinesco expressa que cada sistema possui “elementos fungíveis” e “elementos determinantes”. Estes elementos determinantes exprimiriam “individualmente e, sobretudo, conjuntamente, os sistemas de princípios e de valores e as finalidades teleológicas da ordem jurídica em questão”³⁵. Quanto mais os elementos determinantes de dois sistemas jurídicos forem similares, próximos, mais esses sistemas serão semelhantes também. É isto que permite a categorização de ordenamentos jurídicos distintos sob a mesma “família” ou “tradição jurídica”, como notoriamente o são o *civil law* e o *common law*. São os

32 SACCO, Rodolfo. **Introdução ao direito comparado**. [Sem edição]. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 24.

33 Tradução livre de: “comparative law is a method of studying law and a stock of academic knowledge, while the other ‘international’ disciplines consist (at least largely) of positive legal rules”. REIMANN, Mathias. Comparative law and neighbouring disciplines. In: BUSSANI, Mauro (ed.); MATTEI, Ugo (ed.). **The Cambridge Companion to Comparative Law**. [Sem edição]. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 13–34, p. 14.

34 JANSEN, Nils. Comparative Law and Comparative Knowledge, in: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard (orgs.). **The Oxford Handbook of Comparative Law**. [Sem edição]. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 305–338.

35 CONSTANTINESCO, Leontin-Jean. **Tratado de direito comparado: introdução ao direito comparado**. [Sem edição]. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 332.

elementos jurídicos determinantes de cada sistema que lhe conferem identidade, em suma, que são relevantes para sua individualização e parentesco.

Constantinesco fornece exemplos de elementos determinantes para um sistema jurídico: concepção de direito, papel do direito, relação entre o direito e realidade, concepção de Estado, papel do Estado, fontes do direito e sua hierarquia, interpretação das leis e do direito, noções e categorias jurídicas fundamentais³⁶. Vê-se aqui que os elementos determinantes do direito internacional são todos muito distintos dos elementos determinantes de qualquer direito nacional. A sua concepção de direito é essencialmente a de normas criadas dentro de uma comunidade de iguais, sem autoridade coatora, sem soberano; o papel do direito, novamente, é essencialmente o de regular relações entre entes iguais entre si; o Estado é mais sujeito de direito do que executor e garantidor das normas jurídicas; o papel do Estado é semelhante ao que exerce um indivíduo em uma comunidade de iguais; as fontes do direito são distintas das fontes do direito interno, sem hierarquia clara; a interpretação das normas tem critérios próprios; as categorias jurídicas fundamentais são outras.

Se todos os elementos determinantes do direito internacional são distintos dos direitos nacionais, ele não só é um sistema jurídico distinto como pertence a uma tradição própria, apartada (assim como o japonês ou o basco são línguas que não pertencem a nenhuma família linguística, ou como a baleia beluga é a única espécie de animal que ocupa todo um gênero taxonômico). É possível portanto descrever o direito internacional como uma tradição jurídica distinta das usualmente lembradas e elencadas. As obras de referência em direito comparado tendem a listar famílias jurídicas bastante específicas. Em *Les grands systèmes de droit contemporains*³⁷, o sumário tem a seguinte estrutura:

- La famille romano-germanique;
- Le système juridique russe;
- La common law;
- Le droit musulman;
- Le droit de l'Inde;
- Droits de l'Extrême-Orient;

36 CONSTANTINESCO, Leontin-Jean. **Tratado de direito comparado**: introdução ao direito comparado. [Sem edição]. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 335–336.

37 DAVID, René; JAUFFRET-SPINOSI, Camille; GORÉ, Marie. **Les grands systèmes de droit contemporains**. 12 ed. Paris: Dalloz, 2016.

— Droits de l’Afrique et de Madagascar.

Similarmente, em *I Grandi Sistemi Giuridici*³⁸, o sumário apresenta os seguintes grandes tópicos:

- Il diritto privato dell’Europa continentale;
- Il diritto pubblico dell’Europa continentale;
- Il diritto russo e sovietico;
- Il diritto consuetudinario inglese;
- I diritti consuetudinari africani;
- Il diritto islamico;
- Il diritto indiano;
- I diritti dell’Asia Orientale.

A ausência do direito internacional nestes itinerários é curiosa: talvez a incapacidade de se fazer de um recorte geográfico que não seja o mundial não torne óbvia a existência desse direito como uma tradição jurídica distinta. E ainda assim, como se conclui a partir dos critérios apresentados por Leontin-Jean Constantinesco, acima mencionado, o direito internacional merece ser tratado como uma família jurídica distinta.

A opção que se faz neste trabalho é de analisar as fontes do direito internacional público, para então compará-las às fontes dos direitos nacionais. A motivação para esta escolha é o local privilegiado que as fontes do direito ocupam na formação de qualquer sistema ou ordenamento jurídico. A definição de quais são as fontes do direito em determinado sistema jurídico, de qual é a hierarquia entre tais fontes, de quais são as entidades competentes para produzir direito novo e abrogar o direito velho: tudo isto está intimamente ligado aos elementos fundantes da ordem jurídica e à própria estruturação e constituição do sistema jurídico. Se concepção de direito, papel do direito e fontes do direito são elementos determinantes de um sistema jurídico, é coerente (e conveniente) utilizar justamente as fontes como ponto de apoio para esmiuçar então a concepção de direito e o papel do direito naquele determinado sistema.

Isto porque a questão das fontes do direito também está intimamente ligada à questão da validade do direito e da obrigatoriedade do direito. O escalonamento

38 LOSANO, Mario G. *I Grandi Sistemi Giuridici*: introduzioni ai diritti europei ed extraeuropei. 2 ed. Torino: Einaudi, 1988.

de validades kelseniano (a “pirâmide de Kelsen”³⁹), por exemplo, é um dos primeiros conceitos a que juristas em formação são apresentados, e que está diretamente relacionado à questão das fontes do direito. Similarmente, ao se debruçar sobre a transição histórica entre direito medieval e direito moderno, novos juristas se deparam com um momento histórico em que o pluralismo jurídico e a ausência de monopólios territoriais sobre a violência legítima eram o comum, o ordinário⁴⁰. A monopolização da produção do direito pelo Estado e o primado da lei enquanto fonte do direito, com ênfase na positivação de normas, são fenômenos que demonstram também o forte vínculo entre a questão das fontes do direito e a questão da obrigatoriedade do direito.

Analisar-se-á, logo, as diferentes posições existentes quanto ao fundamento de obrigatoriedade dos direitos internos, nacionais. Serão analisadas então as diferentes posições existentes quanto ao fundamento de obrigatoriedade do direito internacional público (uma questão muito mais controvertida). As fontes em espécie do direito interno (lei, costume, jurisprudência) e as fontes em espécie do direito internacional público (tratados, costume, princípios gerais, etc.) serão analisadas. Posteriormente, serão analisadas as diferentes posições quanto ao fundamento de validade do direito interno. Prosseguir-se-á à análise das diferentes posições quanto ao fundamento de validade do direito internacional público.

Em suma, os sistemas jurídicos nacionais, de direito interno, e o sistema jurídico internacional possuem características diversas. Suas fontes, em especial, operam de maneira bastante distinta. Pode-se empregar, portanto, a metodologia de direito comparado para analisar, contrastivamente, as fontes de direito interno e as fontes de direito internacional público. Propõe-se que o direito internacional público pode ser descrito como uma tradição jurídica distinta das diversas tradições de direito interno e, através dessa descrição, pode ser comparado com os diversos sistemas jurídicos nacionais, em especial quanto às suas fontes.

39 Ressalte-se que o próprio Kelsen não criou a figura de uma “pirâmide” de validades. A imagem foi elaborada por um de seus estudantes, Adolf Julius Merkl. Nesse sentido, veja-se: SIMIONI, Rafael Lazzarotto; DE SOUZA, Fafina Vilela. O mito da pirâmide de Hans Kelsen. **Consultor Jurídico (Conjur)**, [sem local de publicação], 02 out. 2021. Seção Opinião, recurso online. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-out-02/simioni-souza-mito-piramide-hans-kelsen>>. Acesso em: 26 mar. 2022. Adicionalmente, para texto mais extenso sobre a contribuição de Merkl para a obra de Kelsen, veja-se: OLECHOWSKI, Thomas. Legal Hierarchies in the Works of Hans Kelsen and Adolf Julius Merkl, in: MÜBIG, Ulrike (ed.). **Reconsidering Constitutional Formation II: Decisive Constitutional Normativity: From Old Liberties to New Precedence**. [Sem edição]. Cham (Suíça): Springer, 2018, p. 353–362.

40 GROSSI, Paolo. **Primeira lição sobre direito**. [Sem edição]. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

3 METODOLOGIA DE DIREITO COMPARADO: CONTRASTE ENTRE TIPOS IDEAIS

A metodologia comparatista a ser empregada tem suas próprias nuances, que merecem explicação dedicada. O direito comparado pressupõe que se reconheça a existência de uma pluralidade de modelos jurídicos. Mas não é simplesmente o reconhecimento da pluralidade a finalidade do direito comparado. Rodolfo Sacco afirma que se a comparação “concentra a sua atenção sobre esses múltiplos modelos, o faz para estabelecer em que medida os modelos são idênticos, e em que medida são diferentes”⁴¹. A bem da verdade, a comparação não é simplesmente afirmar que duas coisas são semelhantes ou são diferentes — formular um enunciado nesses termos é fazer uma afirmação essencialmente vazia. São semelhantes com relação a quê? Diferentes com relação a quê? O que se quer dizer realmente é que ao menos duas entidades compartilham (ou não compartilham) uma mesma qualidade, comportam-se (ou não se comportam) de uma mesma maneira. Neste sentido, a comparação tem uma estrutura triádica, triangular. Para Nils Jansen, “proposições verdadeiramente comparativas, em sua forma mais simples, delimitam uma relação triádica entre dois objetos e uma determinada qualidade, o *tertium comparationis*”⁴².

Todavia, analisar a presença ou ausência em dois objetos de uma única qualidade ou comportamento já pode ser bastante difícil, isto é, afirmar que A e B compartilham a qualidade T, ou diferem pela ausência de T em A e presença de T em B, por exemplo. E quando se quer realizar uma operação complexa, isto é, a análise de múltiplas semelhanças e dessemelhanças simultaneamente? Fornecendo conceitos básicos relativos à realização de comparações, eis o que diz novamente Nils Jansen:

Comparação é o processo de construir relações de similaridade e dessemelhança. Enquanto a comparação *classificatória* reflete e *categoricamente* aplica um *tertium comparationis*, a comparação *qualificatória* relaciona-se a um *tertium comparationis* ‘T’ compartilhado.

41 SACCO, Rodolfo. **Introdução ao direito comparado**. [Sem edição]. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 24.

42 Tradução livre de: “properly comparative propositions in their simplest form draw a triadic relation between two objects and a certain quality, the *tertium comparationis*”. JANSEN, Nils. Comparative Law and Comparative Knowledge, in: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard (orgs.). **The Oxford Handbook of Comparative Law**. [Sem edição]. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 305–338, p. 310.

Aqui, a avaliação da semelhança baseia-se no grau de ‘T’ dos objetos comparados. *Comparações complexas* são avaliações de semelhança familiar baseadas em um apanhado de comparações classificatórias e qualificatórias.⁴³

E continua ainda, fornecendo uma maneira de tornar possíveis de realização as comparações complexas. Como tornar compreensível uma comparação de múltiplas, distintas qualidades e comportamentos simultaneamente? Para Jansen:

Comparações complexas podem ser racionalizadas pela formulação de *tertia comparationis* na forma de tipologias de tipos ideais. Tais tipologias estruturam a descrição de similaridades e dessemelhanças e, portanto, permitem que tanto peculiaridades individuais quanto generalidades comuns sejam levadas em conta enquanto graus de desvio ou correspondência para com um padrão comum.⁴⁴

O conceito de “tipo ideal” famosamente foi empregado por Max Weber em sua teoria sociológica, e merece maior aprofundamento. Reconhecidamente, já desde sua concepção por Weber o tipo ideal “possui um propósito comparativo. [...] Enquanto ‘resumos’ históricos de graus variados de especificidade, tipos ideais são comparados com fatias da realidade histórica”⁴⁵. Para Raymond Aron, o “tipo ideal” poderia mesmo ser tido como o centro de toda a teorização epistemológica de Weber⁴⁶. Na explicação que Aron faz dessa ferramenta epistemológica weberiana, há uma distinção entre, por um lado, uma certa tendência ideal-típica de todo e

43 Tradução livre de: “Comparison is the process of constructing relations of similarity and dissimilarity. Whereas *classifying* comparison reflects and *categorically* applies a *tertium comparationis*, *qualifying* comparison relates to a shared *tertium comparationis* T; here judgments of similarity are based on the compared objects’ degree of T. *Complex comparisons* are judgments of family-similarity based on a bundle of classifying and qualifying comparisons”. JANSEN, Nils. Comparative Law and Comparative Knowledge, in: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard (orgs.). **The Oxford Handbook of Comparative Law**. [Sem edição]. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 305–338, p. 336.

44 Tradução livre de: “Complex comparisons may be rationalized by formulating *tertia comparationis* in the form of ideal-type typologies. Such typologies structure the description of similarities and dissimilarities and thus allow both individuals peculiarities and general commonalities to be accounted for as degrees of deviation from or correspondence with a common standard”. JANSEN, Nils. Comparative Law and Comparative Knowledge, in: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard (orgs.). **The Oxford Handbook of Comparative Law**. [Sem edição]. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 305–338, p. 336–337.

45 Tradução livre de: “The ideal type too has a comparative purpose. [...] As historical ‘summaries’ of varying degrees of specificity, ideal types are compared with slices of historical reality”. ROTH, Guenther. Introduction, in: WEBER, Max. **Economy and Society: an outline of interpretive sociology**. [Sem edição]. Berkeley, Los Angeles, London: University of California Press, 1978, p. XXXIII–CX, p. XXXVIII.

46 ARON, Raymond. **Les étapes de la pensée sociologique**. [Sem edição] [Reimpressão de 2014]. Domont: Gallimard, 1967.

qualquer conceito das ciências da cultura, e, por outro lado, as espécies definidas de tipos ideais apresentadas pelo próprio Weber.

Na leitura de Aron, os conceitos centrais das ciências culturais sempre comportam “um elemento de estilização ou de racionalização”, isto é, “tornam o objeto social ou histórico mais inteligível do que ele era na experiência tida por aqueles o viveram”⁴⁷. Em uma perspectiva relativamente poética, qualquer sociologia (ou teoria social) seria “uma reconstrução tendente à inteligibilidade de existências humanas que são confusas e obscuras como todas as existências humanas”⁴⁸. Como exposto acima, é este um dos objetivos deste trabalho: dar maior inteligibilidade a um dos elementos da existência humana contemporânea, isto é, ao direito internacional público, através da comparação com um outro fenômeno mais bem compreendido, justificando o emprego de tipos ideais. Ainda neste sentido, conforme o próprio Weber,

os conceitos teóricos da sociologia são tipos ideais não apenas do ponto de vista objetivo, mas também em sua aplicação a processos subjetivos. Na grande maioria dos casos, as ações reais acontecem em um estado de semi-consciência inarticulada, ou mesmo de inconsciência quanto a seu significado subjetivo.⁴⁹

Conceitos sócio-históricos buscam sempre justamente aquilo que é típico, aquilo que é essencial, sem tentar reter todas as características de cada elemento individual de um conjunto, ou tentar apresentar as características médias de todos os elementos do conjunto. Por outro lado, há os tipos ideais weberianos “em espécie”, conforme classificados ainda por Raymond Aron. Haveria três espécies de tipo ideal:

— o tipo ideal de condutas de caráter especial;

47 Tradução livre de: « un élément de stylisation ou de rationalisation. [...] rendre la matière sociale ou historique plus intelligible qu'elle ne l'a été dans l'expérience qu'en ont prise ceux qui l'ont vécue ». ARON, Raymond. **Les étapes de la pensée sociologique**. [Sem edição] [Reimpressão de 2014]. Domont: Gallimard, 1967, p. 520.

48 Tradução livre de: « une reconstruction tendant à l'intelligibilité d'existences humaines qui sont confuses et obscures comme toutes les existences humaines ». ARON, Raymond. **Les étapes de la pensée sociologique**. [Sem edição] [Reimpressão de 2014]. Domont: Gallimard, 1967, p. 520.

49 Tradução livre de: “The theoretical concepts of sociology are ideal types not only from the objective point of view, but also in their application to subjective processes. In the great majority of cases actual action goes on in a state of inarticulate half-consciousness or actual unconsciousness of its subjective meaning”. WEBER, Max. **Economy and Society: an outline of interpretive sociology**. [Sem edição]. Berkeley, Los Angeles, London: University of California Press, 1978, p. 21.

- o tipo ideal de objetos históricos individuais;
- o tipo ideal de elementos abstratos da realidade histórica.

Quanto ao tipo ideal de condutas de caráter especial, tem-se que é o mais simples de ser explicado. O exemplo a ser dado é a teoria econômica, com conceitos como “lei de oferta e demanda”: esta é uma “reconstrução racionalizante” de uma conduta de determinado tipo, isto é, da conduta que seria adotada por um sujeito econômico puro.

Com relação ao tipo ideal de objetos históricos individuais, tem-se que são exemplos em Weber “o capitalismo” ou “a cidade no Ocidente”. Conforme expõe Aron, esta espécie de tipo ideal é “a reconstrução inteligível de uma realidade histórica [ao mesmo tempo] global e singular”⁵⁰. Tal reconstrução é global porque — no caso de “capitalismo”, por exemplo — designa um regime econômico inteiro, mas simultaneamente singular porque designa uma manifestação histórica específica de relações sociais (para Weber, o capitalismo só teria sido existido plenamente nas sociedades ocidentais modernas). A elaboração de tipos ideais de objetos históricos individuais exige, portanto, que se faça uma reconstrução parcial: determinadas características (típicas) são selecionadas dentre aquelas disponíveis na integralidade do fenômeno real. Nils Jansen também ressalta que comparações complexas (especialmente empregando conceitos sociais complexos) dependem enormemente do julgamento valorativo do observador, que escolherá “um espectro limitado de critérios ou variáveis que são tidos como relevantes ou importantes”; tais critérios implicam um juízo de valor na comparação sobre “quais propriedades e simples similaridades ou diferenças são mais importantes em um dado contexto”⁵¹.

Quanto ao tipo ideal de elementos abstratos da realidade histórica, tem-se que representam abstrações de aspectos da realidade encontrados reiteradamente ao longo da história, em várias circunstâncias. Aron fornece como exemplo o conceito de “burocracia”, que é “um aspecto das instituições políticas que não cobre um regime inteiro [como o capitalismo] e que se encontra várias vezes, em

50 Tradução livre de: « la reconstruction intelligible d'une réalité historique globale et singulière ». ARON, Raymond. **Les étapes de la pensée sociologique**. [Sem edição] [Reimpressão de 2014]. Domont: Gallimard, 1967, p. 521.

51 Tradução livre de: “complex comparisons and the comparative use of complex social concepts must be even more a question of judgment than simple comparisons. [...] on the selection of a limited range of criteria or variables that are regarded as relevant or important [...] comparison includes evaluations as to which properties and simples similarities or differences are more important in the given context”. JANSEN, Nils. Comparative Law and Comparative Knowledge, in: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard (orgs.). **The Oxford Handbook of Comparative Law**. [Sem edição]. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 305–338, p. 317.

momentos distintos da história”⁵². O grau de abstração desta segunda categoria de tipos ideais pode variar: há conceitos como “burocracia” e “feudalismo”, menos abstratos, e há conceitos como “dominação carismática”, “dominação tradicional” e “dominação racional” (tipicamente weberianos), os quais são mais abstratos.

É a combinação destes tipos ideais de elementos abstratos da realidade histórica que permite a construção dos tipos ideais de objetos históricos individuais, em verdade: não se pode fornecer um conceito (tendente à idealidade-tipicidade) de “democracia liberal”, por sua vez, sem se fazer uso de outros conceitos como “Estado”, “direito”, “Estado de direito”. Similarmente, não se pode elaborar um tipo ideal de determinado sistema jurídico (enquanto objeto histórico individual) sem o emprego de elementos abstratos como “norma”, “sanção”, “direito positivo”, ou ainda mesmo “lei”, “jurisprudência”, “costume” — e “fonte do direito”. Se o tipo ideal é uma ferramenta essencialmente comparativa, é coerente que seja empregada justamente no direito comparado. Veja-se por exemplo o que dizem René David et al.:

Os variados direitos contêm, cada um deles, conceitos dos quais se servem para exprimir suas regras, categorias no interior das quais eles as ordenam; a própria regra de direito é concebida por eles de uma determinada forma. Nesta tripla perspectiva, existem diferenças entre os direitos, e o estudo de um direito dado pressupõe que tomemos consciência da diversidade de estruturas que podem existir entre este direito e o nosso.⁵³

O direito é dependente de conceitos para operar, mas nem todos os conceitos jurídicos talvez assumam plenamente este caráter “tendente à idealidade-tipicidade” de maior abstração, seguindo a interpretação dada por Aron à metodologia weberiana. Noções jurídicas mais práticas, técnicas, específicas, concentram em si uma conduta social determinada com relação ao ordenamento jurídico vigente — como a definição de “embargos de declaração”, ou de “ação ordinária”, ou de “dano moral” —, e dependem de uma perspectiva dogmática para sua compreensão. Como o próprio Weber ressalta,

52 Tradução livre de: « un aspect des institutions politiques qui ne couvre pas un régime tout entier et qui se retrouve maintes fois, à des moments différents de l'histoire ». ARON, Raymond. **Les étapes de la pensée sociologique**. [Sem edição] [Reimpressão de 2014]. Domont: Gallimard, 1967, p. 521.

53 Tradução livre de: « Les droits variés comportent, chacun d'eux, des concepts à l'aide desquels ils expriment leurs règles, des catégories à l'intérieur desquelles ils les ordonnent ; la règle de droit même est conçue par eux d'une certaine façon. À ce triple égard, il existe entre les droits des différences, et l'étude d'un droit donné suppose que l'on prenne conscience de la diversité des structures qui peuvent exister entre ce droit et le nôtre ». DAVID, René; JAUFFRET-SPINOSI, Camille; GORÉ, Marie. **Les grands systèmes de droit contemporains**. 12 ed. Paris: Dalloz, 2016, p. 12.

A “ordem jurídica” ideal da teoria do direito não é diretamente relacionada com o mundo da conduta econômica real [...]. Uma existe no âmbito do “deve ser”, a outra lida com o mundo do “é”. Se é dito, de qualquer forma, que a ordem econômica e a ordem jurídica estão intimamente relacionadas, esta última é entendida em sentido não jurídico, mas sociológico, isto é, como sendo *empiricamente* válida.⁵⁴

O direito comparado (e também a teoria do direito, em verdade) ocupa uma posição peculiar entre a sociologia, a antropologia e a dogmática jurídica: serve-se de conceitos jurídicos para explicar certas realidades sociais. Analisar tradições (ou famílias) jurídicas é analisar noções, atitudes e comportamentos jurídicos historicamente consistentes, reiterados no tempo. Para René David et al., a noção de família jurídica serve de recurso para “avaliar semelhanças e diferenças que existem entre os diferentes direitos”⁵⁵. Assim, ao se descrever o direito interno e o direito internacional público como tradições jurídicas, o que se fará de fato é elaborar tipos ideais destes direitos, em especial quanto ao funcionamento de suas fontes. Posto em termos da classificação que Raymond Aron faz da metodologia weberiana, busca-se formular o tipo ideal de objeto histórico individual de direito internacional público, e compará-lo com o tipo ideal equivalente de direito interno, em especial com relação ao tipo ideal de elemento histórico abstrato que é a “fonte do direito”.

As obras de direito comparado tendem, em geral, a denominar os tipos ideais de sistema jurídico que constroem de “família jurídica” ou “tradição jurídica”. Ao iniciar a obra *The Civil Law Tradition: an Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America*, John Henry Merryman e Rogelio Pérez-Perdomo afirmam o seguinte:

Uma tradição jurídica, como o termo implica, não é um conjunto de regras de direito sobre contratos, empresas, e crimes, embora tais regras quase sempre serão de alguma forma um reflexo de tal tradição. Ela é, de fato, um conjunto de atitudes profundamente enraizadas, historicamente condicionadas sobre a natureza do direito, sobre o papel do direito na sociedade e na comunidade política, sobre a organização e a operação

54 Tradução livre de: “The ideal “legal order” of legal theory has nothing directly to do with the world of real economic conduct, since both exist on different levels, One exists in the realm of the “ought,” while the other deals with the world of the “is,” If it is nevertheless said that the economic and the legal order are intimately related’ to one another, the latter is understood, not in the legal, but in the sociological sense, i.e., as being empirically valid.” WEBER, Max. **Economy and Society**: an outline of interpretive sociology. [Sem edição]. Berkeley, Los Angeles, London: University of California Press, 1978, p. 312.

55 Tradução livre de: « on y recourt [à la notion de famille de droits] pour mettre en valeur les ressemblances et les différences qui existent entre les différents droits ». DAVID, René; JAUFFRET-SPINOSI, Camille; GORÉ, Marie. **Les grands systèmes de droit contemporains**. 12 ed. Paris: Dalloz, 2016, p. 16.

devidas do sistema jurídico, e sobre a forma em que o direito deveria ser criado, explicado, estudado, aperfeiçoado, e ensinado.⁵⁶

Assim, a comparação entre tradições jurídicas não ocorre propriamente no nível de regras de direito específicas, do direito positivo “miúdo”, mas sim ao nível de conceitos fundamentais sobre a ordem jurídica, ao nível de atitudes e pensamentos historicamente reiterados, com grande lastro social. É isto que permite fazer a operação que se pretende neste trabalho, isto é, de realizar uma comparação a nível mais abstrato e teórico entre direitos internos e direito internacional público. São conceitos como “soberania”, “fundamento de obrigatoriedade do direito”, “fundamento de validade do direito”, “fonte do direito” que dizem respeito à natureza do direito, ao papel do direito na sociedade e na comunidade política, especialmente quando se trata de uma ordem jurídica de alta abstração como o direito internacional público, que se estabelece entre entidades já abstratas, como os Estados.

Assim, o direito comparado que faz referência a “tradições jurídicas” é uma metodologia comparatista que emprega essencialmente tipos ideais de elementos históricos abstratos para então descrever tipos ideais de objetos históricos individuais (isto é, sistemas jurídicos). Cabe fazer a ressalva de que há posições teóricas que fazem distinções fortes entre a noção de “família jurídica” e “tradição jurídica”. Para H. Patrick Glenn, a utilização de “famílias jurídicas” seria na verdade parte de um projeto taxonômico em direito comparado, isto é, de um projeto puramente classificatório dos múltiplos ordenamentos jurídicos nacionais existentes, sob influência dos grandes avanços taxonômicos que ocorreram nas ciências naturais, em especial na biologia⁵⁷.

Se o recurso à noção de famílias jurídicas seria essencialmente taxonômico, classificatório, a noção de “tradição jurídica” seria, por sua vez, um conceito métrico gradual, de graus de variação. Na perspectiva de Glenn, o

56 Tradução livre de: “A legal tradition, as the term implies, is not a set of rules of law about contracts, corporations, an crimes, although such rules will almost always be in some sense a reflection of that tradition. Rather, it is a set of deeply rooted, historically conditioned attitudes about the nature of law, about the role of law in the society and the polity, about the proper organization and operation of a legal system, and about the way law is or should be made, applied studied, perfected, and taught.” MERRYMAN, John Henry; PEREZ-PERDOMO, Rogelio. **The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America**. 4 ed. Stanford, CA: Stanford University Press, 2018, p. 2

57 GLENN, Patrick H. Comparative legal families and comparative legal traditions, in: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard (orgs.). **The Oxford Handbook of Comparative Law**. [Sem edição]. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 421–440.

conceito de tradição jurídica sugere, logo, que se busque a gradação de quanto distintas tradições foram influentes na composição de distintos direitos nacionais, e [o conceito de tradição] seria antitético a categorizações exclusivistas com base em um escopo limitado de critérios.⁵⁸

Todavia, é possível afirmar que esta oposição entre “família jurídica” e “tradição jurídica” é simplesmente um debate terminológico. Indo ao mérito conceitual da questão, nada impede também que, após o reconhecimento do grau de influência de determinada tradição jurídica sobre um ordenamento jurídico nacional, que seja feita uma posterior classificação de ordenamentos nacionais justamente tomando como critério a proximidade (ou a distância) com relação a determinadas tradições jurídicas. Assim, haveria a tradição jurídica do *civil law* (o tipo ideal de um ordenamento jurídico de *civil law*) e também a família jurídica de *civil law* (categoria classificatória contendo os ordenamentos jurídicos nacionais da França, da Alemanha, da Itália, do Brasil, da Argentina, etc.⁵⁹).

Superada esta questão metodológica e terminológica, logo, pode-se reafirmar o intuito presente de descrever o direito internacional público como uma tradição jurídica distinta das diversas tradições jurídicas nacionais. Cada trecho de análise, porém, iniciará com a descrição do elemento correlato na perspectiva dos direitos internos. Como exposto acima, os fenômenos de direito interno são muito mais familiares, muito mais próximos para os juristas no geral do que os fenômenos de direito internacional público. Assim, a análise do fundamento de obrigatoriedade do direito inicia na análise do fundamento de obrigatoriedade dos direitos nacionais — tradicionalmente, o monopólio da violência legítima e o monopólio da criação do direito, características marcantes da soberania dos Estados na ordem interna.

Posteriormente se passa à análise do fundamento de obrigatoriedade do direito internacional, uma questão controversa entre perspectivas voluntaristas — que põem a vontade do Estado como base da obrigatoriedade — e perspectivas naturalistas — que dão a obrigatoriedade do direito internacional como assentada

58 Tradução livre de: “The concept of legal tradition thus suggests that one look for the *degrees* to which different traditions have been influential in the make-up of different national laws, and would be antithetical to exclusivist categorizations according to a limited range of criteria”. GLENN, Patrick H. Comparative legal families and comparative legal traditions, in: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard (orgs.). **The Oxford Handbook of Comparative Law**. [Sem edição]. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 421–440, p. 425.

59 Nesse sentido, veja-se: MERRYMAN, John Henry; PEREZ-PERDOMO, Rogelio. **The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America**. 4 ed. Stanford, CA: Stanford University Press, 2018, p. 1; e também LOSANO, Mario G. **I Grandi Sistemi Giuridici: introduzioni ai diritti europei ed extraeuropei**. 2 ed. Torino: Einaudi, 1988, p. 326–329.

sobre fatores objetivos, além da vontade dos Estados. Com uma maior compreensão de porque cada modelo de direito é tido como obrigatório, passa-se à análise das fontes do direito em cada modelo. Quanto ao direito interno, analisar-se-á justamente as fontes típicas: a lei, o costume e a jurisprudência, e qual hierarquia estabelecem entre si. Quanto ao direito internacional, serão analisados essencialmente o tratado, o costume, os princípios gerais de direito, e as decisões judiciais. Será esmiuçada também a questão da hierarquia das fontes de direito internacional público, com atenção para as normas de *jus cogens*.

Compreendendo o funcionamento das fontes típicas de cada modelo de direito, ou seja, com ciência de como se dá o nascimento de novas normas em cada sistema jurídico, passa-se à análise do fundamento de validade dessas normas. No direito interno, serão analisadas especialmente as perspectivas de Kelsen e Hart, e suas respostas para a questão da validade das normas jurídicas. Para o direito internacional público, novamente se fará referência a Kelsen — e às perspectivas monistas e dualistas quanto à relação entre direito internacional e direito nacional — e, por fim, será analisada a perspectiva institucionalista e pós-soberanista de Neil MacCormick, como uma possível superação dos embates entre voluntarismo, naturalismo, monismo e dualismo quanto à natureza do direito internacional público.

Conclui-se com uma síntese descritiva do direito internacional público enquanto tradição jurídica própria, isto é, com seus próprios elementos determinantes: em especial concepção de direito, papel do direito, concepção de Estado, papel do Estado, fontes do direito e sua hierarquia. Defende-se também a posição institucionalista e pós-soberanista de Neil MacCormick. Busca-se, assim, atender aos objetivos gerais do presente trabalho: análise, descrição e sistematização das teorias das fontes do direito no plano interno, nacional, e no plano internacional. Busca-se também atender ao objetivo específico: comparar as fontes do direito internacional público com as fontes do direito interno, através da descrição destes dois âmbitos jurídicos como tradições jurídicas distintas entre si.

4 FONTES DE DIREITO INTERNO E DE DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO EM PERSPECTIVA COMPARADA

4.1 FUNDAMENTO DE OBRIGATORIEDADE DO DIREITO INTERNO

4.1.1 Soberania e o monopólio da violência legítima

Nem sempre houve uma entidade que monopolizasse a produção normativa sobre um determinado território, reclamando para si também o monopólio da violência legítima. A experiência jurídica europeia no período medieval, por exemplo, foi distinta e fortemente marcada pelo pluralismo jurídico. Menciona-se isto para desnaturalizar a ideia de que todo direito provém de um único ente com autoridade. Paolo Grossi ressalta que o direito assume hoje, tanto para não-juristas quanto possivelmente para juristas, “uma dimensão tipicamente ‘autoritária’, ou seja, mostrando-se como um instrumento da autoridade do Estado que se revela nas manifestações normais da lei, do ato administrativo, da sentença judicial”⁶⁰. Assim, a visão contemporânea mais comum sobre o direito o vincula apenas ao Estado como se isto fosse algo necessário, um fato da natureza. Todavia, esta apropriação do fenômeno jurídico exclusivamente pelo Estado é uma ocorrência que, em sua última manifestação, remonta apenas à era moderna.

Paolo Grossi relata que o regime político medieval possuía uma postura diversa com relação ao direito, pois era “desprovido de anseios e de vocações totalizantes, [e] parece-nos [...] inclinado a uma relativa indiferença pelo jurídico”⁶¹. Isto porque esse mesmo regime político medieval dispunha de um poder político marcado pela incompletude, ou seja, pela “carência de toda vocação totalizante do poder político, sua incapacidade de se apresentar como fato global e assimilador de todas as manifestações sociais”⁶². Outros ordenamentos jurídico-políticos, em outros tempos, conheceram e conhecem, contudo, uma marcada presença do Estado:

O Estado sempre considerou a relevância do direito, do direito como um todo, para a realização de seus objetivos “totalitários”, e sempre o incluiu

60 GROSSI, Paolo. **A ordem jurídica medieval**. [Sem edição]. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014, p. 22.

61 GROSSI, Paolo. **A ordem jurídica medieval**. [Sem edição]. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014, p. 61.

62 GROSSI, Paolo. **A ordem jurídica medieval**. [Sem edição]. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014, p. 50.

em seus programas: embora com manifestações sensivelmente diferentes, encontramos uma mesma postura básica seja no Estado romano [...], seja no Estado liberal moderno, onde o problema da produção jurídica é subtraído a diferentes órgãos, reservado ao próprio Estado e reduzido — em sua quase totalidade — ao único canal obrigatório da lei, expressão da vontade exclusiva do macrocosmo Estado.⁶³

A transição entre ordem jurídica medieval e ordem jurídica moderna (marcadamente estatal, legalista) dá-se com o advento do Estado moderno e a afirmação de poderes soberanos. Paolo Grossi assinala que, na França entre séculos XII e XIV, estabelecia-se gradativamente a soberania do rei: São Luís já falava em « plenité de la royal puissance », Felipe o Belo tinha reconhecida sua supremacia absoluta no plano temporal sobre feudatários laicos ou eclesiásticos. Constata-se “o emergir e a consolidação de um poder autenticamente soberano, primado das individualizações estatais da Europa moderna”⁶⁴. Junto com as origens do Estado moderno ocorre também a origem do direito moderno, marcado pela soberania estatal. Modesto Florenzano afirma que a posição majoritária contemporânea marca o momento de surgimento do Estado moderno em meados do século XVI, com alguma opinião minoritária antecipando o evento para o século XV e “atribuindo aos Estados italianos do *quattrocento* o mérito da primazia”⁶⁵. Enfatizando múltiplos momentos de afirmação de entidades proto-estatais ou quase-estatais rumo à modernidade, num enunciado um pouco jocoso, Florenzano diz que:

Do Estado moderno, ‘da geração’, nas palavras de Hobbes, ‘daquele grande Leviatã, ou antes daquele Deus Mortal, ao qual devemos, abaixo do Deus Imortal, nossa paz e defesa’, ousaria dizer, concluindo, que os italianos o criaram, os franceses e ingleses o desenvolveram e aos alemães restou o consolo de o interpretarem.⁶⁶

Norberto Bobbio condensa bem o fenômeno ao dizer que:

63 GROSSI, Paolo. **A ordem jurídica medieval**. [Sem edição]. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014, p. 61.

64 Tradução livre de: “l’emergere e il consolidarsi di un potere autenticamente sovrano, primizia delle individualizzazioni statuali dell’Europa moderna”. GROSSI, Paolo. **L’Europa del Diritto**. 1 ed., “Biblioteca Universale Laterza”. Roma-Bari: Gius. Laterza & Figli Spa, 2016, p. 75.

65 FLORENZANO, Modesto. Sobre as origens e o desenvolvimento do Estado moderno no Ocidente. **Lua Nova**, São Paulo, [sem volume], n. 71, 2007, p. 11–39, p. 16.

66 FLORENZANO, Modesto. Sobre as origens e o desenvolvimento do Estado moderno no Ocidente. **Lua Nova**, São Paulo, [sem volume], n. 71, 2007, p. 11–39, p. 37.

A partir do momento em que nasce o Estado moderno como Estado centralizador, unitário, unificante, que tende à monopolização simultânea da produção jurídica (através da subordinação de todas as fontes de produção do Direito até aquela que é própria do poder estatal organizado, isto é, a lei) e do aparelho de coação (através da transformação dos juizes em funcionários da coroa e da formação de exércitos nacionais), pode-se dizer que não existe outro Direito além do estatal e não existe outro Estado além do jurídico.⁶⁷

Assim, o caráter específico do direito (em distinção com relação a outros tipos possíveis de normas) seria o “fato de que o Direito recorre, em última instância, à força física para obter o respeito das normas”⁶⁸. Esta possibilidade de o direito estatal recorrer à força física é elemento decorrente da soberania do Estado, com a qual está fortemente atrelado. Retorna-se à Paz de Vestfália, referenciada na introdução, a qual será mencionada como esse momento quase mitológico em que também o sistema moderno de relações internacionais entre Estados soberanos nasceu. Nesse sentido, a Paz de Vestfália teve o seguinte significado histórico:

[F]requentemente se assume que o processo de formação de Estados no continente [europeu] chegou a um ponto final provisório em 1648, quando várias guerras foram finalizadas com os tratados de paz de Vestfália. Nesta série de tratados, a Europa foi dividida em Estados-Nação individuais (cada um correspondendo a uma nação), com relação aos quais se assumiu que eram soberanos, significando que cada Estado teria poder exclusivo sobre seu próprio território. Uma das consequências desse desenvolvimento foi de que o direito se tornaria essencialmente direito nacional [...]. Ao lado deste direito nacional, havia o direito que lidava com as relações mútuas entre os Estados-nação. Este direito é chamado de *Direito Internacional Público*.⁶⁹

O direito se tornar essencialmente direito nacional fez com que a soberania estatal se tornasse, então, o lastro das normas jurídicas. H. L. A. Hart também afirma que “o sistema jurídico de um Estado moderno é caracterizado por um certo

67 BOBBIO, Norberto. Direito, in: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 12 ed. Brasília, DF: Editora da Universidade de Brasília, 1999, p. 349.

68 BOBBIO, Norberto. Direito, in: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 12 ed. Brasília, DF: Editora da Universidade de Brasília, 1999, p. 349.

69 Tradução livre de: “[I]t is often assumed that the process of State formation on the continent reached a provisional end point in 1648, when a number of wars were ended with the peace treaties of Westphalia. In this series of treaties, Europe was divided into individual Nation-States (each corresponding to a nation), which were assumed to be sovereign, meaning that each State would have exclusive power over its own territory. One of the consequences of this development was that law was to become primarily national law [...]. Alongside this national law, there was law that dealt with mutual relations between the national States. This law is called *International Public Law*”. HAGE, Jaap. Sources of Law, in: HAGE, Jaap; WALTERMANN, Antonia; AKKERMANS, Bram (eds.). **Introduction to Law**. 2 ed. Versão e-book. Cham (Suíça): Springer, 2017, p. 14, itálico no original.

tipo de *supremacia* dentro de seu território e *independência* de outros sistemas”⁷⁰. António Manuel Hespanha, em obra sobre pluralismo jurídico, fala sobre o “direito estadualista” dos séculos XIX e XX, cujos conceitos centrais estariam ameaçados e tendentes ao desaparecimento. Neste direito “estadualista” (que é a concepção tradicional de direito no Estado moderno, ora analisada) “[o] direito era o conjunto de normas emitidas pelo Estado. [...] Embora, eventualmente, o Estado pudesse admitir normas jurídicas com outra origem [...], para que estas fossem normas jurídicas, garantidas pela força do Estado”⁷¹, seria necessário um reconhecimento explícito de sua juridicidade. Assim, o Estado seria sempre a última instância de imposição de normas.

Ao sintetizar um conceito preliminar de direito, que depois destrincha em maiores detalhes, Hart fornecia a seguinte definição — fazendo referência explícita à soberania⁷²:

Deve haver, onde quer que haja um sistema jurídico, algumas pessoas ou um grupo de pessoas emitindo ordens gerais sustentadas por ameaças que são geralmente obedecidas, e deve haver uma crença generalizada de que tais ameaças serão implementadas em caso de desobediência. Esta pessoa ou grupo deve ser internamente supremo e externamente independente. Se, seguindo Austin, chamarmos tal grupo ou pessoa supremo e independente de soberano, as leis de qualquer país serão as ordens gerais sustentadas por ameaças que são emitidas ou pelo soberano ou por subordinados em obediência ao soberano.⁷³

Em suma, o Estado moderno dentro do sistema vestfaliano de relações internacionais reclama para si, com sucesso, o monopólio da violência física legítima dentro de seu próprio território, tornando-se soberano, ilimitado. É esta violência

70 Tradução livre de: “The legal system of a modern state is characterized by a certain kind of *supremacy* within its territory and *independence* of other systems”. HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 3 ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 24.

71 HESPANHA, António Manuel. **Pluralismo jurídico e direito democrático**: prospetivas do direito no século XXI. [Sem edição]. Versão Kindle. Lisboa: Almedina, 2019, aprox. loc. 297.

72 Cabe ressaltar que Hart, ao progredir em sua exposição em *The Concept of Law*, rejeita a ameaça de violência como um elemento indispensável do direito, e rejeita também a ideia de um soberano legislativamente ilimitado como central para a existência de uma ordem jurídica avançada. Nesse sentido: HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 3 ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 80.

73 Tradução livre de: “there must, wherever there is a legal system, be some persons or body of persons issuing general orders backed by threats which are generally obeyed, and it must be generally believed that these threats are likely to be implemented in the event of disobedience. This person or body must be internally supreme and externally independent. If, following Austin, we call such a supreme and independent person or body of persons the sovereign, the laws of any country will be the general orders backed by threats which are issued either by the sovereign or subordinates in obedience to the sovereign”. HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 3 ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 25.

física legítima que serve de sustentação ao outro monopólio exercido pelo Estado moderno, o da criação do direito. Assim, em uma perspectiva tradicional, são a soberania estatal e a violência do Estado o fundamento último de obrigatoriedade do direito nas ordens jurídicas nacionais.

4.1.2 A perspectiva institucionalista: comportamentos reiterados e lastro histórico

Todavia, ressaltar que a obrigatoriedade do direito sustenta-se sobre a ameaça da violência pode ser uma descrição errônea do fenômeno jurídico, mesmo internamente aos Estados. Existem explicações para a obediência a normas e para a efetividade dos direitos nacionais que prescindem da ênfase sobre a ameaça de violência como fundamento último do direito. Em livro de introdução ao direito, Paolo Grossi observa que quando alguém quer comprar um imóvel, o faz através da compra e venda⁷⁴. Se quero transferir um bem imóvel para outro alguém mediante pagamento, a perspectiva juridicamente técnica seria falar que o faço através das regras positivas relevantes, tal como dispostas no Código Civil. Para a maioria das pessoas em território brasileiro, porém, não é do art. 481 da Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002 (“Institui o Código Civil”) que nasce a crença na efetividade da celebração da compra e venda para a troca de bens por dinheiro. O direito positivo tal como fixado na legislação codificada apenas refletiria uma normatividade de origens mais profundas, histórica e socialmente enraizada:

Nasce não das regras do código civil, mas da espontânea auto-organização de antiqüíssimas comunidades a *instituição*, o *instituto*, a “compra e venda”; nasce da convicção de eficácia e, portanto, da oportunidade de observar determinados gestos e comportamentos. Isso é constatável limpidamente naqueles laboratórios históricos de extraordinária transparência que são as sociedades [...] que têm mantido um seu arranjo simples e onde o direito se manifesta — como dizemos nós juristas — em costumes, isto é, em fatos coletivamente repetidos, repetidos porque sustentados por uma convicção sempre mais generalizada, e que na constância da repetição encontram a sua eficácia vinculante, ou seja, sua normatividade.⁷⁵

Nesta passagem Grossi tenta ilustrar a ideia de institucionalidade do direito, que para ele é um componente central da experiência jurídica. Grossi ressalta que as instituições têm uma natureza tal que transcendem os simples indivíduos, isto é,

74 GROSSI, Paolo. **Primeira lição sobre direito**. [Sem edição]. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 26–27.

75 GROSSI, Paolo. **Primeira lição sobre direito**. [Sem edição]. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 27, itálicos no original.

são “uma obra supra-individual que a consciência comum, graças à constante repetição de comportamentos individuais, projeta para fora e para acima dos impulsos e vontades singulares”⁷⁶. Desta forma, uma instituição seria uma realidade autônoma no âmbito da sociedade, um “nó de relações organizativas, funções e valores”⁷⁷.

Mesmo no campo da ciência política, em uma virada rumo a um neoinstitucionalismo, buscou-se definir que “instituições são regularidades persistentes da ação humana em situações estruturadas por regras, normas e estratégias compartilhadas, assim como pelo mundo físico”⁷⁸. Tais regras, normas e estratégias compartilhadas seriam o produto da interação entre pessoas em situações frequentes ou repetitivas⁷⁹ (como, por exemplo, a situação de querer trocar dinheiro por um bem, para retomar o exemplo ilustrativo acima). Ainda na esfera da ciência política, Jon Elster afirma que instituições são “*maneiras de fazer coisas* que emergem ou evoluem gradualmente, embora uma vez que tenham adotado forma definida elas podem ser conscientemente adotadas e implementadas por organizações”⁸⁰.

Instituições remetem, portanto, a comportamentos reiterados, usualmente com grande lastro histórico e aceitação social ampla. Segundo John Finnis, o conjunto de significados que se aglomeram em torno da noção de institucionalidade refletem características relevantes do direito, pois instituições são “criadas, originadas, estabelecidas, instituídas” e “estabelecem um padrão, arranjo, ordem, sistema, constituição e/ou organização”⁸¹. Há teorias jurídicas que se embasam

76 GROSSI, Paolo. **Primeira lição sobre direito**. [Sem edição]. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 26.

77 GROSSI, Paolo. **Primeira lição sobre direito**. [Sem edição]. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 26.

78 Tradução livre de: “institutions are enduring regularities of human action in situations structured by rules, norms, and shared strategies, as well by the physical world”. CRAWFORD, Sue E. S.; OSTROM, Elinor. A Grammar of Institutions. **American Political Science Review**, [sem local de publicação], v. 89, n. 3, set. 1995, p. 582–600, p. 582.

79 CRAWFORD, Sue E. S.; OSTROM, Elinor. A Grammar of Institutions. **American Political Science Review**, [sem local de publicação], v. 89, n. 3, set. 1995, p. 582–600.

80 Tradução livre de: “Institutions are *ways of doing things* that emerge or evolve gradually, although once they have taken on a definite shape they can be consciously adopted and implemented by organizations”. ELSTER, Jon. **Explaining social behavior: more nuts and bolts for the social sciences**. [Sem edição]. Cambridge/New York: Cambridge University Press, 2007, p. 427–428.

81 Tradução livre de: “they are *made*, originated, established, instituted; they establish a pattern, arrangement, *order*, system, constitution, and/or organization”. FINNIS, John. Natural Law: the Classical Tradition, in: COLEMAN, Jules; SHAPIRO, Scott J. **The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law**. New York: Oxford University Press, 2004, p. 1–61,

sobre a institucionalidade para explicar a origem do direito e a obrigatoriedade de suas normas. Massimo La Torre relata que as obras mais significantes para a teoria institucionalista do direito são de autoria de Maurice Hauriou e de Santi Romano, mas que contemporaneamente Neil MacCormick e Ota Weinberger renovaram o ímpeto do institucionalismo enquanto teoria do direito⁸².

Ao buscar formular um conceito de direito, Santi Romano enfatiza justamente o caráter social do direito: “O conceito de direito deve, segundo nós, conter os seguintes elementos essenciais: a) Sobretudo deve se reconduzir ao conceito de sociedade”⁸³. Isto porque o direito só surge socialmente, onde houver direito, haverá sociedade (*ubi societas ibi ius, ubi ius ibi societas*). Simultaneamente, para Romano, o conceito de direito deve abarcar a ideia de ordem social, “excluindo qualquer elemento que se remeta ao puro arbítrio ou à força material, isto é, não ordenada”⁸⁴. Romano declara que o conceito de direito que busca não é marcado simplesmente pela existência de normas, porém. Para ele, “o direito, antes de ser norma, antes de dizer respeito a uma simples relação ou série de relações sociais, é organização, estrutura, posição da própria sociedade em que se desenvolve e que ele constitui como unidade, como ente por si existente”⁸⁵. De forma que Santi Romano chega à seguinte conclusão, de maneira a agrupar tais características distintas do que é direito:

Se é assim, o conceito que nos parece necessário e suficiente para exprimir em termos exatos aquele de direito, como ordenamento jurídico considerado integralmente e unitariamente, é o conceito de instituição. Todo ordenamento jurídico é uma instituição, e vice-versa toda instituição é um ordenamento jurídico: a equação entre os dois conceitos é necessária e absoluta.⁸⁶

p. 25.

82 LA TORRE, Massimo. **Law as Institution**. [Sem edição]. Dordrecht, Heidelbergm London, New York: Springer, 2010, p. 98.

83 Tradução livre de: “Il concetto del diritto deve, secondo noi, contenere i seguenti elementi essenziali. a) Anzitutto deve ricondursi al concetto di società”. ROMANO, Santi. **L’Ordinamento Giuridico**. 2 ed. 3 reimpressão. Firenze: Sassoni, 1967, p. 25.

84 Tradução livre de: “escludere ogni elemento che sia da ricondursi al puro arbitrio o alla forza materiale, cioè non ordinata”. ROMANO, Santi. **L’Ordinamento Giuridico**. 2 ed. 3 reimpressão. Firenze: Sassoni, 1967, p. 26.

85 Tradução livre de: “il diritto, prima di essere norma, prima di concernere un semplice rapporto o una serie di rapporti sociali, è organizzazione, struttura, posizione della stessa società in cui si svolge e che esso costituisce come unità, come ente per sé stante”. ROMANO, Santi. **L’Ordinamento Giuridico**. 2 ed. 3 reimpressão. Firenze: Sassoni, 1967, p. 27.

86 Tradução livre de: “Se così è, il concetto che ci sembra necessario e sufficiente per rendere in termini esatti quello di diritto, come ordinamento giuridico considerato complessivamente e

A instituição englobaria, logo, simultaneamente as qualidades de sociabilidade, ordem e integralidade do direito. Maurice Hauriou, por sua vez, talvez nunca tenha apresentado de forma sintética sua concepção de instituição⁸⁷. A formulação aberta de instituição feita por Hauriou é a seguinte:

Uma instituição é uma ideia de trabalho ou empreitada que se realiza e dura juridicamente dentro de um contexto social; para a realização desta ideia, um poder que lhe obtenha órgãos se organiza; por outro lado, entre os membros do grupo social interessado na realização da ideia, se produzem manifestações de comunhão dirigidas pelos órgãos de poder e regidas por procedimentos.⁸⁸

Vê-se que a concepção geral de instituição formulada por Hauriou dá ênfase à sua função social e à sua estruturação autônoma dentro da sociedade, como entidade própria. Ainda assim permanece o elemento da instituição enquanto manifestação social espontânea, enquanto comunhão de atitudes. O elemento da sanção e da violência não aparece como central em nenhuma dessas visões institucionalistas, nem em Santi Romano, nem em Hauriou. Este último inclusive critica Rousseau, para quem haveria um vício de origem nas instituições sociais existentes, pois seriam fundadas a partir da força⁸⁹. Segundo Hauriou, Rousseau teria confundido força e poder, conduzindo à seguinte afirmação: “as instituições são fundadas graças ao poder, mas este deixa espaço para uma forma de consentimento; se a pressão que ele exerce não vai até a violência, o consentimento dado pelo sujeito tem valor jurídico”⁹⁰. Distingue-se poder e força, poder e violência na gênese do direito.

unitariamente, è il concetto di istituzione. Ogni ordinamento giuridico è un'istituzione, e viceversa ogni istituzione è un ordinamento giuridico: l'equazione fra i due concetti è necessaria ed assoluta”. ROMANO, Santi. **L'Ordinamento Giuridico**. 2 ed. 3 reimpressão. Firenze: Sassoni, 1967, p. 27.

87 MILLARD, Éric. Hauriou et la théorie de l'institution. **Droit et société**, [sem local de publicação], n. 30–31, 1995, p. 381–412.

88 Tradução livre de: « Une institution est une idée d'œuvre ou d'entreprise qui se réalise et dure juridiquement dans un milieu social ; pour la réalisation de cette idée, un pouvoir s'organise qui lui procure des organes; d'autre part, entre les membres du groupe social intéressé à la réalisation de l'idée, il se produit des manifestations de communion dirigées par les organes du pouvoir et réglées par des procédures. » HAURIOU, Maurice. in: MILLARD, Éric. Hauriou et la théorie de l'institution. **Droit et société**, [sem local de publicação], n. 30–31, 1995, p. 381–412, p. 392.

89 HAURIOU, Maurice. La théorie de l'institution et de la fondation, in: HAURIOU, Maurice. **Aux Sources du Droit: Le Pouvoir, L'Ordre et la Liberté**. [Sem edição]. Paris: Librairie Bloud & Gay, 1933, p. 89–128, p. 89.

90 Tradução livre de: HAURIOU, Maurice. La théorie de l'institution et de la fondation, in: HAURIOU, Maurice. **Aux Sources du Droit: Le Pouvoir, L'Ordre et la Liberté**. [Sem edição]. Paris: Librairie Bloud & Gay, 1933, p. 89–128, p. 89.

Retorna-se à exposição de Paolo Grossi, que tenta fornecer uma ideia geral de instituição, um exemplo possível. Sempre que uma multidão fosse organizada em fila, o “milagre da gênese do direito”⁹¹ teria acontecido com a observância da organização normativa, existindo a fila como verdadeira instituição. A exposição de Grossi é incompleta, contudo: é necessário empregar ainda as teorias da instituição elaboradas por outros pensadores. Neil MacCormick também utiliza a fila como exemplo para ilustrar a gênese do direito. Cabe dizer que a teoria do direito de MacCormick é justamente uma teoria institucional, que se apoia em distinções basilares: a distinção entre fatos brutos e fatos institucionais; entre usuários de normas e criadores de normas; entre ordens normativas e ordens normativas institucionalizadas⁹². Segundo MacCormick, o direito é justamente uma ordem normativa institucional/institucionalizada⁹³.

Ao utilizar a fila, MacCormick demonstra em verdade um gradiente que abarca ordens normativas informais e ordens normativas institucionalizadas. Há ordem em uma fila — a posição de cada pessoa em uma fila de banco não é aleatória. Há um critério empregado que é perceptível tanto para os participantes da fila quanto para observadores externos, que é o critério cronológico de ordenação. A fila é uma ordem normativa, eis que é determinada por “atores [sociais] guiando o que fazem com referência a uma opinião sobre o que eles próprios e as outras pessoas deveriam fazer”⁹⁴. Nem sempre, contudo, a fila é uma simples convenção social. Eventualmente filas são formadas sob comando de alguma autoridade. Para quem vive no Brasil, possivelmente a imagem mais familiar é a da fila de um cartório. Em tais circunstâncias, para “receber o serviço ofertado, se requer a obediência a normas postas pelo provedor do serviço, e o provedor de serviço

91 GROSSI, Paolo. **Primeira lição sobre direito**. [Sem edição]. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 10.

92 DEL MAR, Maksymilian. Law as Institutional Normative Order: An Introduction, in: DEL MAR, Maksymilian; BANKOWSKI, Zenon (eds.). **Law as institutional normative order**. [Sem edição]. Farnham (UK), Burlington (USA): Ashgate Publishing, 2009, p. 1–16, p. 2.

93 Esta definição está dada logo na primeira página da introdução da obra *Institutions of Law* de MacCormick (MACCORMICK, Neil. **Institutions of Law: an essay in legal theory**. [Sem edição]. New York: Oxford University Press, 2007, p. 1).

94 Tradução livre de: “that actors are guiding what they do by reference to an opinion concerning what they and others ought to do”. MACCORMICK, Neil. **Institutions of Law: an essay in legal theory**. [Sem edição]. New York: Oxford University Press, 2007, p. 16.

imediatamente geralmente age sob alguma autoridade superior dentro da organização relevante”⁹⁵.

Por vezes há quem assuma a tarefa de definir quando e como se formará a fila, talvez mesmo dispondo informações de forma mais óbvia, com placas, ou utilizando senhas numeradas. A existência de filas gerenciadas prova que é possível se fazer a transição de instituições informais para instituições formais. Se o tratamento isonômico e consistente a todos que participam de determinada prática é uma necessidade, as regras referentes a tal prática podem ser dispostas de maneira tácita ou explícita. Um outro aspecto é relevante: a existência de uma fila não é uma questão de “fato bruto”, e sim uma questão de “fato institucional”. Quando alguém observa uma fila, não vê simplesmente pessoas organizadas de forma espacialmente regular. Segundo o próprio MacCormick:

Nosso juízo sobre o estado do mundo não se dá simplesmente em termos de puros fatos e relações físicas, mas em termos de um entendimento de tais fatos e relações como humanamente significativos pois imputáveis a normas compartilhadas de conduta humana.⁹⁶

A fila é um exemplo dentre outros de instituição informal (também o seriam a dança de salão, ou jogos de cartas), mas é possível formalizar uma ordem institucional. Para isto, usa-se regras explícitas e regras de segundo nível. É com esta prática normativa em dois níveis (com regras materiais e regras sobre criar regras) que se origina uma ordem normativa institucionalizada. No contexto do direito positivo interno, estatal, esta ordem normativa é duramente óbvia pois cria deveres essencialmente inexoráveis⁹⁷. É fácil furar uma fila informal, é muito mais difícil furar a fila dos precatórios.

MacCormick estabelece ainda distinções entre os vários significados da palavra “instituição”. Há “agências-instituições”, como Parlamentos, delegacias de polícia, tribunais, que justamente agem de formas variadas, executam tarefas. Há

95 Tradução livre de: “To receive the service on offer, one is required to follow the norms laid down by the service-provider, and the immediate service-provider is usually acting under some superior authority within the relevant organization”. MACCORMICK, Neil. **Institutions of Law: an essay in legal theory**. [Sem edição]. New York: Oxford University Press, 2007, p. 21.

96 Tradução livre de: “Our judgment of the state of the world is not simply in terms of pure physical facts and relationships, but in terms of an understanding of such facts and relationships as humanly meaningful because imputable to shared human norms of conduct”. MACCORMICK, Neil. **Institutions of Law: an essay in legal theory**. [Sem edição]. New York: Oxford University Press, 2007, p. 31.

97 MACCORMICK, Neil. **Institutions of Law: an essay in legal theory**. [Sem edição]. New York: Oxford University Press, 2007, p. 33.

“arranjos-instituições” como contratos, propriedade, casamento, que se originam a partir de arranjos, acordos, os quais por sua vez surgem dos atos de pessoas ou agências. Há também “coisas-instituições” como ações de sociedades anônimas, direitos autorais, patentes⁹⁸. “Agências-instituições”, “arranjos-instituições” e “coisas-instituições”: nem tudo aqui é perfeitamente adequado à noção “historicizada” de instituição, isto é, de velhos comportamentos cuja eficácia se embasa na repetição histórica. O contrato é ao mesmo tempo uma instituição “histórica” e um arranjo-instituição “maccormickiano”; a propriedade privada também o é.

Algumas instituições aparentam ser criadas repentinamente, porém. Pode-se dar como exemplo algo que efetivamente possui “agência” em seu nome: a Agência Nacional de Telecomunicações, a Anatel. É uma agência-instituição, mas a crença em sua efetividade não está embasada em seu lastro histórico, certamente, pois a lei que a criou é apenas de 1997⁹⁹. Para explicar tais situações, é possível inicialmente entender a institucionalidade da Anatel como institucionalidade por empréstimo: a crença em sua efetividade está vinculada à crença também na eficácia do Estado brasileiro, de que faz parte, e este é certamente uma instituição com lastro histórico. Nada obstante, a ressalva de Jon Elster (acima citada) também merece ser reiterada: uma vez que certos padrões de comportamento se cristalizam, se estabelecem firmemente, podem ser adotados em outras organizações sociais mais simplesmente¹⁰⁰.

Sintetizando o ponto, as teorias institucionais enfatizam o caráter de ordenamento social que o direito têm, colocando sua origem na própria necessidade de coordenação do comportamento em sociedade. Weber já enfatizava que a violência não é necessariamente um elemento de ordens normativas:

Tudo que precisamos lembrar é que existem meios não-violentos de coerção que podem ter a mesma ou, sob certas condições, ainda maior efetividade que os meios violentos. Frequentemente, e em áreas razoavelmente grandes mesmo regularmente, a ameaça de tais medidas como a exclusão de uma organização, ou um boicote, ou o prospecto de vantagens ou desvantagens magicamente condicionadas neste mundo, ou

98 MACCORMICK, Neil. **Institutions of Law**: an essay in legal theory. [Sem edição]. New York: Oxford University Press, 2007, p. 35–36.

99 BRASIL. Lei 9.472, de 16 de julho de 1997. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. Diário Oficial da União de 17 jul. 1997, p. 15.081.

100 ELSTER, Jon. **Explaining social behavior**: more nuts and bolts for the social sciences. [Sem edição]. Cambridge/New York: Cambridge University Press, 2007.

de recompensa ou punição no próximo, é sob certas condições culturais mais efetiva em produzir um certo comportamento do que um aparato político cuja função coerciva não é sempre previsível com certeza.¹⁰¹

Nesta perspectiva, o direito surge quase que de forma espontânea, no âmbito do corpo social, sem necessariamente ser imposto por uma autoridade (soberana ou não) que esteja acima do resto do tecido social. Aceita-se mais facilmente a ideia de que há diversos tipos de contrato social e que a sanção e a ameaça de violência não são elementos imprescindíveis para a formação de regularidades de comportamento em sociedade, para a criação de regras.

4.2 FUNDAMENTO DE OBRIGATORIEDADE DO DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO

4.2.1 Teoria voluntarista

A questão do fundamento de obrigatoriedade do direito internacional é sensível, controversa. Accioly et al. afirmam que o “estudo do fundamento do direito internacional busca explicar a sua obrigatoriedade. Trata-se do problema mais complexo da matéria”¹⁰². Estes autores vinculam o debate, de maneira mais ampla, à contraposição histórica entre idealismo e realismo nas ciências humanas, e relatam que as posições teóricas sobre o tema afiliam-se a duas correntes de pensamento, o voluntarismo e o naturalismo:

Para os defensores das doutrinas voluntaristas, ou do direito positivo, a obrigatoriedade do direito internacional decorre da vontade dos próprios estados; para a outra corrente, a obrigatoriedade é baseada em razões objetivas, isto é, acima da vontade dos estados.¹⁰³

101 Tradução livre de: “All we need to recall is that there exist nonviolent means of coercion which may have the same or, under certain conditions, even greater effectiveness than the violent ones. Frequently, and in fairly large areas even regularly, the threat of such measures as the exclusion from an organization, or a boycott, or the prospect of magically conditioned advantages or disadvantages in this world, or of reward and punishment in the next, are under certain cultural conditions more effective in producing a certain behavior than a political apparatus whose coercive functioning is not always predictable with certainty.”. WEBER, Max. **Economy and Society: an outline of interpretive sociology**. [Sem edição]. Berkeley, Los Angeles, London: University of California Press, 1978, p. 316.

102 ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de direito internacional público**. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 134.

103 ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de direito internacional público**. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 135.

Vê-se que estas duas correntes quanto ao fundamento do direito internacional não correspondem perfeitamente às posições teóricas positivistas e de direito natural no âmbito do direito interno, eis que justamente para as doutrinas naturalistas de direito internacional “a obrigatoriedade é baseada em razões objetivas, isto é, acima da vontade dos estados”, como citado acima. Valerio de Oliveira Mazzuoli adota terminologia distinta, fazendo porém a classificação com base nos mesmos critérios:

Todas elas, entretanto [doutrinas do fundamento do direito internacional público], podem ser agrupadas em duas principais correntes: a voluntarista [...] e a objetivista [...]. Para a corrente voluntarista, de base notadamente positivista, a obrigatoriedade do Direito Internacional decorre sempre do consentimento (vontade) comum dos Estados, da mesma maneira que o Direito interno funda-se assentimento dos cidadãos. [...] [A] corrente objetivista apregoa que a obrigatoriedade do Direito Internacional advém da existência de princípios e normas superiores aos do ordenamento jurídico estatal, uma vez que a sobrevivência da sociedade internacional depende de valores superiores que devem ter prevalência sobre as vontades e os interesses domésticos dos Estados.¹⁰⁴

A doutrina voluntarista para a obrigatoriedade do direito internacional público está embasada, de qualquer forma, sobre o consentimento e a vontade dos Estados em aderir ao direito internacional. Dominique Carreau e Jahyr-Philippe Bichara sintetizam os argumentos principais da doutrina voluntarista da seguinte forma:

[P]ara a corrente voluntarista a obrigatoriedade do direito internacional [...] decorre da vontade comum (Triepel) dos Estados de obrigar (Jellinek) através da manifestação dos seus consentimentos, ponto de partida do respeito da autonomia da vontade dos Estados soberanos (Vattel), que aceitam sujeitar-se a determinadas normas internacionais. Esta aceitação constitui a norma fundamental superior: *pacta sunt servanda* (Kelsen).¹⁰⁵

Cada um dos autores citados — Vattel, Jellinek, Triepel, Kelsen — fez uma contribuição própria conduzindo à posição voluntarista contemporânea. O posicionamento de Vattel é especialmente interessante na ponte entre uma perspectiva medieval de direito natural e perspectivas modernas e contemporâneas, conforme afirmam James Brierly e Andrew Clapham¹⁰⁶. Embora Vattel defenda que, em sua origem, o direito das nações é tão somente o direito do estado de natureza,

104 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 103–104.

105 CARREAU, Dominique; BICHARA, Jahyr-Philippe. **Direito internacional**. [Sem edição]. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 48–49.

106 BRIERLY, James L.; CLAPHAM, Andrew B. **Brierly's Law of Nations: an Introduction to the Role of International Law in International Relations**. 7 ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.

neste mesmo estado de natureza há um direito de liberdade e de independência para cada Estado. Ao se enfatizar essa independência, decorre para Vattel que surge também um “direito voluntário das nações, porque se presume que os Estados concordaram com ele, em contraste ao outro elemento de direito natural, ou necessário, como Vattel o chama”¹⁰⁷. Vattel atenua as posições anteriores a ele de puro direito natural.

A posição de Kelsen também é especialmente relevante. Carreau e Bichara incluem Kelsen dentre os autores voluntaristas, embora seu posicionamento tenha um matiz diverso¹⁰⁸. Kelsen argumentou que a “vontade livre dos sujeitos de direito internacional não era, por si só, suficiente para estabelecer a natureza obrigatória do direito internacional”¹⁰⁹. Para Kelsen, nem direito natural, nem perspectivas puramente voluntaristas seriam suficientes para fundamentar o direito internacional. A estratégia argumentativa de Kelsen para fugir desse dilema foi a de “dissolver a tensão entre normatividade vinculante e uma positividade empiricamente verificável do direito na construção de uma norma hipotética básica de direito internacional”¹¹⁰. Na perspectiva kelseniana, “a norma básica de direito internacional é a regra hipotética pressuposta segundo a qual os Estados devem agir da forma em que eles costumeiramente agem”¹¹¹. A norma hipotética fundamental de direito internacional estaria diretamente vinculada, logo, à normatividade subjacente ao direito internacional consuetudinário. O comentário de Jochen von Bernstorff quanto ao assunto é elucidativo:

107 Tradução livre de: “Vattel calls the voluntary law of nations, because it is to be presumed that states have agreed to it, in contrast with the other element of natural, or as he calls it, necessary law”. BRIERLY, James L.; CLAPHAM, Andrew B. **Brierly’s Law of Nations: an Introduction to the Role of International Law in International Relations**. 7 ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 36.

108 CARREAU, Dominique; BICHARA, Jahyr-Philippe. **Direito internacional**. [Sem edição]. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 50–51.

109 Tradução livre de: “the free will of the subjects of international law was not able, by itself, to establish the binding nature of international law”. BERNSTORFF, Jochen von. **The Public International Law Theory of Hans Kelsen: Believing in International Law**. [Sem edição]. Versão e-book. New York: Cambridge University Press, 2010, p. 159.

110 Tradução livre de: “dissolve the tension between binding normativity and an empirically verifiable positivity of the law into the construct of a hypothetical basic norm of international law”. BERNSTORFF, Jochen von. **The Public International Law Theory of Hans Kelsen: Believing in International Law**. [Sem edição]. Versão e-book. New York: Cambridge University Press, 2010, p. 161.

111 Tradução livre de: “the basic norm of international law is the presupposed hypothetical rule according to which states should act the way they have customarily acted”. BERNSTORFF, Jochen von. **The Public International Law Theory of Hans Kelsen: Believing in International Law**. [Sem edição]. Versão e-book. New York: Cambridge University Press, 2010, p. 161.

Esta norma fundamental é hipotética no sentido de que ela deriva a validade de normas positivas, realizadas, não de valores metafísicos absolutos ou de supostos “fatos sociais”, mas de uma operação mental específica do acadêmico do direito. As normas jurídicas positivas que são estabelecidas por atos “que ocorrem naturalmente na realidade” não são consideradas como intersubjetivamente válidas, portanto, mas como tendo apenas uma validade hipotética. A realização positiva do direito não pode consubstanciar a normatividade do direito internacional por si só, mas requer para esse fim ainda outro pressuposto teórico — nominalmente, a ideia abstrata de uma normatividade jurídica específica que é capturada na figura da norma fundamental.¹¹²

A simples ocorrência reiterada de um comportamento, logo, não seria suficiente para afirmar sua normatividade. A observância de algum comportamento na realidade não afirma por si só o seu caráter de norma jurídica. A hipótese da norma fundamental é justamente a operação mental de pressupor que “os Estados devem agir da forma em que costumeiramente agiram no passado”. Isto tem implicações para a estrutura hierárquica do direito internacional em Kelsen, porém. O direito internacional consuetudinário estava, para Kelsen, hierarquicamente acima do direito dos tratados, e regulava a própria criação de tratados. É assim que a vontade dos Estados ressurgiu, porém, na teoria de Kelsen (e eis o porquê de sua categorização na corrente voluntarista, como acima mencionado). A norma internacional consuetudinária mais importante, segundo Kelsen, seria justamente a norma *pacta sunt servanda*, isto é, de que os acordos devem ser cumpridos¹¹³. Para Kelsen, esta norma

criou o direito internacional dos tratados ao atribuir força jurídica obrigatória aos tratados internacionais. [...] Os tratados produzidos através da aplicação do direito internacional consuetudinário estavam subordinados a este dentro da estrutura hierárquica do direito.¹¹⁴

112 Tradução livre de: “This basic norm is hypothetical in the sense that it derives the validity of positive, enacted norms not from absolute metaphysical values or alleged ‘social facts’, but from a specific mental operation of the legal scholar. The positive legal norms that are established by acts ‘naturally occurring in reality’ are thus not considered to be intersubjectively valid, but merely of a hypothetical validity. The positive enactment of law cannot substantiate the normativity of international law on its own, but requires for that purpose a further theoretical presupposition — namely the abstract idea of a particular legal normativity that is captured in the figure of the basic norm”. BERNSTORFF, Jochen von. **The Public International Law Theory of Hans Kelsen: Believing in International Law**. [Sem edição]. Versão e-book. New York: Cambridge University Press, 2010, p. 161.

113 BERNSTORFF, Jochen von. **The Public International Law Theory of Hans Kelsen: Believing in International Law**. [Sem edição]. Versão e-book. New York: Cambridge University Press, 2010, p. 166.

114 Tradução livre de: “This norm, Kelsen argued, created international treaty law by endowing international treaties with binding legal force. [...] The treaties produced through the application of international customary law were subordinated to the latter within the hierarchical structure of the law”. BERNSTORFF, Jochen von. **The Public International Law Theory of Hans Kelsen:**

Esta importância central da norma *pacta sunt servanda* e do direito consuetudinário internacional permite classificar Kelsen dentre os autores voluntaristas, como fazem Carreau e Bichara, que reiteram que “[s]egundo Kelsen, o fundamento da força obrigatória do direito internacional decorre do caráter superior da norma hipotética fundamental sobre o Estado [...]. [S]e abstrai a regra *pacta sunt servanda*”.¹¹⁵ Dionisio Anzilotti, juiz da extinta Corte Permanente de Justiça Internacional (CPJI), defendia também o princípio *pacta sunt servanda* como norma fundamental do direito internacional — para ele, esta norma teria valor jurídico absoluto, e serviria de critério formal para distinguir normas de direito internacional de outras normas¹¹⁶. Anzilotti compunha a CPJI à época do julgamento do famoso caso do navio *Lótus*, em que se afirmou o seguinte sobre a natureza do direito internacional:

O direito internacional rege as relações entre Estados independentes. As regras de direito vinculantes para os Estados emanam, logo, de sua própria vontade livre, tal qual expressa em convenções ou em usos geralmente tidos como expressão de princípios de direito e estabelecidos de forma a regular as relações entre essas comunidades independentes co-existentes, ou com vistas à consecução de fins comuns. Restrições sobre a independência dos Estados não podem, logo, ser presumidas.¹¹⁷

O princípio *pacta sunt servanda* obteve reconhecimento expresso no direito internacional positivo na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969. O preâmbulo deste tratado já ressalta: “Constatando que os princípios do livre consentimento e da boa fé e a regra *pacta sunt servanda* são universalmente reconhecidos”, e seu art. 26 tem justamente como título “*Pacta sunt servanda*”,

Believing in International Law. [Sem edição]. Versão e-book. New York: Cambridge University Press, 2010, p. 166.

115 CARREAU, Dominique; BICHARA, Jahyr-Philippe. **Direito internacional**. [Sem edição]. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 50.

116 ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de direito internacional público**. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 137.

117 Tradução livre de: “International law governs relations between independent States. The rules of law binding upon States therefore emanate from their own free will as expressed in conventions or by usages generally accepted as expressing principles of law and established in order to regulate the relations between these co-existing independent communities or with a view to the achievement of common aims. Restrictions upon the independence of States cannot therefore be presumed.” PERMANENT COURT OF INTERNATIONAL JUSTICE (PCIJ). 12th Ordinary Session. Judgement n. 9. President Huber. Julgamento de 07 set. 1927, p. 18. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/public/files/permanent-court-of-international-justice/serie_A/A_10/30_Lotus_Arret.pdf>. Acesso em 03 abr. 2022.

dispondo que “[t]odo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa-fé”¹¹⁸.

Embora até aqui se tenha falado de teoria ou doutrina voluntarista, acadêmicos anglófonos parecem preferir a expressão *doctrine of positivism* para se referir às teorias que tomam o consentimento dos Estados como fundamento de obrigatoriedade do direito internacional. Brierly e Clapham, por exemplo, afirmam que “a teoria do positivismo, por outro lado, ensina que o direito internacional é a soma das regras às quais os Estados consentiram se vincular, e que mais nada pode ser direito a não ser que eles tenham consentido”¹¹⁹. Malcolm N. Shaw também distingue entre *naturalism*, por um lado, e *positivism*, do outro¹²⁰.

De qualquer forma, e em suma, para o voluntarismo “o Direito Internacional Público é obrigatório porque os Estados, expressa ou tacitamente, assim o desejam e querem”¹²¹. Uma das principais críticas ao voluntarismo seria a de que, se é a vontade dos Estados que embasa a obrigatoriedade das normas internacionais, a qualquer momento seu desligamento unilateral também seria possível — bastaria uma mudança de sua vontade. As doutrinas naturalistas/objetivistas tentam estabelecer uma noção de direito internacional que não depende exclusivamente da vontade dos Estados para ser obrigatório.

4.2.2 Teoria naturalista/objetivista

Carreau e Bichara asseveram que o jusnaturalismo internacionalista encontrou seus principais expoentes em “Vitória, Suarez e Grotius”, e que a “teoria do direito natural defende que existem uma ordem natural do universo, que constitui um elemento externo e superior à vontade dos Estados no processo de formação do

118 Utilizou-se o texto do tratado tal como traduzido pelo Decreto n. 7.030/2009, que incorporou o tratado à legislação brasileira após sua ratificação. BRASIL. Decreto n. 7.030 de 14 de dezembro de 2009. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. Diário Oficial da União de 15 dez. 2009, p. 59.

119 Tradução livre de: “The doctrine of positivism, on the other hand, teaches that international law is the sum of the rules by which states have consented to be bound, and that nothing can be law unless they have consented to it”. BRIERLY, James L.; CLAPHAM, Andrew B. **Brierly’s Law of Nations: an Introduction to the Role of International Law in International Relations**. 7 ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 49–50.

120 SHAW, Malcolm N. **International Law**. 6 ed. Versão e-book. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 24.

121 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 102.

direito internacional”¹²². O jusnaturalismo contemporâneo, ao se desvincular de elementos sobrenaturais, tentaria se definir racionalmente através de valores universais e da ética. Assim, a obrigatoriedade do direito internacional estaria para além da vontade dos Estados na persecução da justiça internacional. Valerio de Oliveira Mazzuoli similarmente relata que a doutrina objetivista defende uma obrigatoriedade do direito internacional cuja origem está “na existência de princípios e normas superiores aos do ordenamento jurídico estatal, uma vez que a sobrevivência da sociedade internacional depende de valores superiores que devem ter prevalência sobre as vontades e os interesses domésticos dos Estados”¹²³.

Sobre os autores clássicos acima citados e sua posição jusnaturalista, Accioly et al. afirmam o seguinte:

A matéria [do fundamento de obrigatoriedade] surge com o direito internacional, desde os ensinamentos de Francisco de Vitória e Francisco Suárez, caracterizada pela aplicação dos princípios da moral e do direito natural às novas condições da comunidade internacional, em consequência do reconhecimento da personalidade jurídica internacional das comunidades indígenas [...]. A influência de Suárez sobre Grócio é evidente. Para este, o direito natural, não baseado na vontade divina, tem valor próprio, porquanto ‘consiste em certos princípios da razão sã [...] que nos fazem conhecer quando uma ação é moralmente honesta ou desonesta [...]’.¹²⁴

O papel do jusnaturalismo na formação do direito internacional foi bastante considerável. Geoff Gordon distingue três momentos do jusnaturalismo internacionalista. Em primeiro lugar, haveria as teorias dos “neo-escolásticos da Escola de Salamanca” que “contribuíram para um dos supostos nascimentos do sistema internacional moderno, coincidindo com a Paz de Vestfália”¹²⁵. Em segundo lugar, segundo Gordon, teria ocorrido uma adaptação das teorias de direito natural para o contexto do liberalismo iluminista, levando inclusive à criação do próprio

122 CARREAU, Dominique; BICHARA, Jahyr-Philippe. **Direito internacional**. [Sem edição]. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 51–52.

123 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 103–104.

124 ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de direito internacional público**. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 135.

125 Tradução livre de: “First, the doctrine of the neo-scholastics of the Salamanca School contributed to one supposed birth of the modern international system, coincident with the Peace of Westphalia”. GEOFF, Gordon. Natural Law in International Legal Theory: Linear and Dialectical Presentations, in: ORFORD, Anne; HOFFMAN, Florian (orgs.). **The Oxford Handbook of the Theory of International Law**. [Sem edição]. Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 279–306, p. 281.

termo “direito internacional”, supostamente por Jeremy Bentham¹²⁶. Por terceiro, viriam adaptações do jusnaturalismo realizadas no século XX.

Segundo Gordon, Francisco de Vitória foi um dos fundadores da Escola de Salamanca de direito internacional. No século XVI, em um momento histórico de um mundo em expansão (com o achamento das Américas), mas de progressiva desarmonia religiosa e social, Vitória buscou dar base a uma coesão normativa entre os povos. Para tanto, “adaptou a doutrina de direito natural de São Tomás de Aquino, juntando-a a vestígios do *jus gentium* romano”¹²⁷. Na leitura que Gordon faz de Vitória, o direito natural emergiria da integralidade da coletividade humana — existiria, logo, uma “comunidade humana com uma entidade coletiva distinta, com interesses e fins próprios seus”¹²⁸.

Esta comunidade não excluiria outras coletividades específicas, como o Estado, mas existiria em adição a tais coletividades. Contudo, “a diferença era a de que a autoridade subjetiva do Estado-nação deveria ceder ante normas consolidadas do coletivo mundial dentro do âmbito dos interesses ou fins próprios deste”¹²⁹. Haveria mesmo uma objetividade na ordem normativa desta integralidade natural — pois tal ordem surgiria a partir da coisa em si, e não de quaisquer vontades ou aspirações para criá-la. Se existia uma comunidade mundial, existiam regras naturais desta comunidade, superiores às regras dos Estados. Similarmente, Francisco de Suárez afirmava que havia uma unidade subjacente entre toda a raça humana, mesmo que fragmentada entre diversos reinos e povos. Assim, Suárez “observou a sociedade universal, a seu turno, dar origem ao ‘direito verdadeiro’,

126 GEOFF, Gordon. Natural Law in International Legal Theory: Linear and Dialectical Presentations, in: ORFORD, Anne; HOFFMAN, Florian (orgs.). **The Oxford Handbook of the Theory of International Law**. [Sem edição]. Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 279–306, p. 281.

127 Tradução livre de: “Vitoria adapted the natural law doctrine of Thomas Aquinas together with vestiges of the Roman *jus gentium*”. GEOFF, Gordon. Natural Law in International Legal Theory: Linear and Dialectical Presentations, in: ORFORD, Anne; HOFFMAN, Florian (orgs.). **The Oxford Handbook of the Theory of International Law**. [Sem edição]. Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 279–306, p. 282.

128 Tradução livre de: “Vitoria envisioned the human community as a discrete collective entity with interests and ends of its own”. GEOFF, Gordon. Natural Law in International Legal Theory: Linear and Dialectical Presentations, in: ORFORD, Anne; HOFFMAN, Florian (orgs.). **The Oxford Handbook of the Theory of International Law**. [Sem edição]. Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 279–306, p. 283.

129 Tradução livre de: “The difference was that the subjective authority of the nation-state would yield before the consolidated norms of the world collective within the latter’s proper areas of interests or ends”. GEOFF, Gordon. Natural Law in International Legal Theory: Linear and Dialectical Presentations, in: ORFORD, Anne; HOFFMAN, Florian (orgs.). **The Oxford Handbook of the Theory of International Law**. [Sem edição]. Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 279–306, p. 283.

discernível em normas de conduta evidenciadas por ‘todo o mundo’¹³⁰. Novamente de forma similar, para Grotius, por sua vez, “a sociedade mundial — e o direito natural aplicável à ela — surgem naturalmente da capacidade e inclinação universais para a sociabilidade e a comunicação, em conjunto com o fato da interdependência”¹³¹.

Gordon ressalta que o grande diferencial da Escola de Salamanca está em ter se afastado da visão então prevalente do “corpo político”, do corporativismo social, do poder político manifestado em última instância na própria figura física do soberano. A comunidade política seria então “repensada enquanto uma consciência socialmente constituída”¹³², como uma consciência coletiva sem uma manifestação singular em uma única e literal cabeça. Isto abriu alas para o jusnaturalismo iluminista, que surgiu conjuntamente com novos movimentos históricos — Reforma, Contrarreforma, “o vocabulário ascendente de uma nova ciência”, assim como “o sentimento crescente do individualismo burguês”¹³³. Neste contexto, pensadores internacionalistas propuseram novas perspectivas, adotando o novo vocabulário científico disponível e em serviço de determinadas causas — Hobbes, Pufendorf, Kant, Vattel.

O contratualismo hobbesiano foi inovador por “pulverizar” o corpo político de “uma única entidade para uma miríade de atos, de um corpo orgânico para um contrato negociado”¹³⁴. Em Kant o contratualismo também tem um papel importante,

130 Tradução livre de: “Suárez observed the universal society, in turn, to give rise to ‘true law’, discernible in norms of conduct evidenced by the ‘whole world’”. GEOFF, Gordon. *Natural Law in International Legal Theory: Linear and Dialectical Presentations*, in: ORFORD, Anne; HOFFMAN, Florian (orgs.). **The Oxford Handbook of the Theory of International Law**. [Sem edição]. Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 279–306, p. 283.

131 Tradução livre de: “Grotius’ world society — and the natural law applicable to it — arose naturally out of the universal capacity for and inclination to sociability and communication, together with the fact of interdependence”. GEOFF, Gordon. *Natural Law in International Legal Theory: Linear and Dialectical Presentations*, in: ORFORD, Anne; HOFFMAN, Florian (orgs.). **The Oxford Handbook of the Theory of International Law**. [Sem edição]. Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 279–306, p. 283–284.

132 Tradução livre de: “reconceived it according to a socially-constructed consciousness”. GEOFF, Gordon. *Natural Law in International Legal Theory: Linear and Dialectical Presentations*, in: ORFORD, Anne; HOFFMAN, Florian (orgs.). **The Oxford Handbook of the Theory of International Law**. [Sem edição]. Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 279–306, p. 284.

133 Tradução livre de: “Reformation and Counter-Reformation [...] the ascendant vocabulary of a new science, as well as a rising sentiment of bourgeois individualism”. GEOFF, Gordon. *Natural Law in International Legal Theory: Linear and Dialectical Presentations*, in: ORFORD, Anne; HOFFMAN, Florian (orgs.). **The Oxford Handbook of the Theory of International Law**. [Sem edição]. Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 279–306, p. 285.

134 Tradução livre de: “from an unitary entity to so many acts, from the organic body to the negotiated contract”. GEOFF, Gordon. *Natural Law in International Legal Theory: Linear and*

embora Kant renegue o monarca absoluto de Hobbes. Para Kant, o ato contratual que cria o Estado soberano não nasce somente da necessidade, de uma escolha racional pela autopreservação no estado de natureza, “mas era sim uma obrigação moral [...] obrigação esta a ser cumprida como parte de um projeto em curso para a humanidade como um todo”¹³⁵. Neste sentido, segundo Gordon:

O relacionamento de motivos morais e funcionais no trabalho de Kant ressalta o grau em que a teoria liberal iluminista foi empregada para apoiar novas formas de organização política, com base na adaptação peculiar de direito natural em direito da natureza. [...] O vocabulário do interesse próprio, conjuntamente à sensibilidade burguesa e democrática realizada em termos do contrato, fundou e deu definição à possibilidade de uma política internacional progressiva, quando se entendeu que a moralidade não seria suficiente.¹³⁶

Pufendorf e Vattel, por sua vez, contribuíram para transpor o contratualismo hobbesiano para o âmbito da teoria do direito internacional. Os novos fundamentos contratualistas tiveram como efeito restringir a “natureza vinculante das normas nas relações entre Estados”, contudo, “visto que a ausência de um soberano mundial indicava uma falha em se mover para além das condições anárquicas do direito original”¹³⁷. É possível ver que historicamente houve um gradual deslocamento de posições puramente naturalistas/objetivistas para posições com ênfase voluntarista, embora nem todo pensador relevante para a teoria do direito internacional público se encaixe com perfeição em alguma das duas categorias. Geoff Gordon ainda ressalta

Dialectical Presentations, in: ORFORD, Anne; HOFFMAN, Florian (orgs.). **The Oxford Handbook of the Theory of International Law**. [Sem edição]. Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 279–306, p. 287.

135 Tradução livre de: “a moral obligation as well [...] an outstanding moral obligation yet to be fulfilled, part of an ongoing project for humankind as a whole”. GEOFF, Gordon. Natural Law in International Legal Theory: Linear and Dialectical Presentations, in: ORFORD, Anne; HOFFMAN, Florian (orgs.). **The Oxford Handbook of the Theory of International Law**. [Sem edição]. Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 279–306, p. 287.

136 Tradução livre de: “the interrelationship of functional and moral motives in Kant’s work underscores the degree to which Enlightenment liberal theory was deployed to support new forms of political organization, on the basis of the peculiar adaptation of natural law into the law of nature [...] The vocabulary of self-interest, joined to the rising democratic and bourgeois sensibility realized in terms of the contract, founded and gave definition to the possibility for progressive international politics, when morality was understood not to suffice”. GEOFF, Gordon. Natural Law in International Legal Theory: Linear and Dialectical Presentations, in: ORFORD, Anne; HOFFMAN, Florian (orgs.). **The Oxford Handbook of the Theory of International Law**. [Sem edição]. Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 279–306, p. 288.

137 Tradução livre de: “The elevation of contractual premises constrained the binding nature of norms in relations between states, insofar as the absence of a world sovereign indicated the failure to have moved beyond anarchic conditions of original right”. GEOFF, Gordon. Natural Law in International Legal Theory: Linear and Dialectical Presentations, in: ORFORD, Anne; HOFFMAN, Florian (orgs.). **The Oxford Handbook of the Theory of International Law**. [Sem edição]. Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 279–306, p. 288–289.

que, em suma, o resultado das obras já de Vattel e Pufendorf foi o de “coroar o individualismo subjetivo nas relações internacionais”¹³⁸.

De toda forma, o próprio nascimento do direito internacional está atrelado ao pensamento naturalista, visto que para muitos dos pensadores fundantes da disciplina “o direito das nações era um *corpus* cuja autoridade estava no direito divino e cujo conteúdo poderia ser determinado conforme os ditames da ‘razão justa’”¹³⁹. Ainda que esta crença naturalista tenha gradativamente esvanecido com a modernidade, o direito internacional encontra dificuldades “em se abstrair completamente de qualquer referência a normas de moralidade ou justiça de ordem superior”¹⁴⁰. É interessante, nesse sentido, apontar para a posição de Antônio Augusto Cançado Trindade, que alude aos “princípios de direito internacional” como sustentação e fundamento de todo o direito internacional, com uma argumentação de marcado caráter jusnaturalista. Cançado Trindade afirma que

os princípios do direito internacional iluminam a interpretação do direito internacional como um todo, integrando o seu próprio *substratum*, e identificando-se com os próprios fundamentos do sistema jurídico internacional. Eles permeiam todo o sistema jurídico. Sua validade continuada é incontestada. Os princípios de direito internacional são essenciais para a busca da justiça pela humanidade, e de importância fundamental aos esforços de construção de um direito internacional verdadeiramente universal.¹⁴¹

Em essência, sintetizando posições contemporâneas jusnaturalistas em direito internacional, James Leslie Briery e Andrew Clapham relatam que “a doutrina de ‘direitos naturais’ é um corolário da doutrina do ‘estado de natureza’ [...]. Estados, não tendo criado um super-Estado, ainda supostamente viveriam, segundo os

138 Tradução livre de: “The effect of the work of Pufendorf and Vattel was to coronate subjective individualism in international relations”. GEOFF, Gordon. *Natural Law in International Legal Theory: Linear and Dialectical Presentations*, in: ORFORD, Anne; HOFFMAN, Florian (orgs.). **The Oxford Handbook of the Theory of International Law**. [Sem edição]. Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 279–306, p. 289.

139 Tradução livre de: “the law of nations was a corpus whose authority lay in divine law and whose content could be ascertained following the dictates of ‘right reason’”. MÉGRET, Frédéric. *International law as law*, in: CRAWFORD, James; Koskenniemi, MARTTI (orgs.). **The Cambridge Companion to International Law**. [Sem edição] 3 reimpressão. New York: Cambridge University Press, 2013, p. 64–90, p. 68.

140 Tradução livre de: “international law finds it difficult to abstract itself entirely from any reference to higher-order norms of morality or justice”. MÉGRET, Frédéric. *International law as law*, in: CRAWFORD, James; Koskenniemi, MARTTI (orgs.). **The Cambridge Companion to International Law**. [Sem edição] 3 reimpressão. New York: Cambridge University Press, 2013, p. 64–90, p. 69.

141 TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Princípios do Direito Internacional Contemporâneo**. 2 ed. Brasília: FUNAG, 2017, p. 193.

defensores desta doutrina, em uma tal condição”¹⁴². Desta forma, seria possível deduzir os princípios fundamentais do direito internacional a partir da natureza essencial do Estado, que teria direitos fundamentais próprios seus por sua própria existência enquanto Estado. Brierly e Clapham relatam que são usualmente cinco os direitos fundamentais atribuídos aos Estados: “autopreservação, independência, igualdade, respeito, e inter-relação”¹⁴³. A obrigatoriedade do direito internacional decorreria assim das próprias características essenciais dos Estados e do estado de natureza em que viveriam.

4.3 FONTES DE DIREITO INTERNO

Acima expôs-se como sistemas jurídicos distintos, tradições jurídicas distintas possuem elementos determinantes diferentes, conforme descrito por Leontin-Jean Constantinesco¹⁴⁴. Tais elementos determinantes ocupam lugar central na identidade da tradição ou sistema jurídicos e são distintos dos elementos fungíveis — a alteração em um elemento determinante também modifica a identidade da tradição ou sistema, enquanto um elemento fungível é cambiável sem maiores consequências. Em um exemplo mais concreto, é possível dizer que o valor numérico das alíquotas do imposto de renda é um elemento fungível do ordenamento jurídico brasileiro, e poderia ser alterado sem que o direito brasileiro fosse desfigurado por isso, perdendo sua identidade. A alteração de quais são as fontes do direito no ordenamento jurídico brasileiro, porém, isso sim alteraria uma característica essencial sua, lhe daria um novo elemento identificador. As fontes do direito são elementos determinantes das tradições e sistemas jurídicos.

Mas o que é uma fonte do direito? A expressão é uma evidente metáfora: assim como a água jorra de uma fonte, o direito brotaria de suas próprias fontes. A referência é, portanto, à questão da origem do direito, como ele se origina. Maria

142 Tradução livre de: “The doctrine of ‘natural rights’ is a corollary of the doctrine of the ‘state of nature’ [...] for states, not having formed themselves into a super-state, are still supposed by the adherents of this doctrine to be living in such a condition”. BRIERLY, James L.; CLAPHAM, Andrew B. **Brierly’s Law of Nations: an Introduction to the Role of International Law in International Relations**. 7 ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 47.

143 Tradução livre de: “self-preservation, independence, equality, respect, and intercourse”. BRIERLY, James L.; CLAPHAM, Andrew B. **Brierly’s Law of Nations: an Introduction to the Role of International Law in International Relations**. 7 ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 47.

144 CONSTANTINESCO, Leontin-Jean. **Tratado de direito comparado: introdução ao direito comparado**. [Sem edição]. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

Helena Diniz ressalta que a expressão tem mais de um sentido, na verdade. Haveria fontes reais do direito, isto é, fatores sociais, políticos, psicológicos, econômicos etc. que determinam quais são as normas jurídicas positivas em cada momento:

Fontes materiais ou reais são não só fatores sociais, que abrangem os históricos, os religiosos, os naturais (clima, solo, raça, natureza geográfica do território, constituição anatômica e psicológica do homem), os demográficos, os higiênicos, os políticos, os econômicos e os morais (honestidade, decoro, decência, fidelidade, respeito ao próximo), mas também os valores de cada época (ordem, segurança, paz social, justiça), dos quais fluem as normas jurídico-positivas.¹⁴⁵

Tércio Sampaio Ferraz Júnior ressalta que já no início do século XX havia doutrina jurídica que distinguia entre fontes “substanciais” do direito — isto é, elementos materiais, históricos, racionais, ideais, que contribuem para a formação do direito — e fontes “formais” — isto é, o direito construído em si, “significando a elaboração técnica do material [...] por meio de formas solenes que se expressam em leis, normas consuetudinárias, decretos regulamentadores”¹⁴⁶. Esta ideia de fonte formal, logo, aponta para os vários “modos de manifestação das normas jurídicas, demonstrando quais os meios empregados pelo jurista para conhecer o direito”¹⁴⁷. Ferraz Júnior enfatiza, porém, que há ainda outros sentidos possíveis para a expressão: “fonte do direito” pode significar tanto um elemento dentro do ordenamento jurídico quanto uma relação estrutural entre tais elementos:

[U]ma norma legal, isto é, uma norma revestida do caráter de lei — em sentido estrito, uma lei — é um elemento do sistema do ordenamento. Quando, porém, dizemos que a lei é fonte do direito, tomamos a palavra “lei” no sentido de regra estrutural, isto é, de regra que institucionaliza a entrada de uma norma no sistema, dentro do qual ela será reconhecida como legal ou lei no sentido estrito.¹⁴⁸

145 DINIZ, Maria Helena. Fontes do direito, in: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coords.). **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. 1 ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/157/edicao-1/fontes-do-direito>>. Acesso em 31 out. 2019.

146 FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 10 ed. Versão e-book. São Paulo: Atlas, 2018, obra não paginada.

147 DINIZ, Maria Helena. Fontes do direito, in: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coords.). **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. 1 ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/157/edicao-1/fontes-do-direito>>. Acesso em 31 out. 2019.

148 FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 10 ed. Versão e-book. São Paulo: Atlas, 2018, obra não paginada.

Preocupa-se mais, no presente trabalho, com as fontes do direito em sentido estrutural e formal. Cabe se perguntar ainda, contudo, como certas manifestações humanas acabam por adquirir o status de fontes do direito. Claramente inserido dentro da tradição jurídica anglo-americana, Frederick Schauer afirma que é incomum haver regras formais determinando o que deve ser tomado como direito. Nesse sentido, a “regra de reconhecimento” estipulada por Hart (que estabelece critérios aplicáveis para o reconhecimento de uma regra jurídica válida¹⁴⁹ e permite saber quais são as fontes do direito) seria menos “uma regra do que uma série de comportamentos práticos e convenções, tal como os comportamentos práticos e convenções que constituem uma língua”¹⁵⁰. Para Schauer,

o que conta enquanto autoridade jurídica, e por conseguinte o que conta enquanto fonte legítima do direito, é o produto de uma prática em evolução na qual advogados, juízes, comentaristas, e outros atores jurídicos gradualmente, de forma difusa e não-linear, determinam o que valerá enquanto fonte legítima e o que não valerá [...].¹⁵¹

Esta afirmação do caráter gradual e não-linear do reconhecimento do que é ou não é uma fonte do direito talvez seja mais válida para realidades em que a ordem constitucional (ou seja, em que as regras mais basilares sobre a organização da ordem jurídico-política daquela comunidade específica) se mantiveram estáveis por longos períodos de tempo, como no Reino Unido ou nos Estados Unidos da América. Todavia, ainda assim esse argumento poderia ser estendido a países em que os fundamentos da ordem jurídica são modificados e reconstruídos com maior frequência: se no Brasil se aceita que uma mudança constitucional tem a capacidade de alterar toda a ordem jurídica, definir quais são as fontes do direito

149 Nesse sentido, veja-se: KOZICKI, Katya, PUGLIESE, William. O conceito de direito em Hart, in: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coords.). **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. 1 ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/137/edicao-1/o-conceito-de-direito-em-hart>>. Acesso em: 30 ago. 2021.

150 Tradução livre de: “a series of continuing changing practices or conventions, much like the fluid practices or conventions that constitute a language”. SCHAUER, Frederick F. **Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning**. [Sem edição]. Cambridge/MA, London: Harvard University Press, 2009, p. 81.

151 Tradução livre de: “what counts as legal authority, and thus what counts as a legitimate source of law, is the product of an evolving practice in which lawyers, judges, commentators, and other legal actors gradually and in diffuse and nonlinear fashion determine what will count as a legitimate source and what will not [...]”. SCHAUER, Frederick F. **Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning**. [Sem edição]. Cambridge/MA, London: Harvard University Press, 2009, p. 81.

infraconstitucionais, é porque uma prática difusa e gradual, historicamente consolidada, aceita constituições como fontes superiores do direito.

É interessante notar, porém, certas familiaridades que surgem mesmo em culturas jurídicas tão distintas quanto a brasileira e a estadunidense, pertencentes ao *civil law* e ao *common law* respectivamente. Isto porque essas duas grandes famílias jurídicas do mundo ocidental, o *civil law* e o *common law*, empregam essencialmente as mesmas fontes do direito. As duas tradições jurídicas adotam basicamente a lei, o costume e a jurisprudência como suas fontes, notoriamente se distinguindo pela estrutura hierárquica que se lhes atribui. Cabe ressaltar que, tradicionalmente, as fontes do direito no âmbito do *civil law* seriam tão somente a legislação, o regulamento e os costumes¹⁵² — o que tem se modificado, contudo, e será explorado mais adiante. *Civil law* e *common law* têm interagido entre si, têm visto seus limites se atenuar¹⁵³. Essas tradições jurídicas distintas são de interesse porque “se encontram vigentes nas nações poderosas, tecnologicamente avançadas e porque foram exportadas, com maiores ou menores efeitos, para outras partes do mundo”¹⁵⁴.

Assim, como exemplos das fontes do direito nacional, interno, serão exploradas as fontes do direito predominantes nas tradições jurídicas do *civil law* e do *common law*: a lei, o costume e a jurisprudência.

4.3.1 A lei

Considerando a enorme gama de significados que a palavra “lei” possui, é interessante iniciar com uma definição basilar, de dicionário, para então prosseguir com uma análise mais detalhada do papel da lei enquanto fonte dos direitos nacionais. Eis os primeiros significados destacados no verbete “lei” no Dicionário Caldas Aulete:

152 MERRYMAN, John Henry; PEREZ-PERDOMO, Rogelio. **The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America**. 4 ed. Stanford, CA: Stanford University Press, 2018.

153 GROSSI, Paolo. **L'Europa del Diritto**. 1 ed., “Biblioteca Universale Laterza”. Roma-Bari: Gius. Laterza & Figli Spa, 2016.

154 Tradução livre de: “they are in force in powerful, technologically advanced nations and because they have been exported, with greater or lesser effect, to other parts of the world”. MERRYMAN, John Henry; PEREZ-PERDOMO, Rogelio. **The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America**. 4 ed. Stanford, CA: Stanford University Press, 2018, p. 2.

1. Norma ou conjunto de normas que emanam de um poder soberano e que regulam a conduta de uma sociedade, estabelecendo sanções para os desvios.
2. Norma ou conjunto de normas elaboradas pelo Poder Legislativo e promulgadas pelo Poder Executivo.
3. Obrigações estabelecidas na convivência dos homens em qualquer sociedade e que servem para torná-la possível ou mais fácil, por estabelecerem um padrão de conduta: as leis do dever, da honra, da delicadeza. [...]¹⁵⁵

O primeiro significado se aproxima muito mais da noção técnica jurídica de norma (algo que regula “a conduta de uma sociedade, estabelecendo sanções para os desvios”). O segundo significado, por sua vez, está mais próximo da noção de lei que aqui quer se explorar (enquanto fonte do direito dotada de validade pelo procedimento de sua criação). Tércio Sampaio Ferraz Júnior afirma que “[l]egislação, lato sensu, é modo de formação de normas jurídicas por meio de atos competentes. Esses atos são sancionadores no sentido de estabelecedores de normas soberanas [...]”¹⁵⁶. Ferraz Júnior assevera ainda, porém, que sancionar uma norma é um exercício de competência: assim, a legislação é fonte de normas que surgem de procedimentos regulados por outras normas, numa regressão que chega eventualmente à primeira competência de todas, contida nas normas constitucionais. “Ou seja, o reconhecimento da legislação como fonte de direito baseia-se necessariamente numa hipótese racionalizadora: um ato fundante que produz um conjunto de normas primárias, a Constituição”¹⁵⁷.

Depreende-se assim que há leis ordinárias e leis constitucionais, e que a legislação tem um papel central na criação e modificação do direito, especialmente em ordenamentos jurídicos nacionais que possuem Poder Legislativo (cujo próprio nome indica sua função de criar leis). Nem sempre essa seria uma afirmação óbvia. Na história do direito europeu continental (depois exportado para as colônias europeias na América Latina), a legislação já teve papel secundário, reduzido. Paolo Grossi relata que a lei produzida pelo príncipe era, na Idade Média, “um canal menor para o escoamento da experiência jurídica medieval, contribuindo, portanto,

155 LEI. In: AULETE, Francisco J. Caldas; VALENTE, Antonio Lopes dos Santos. **Dicionário Caldas Aulete**. [Sem edição]. Versão on-line. [Sem local de publicação]: Lexikon, 2022, obra não paginada. Disponível em: <<https://aulete.com.br/lei>>. Acesso em 28 mar. 2022.

156 FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 10 ed. Versão e-book. São Paulo: Atlas, 2018, obra não paginada.

157 FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 10 ed. Versão e-book. São Paulo: Atlas, 2018, obra não paginada.

minimamente para sua produção”¹⁵⁸. Isto porque havia uma indiferença relativa do poder político para com o direito no Medieval. Mesmo na Baixa Idade Média, com a afirmação de entidades políticas monárquicas, havia “uma extrema raridade e [...] quase irrelevância das intervenções legislativas, por parte dos príncipes”¹⁵⁹.

Há um forte contraste com o papel assumido pela legislação no direito moderno. Grossi expõe que a noção medieval de *lex* estava relacionada ao conteúdo substancial das normas, e não à sua forma. As *leges* medievais podiam ser produzidas por diversos sujeitos, e fala-se com naturalidade de “*lex scripta ou non scripta*, relativizando ainda mais a noção, mas sempre se pretenderá que ela seja caracterizada por um determinado conteúdo”¹⁶⁰. Isto porque a concepção medieval de direito tinha forte caráter jusnaturalista, teológico: as regras jurídicas deveriam ser racionais, em conformidade à natureza criada por Deus. Grossi enfatiza o contraste dessa concepção de lei na Idade Média com aquela adotada no direito moderno, eminentemente formal:

É o oposto de tudo o que se operou na cultura político-jurídica moderna, em que a noção de lei é, ao contrário, extremamente rígida porque formal. A esta última cultura não interessam prioritariamente os conteúdos da lei. A lei caracteriza-se como ato de império, ou seja, é essencialmente a manifestação de vontade daquele que é investido do máximo poder político, motivo pelo qual o que conta é somente o órgão que a produz, pois é sobretudo o órgão que confere a uma certa regra a qualidade de lei.¹⁶¹

O advento do Estado moderno, a afirmação de soberanias nacionais, isto fez com que gradativamente a produção legislativa tomasse proeminência nos direitos nacionais. Esta tendência desembocaria ao fim nas grandes codificações. René David et al., ao sintetizar a história da *famille romano-germanique* de direito, declaram que a Escola de Direito Natural do século XVIII rompe com concepções anteriores (de que as autoridades políticas não poderiam criar o direito, e sim apenas declarar um direito natural pré-existente)¹⁶². Não que os soberanos

158 GROSSI, Paolo. **A ordem jurídica medieval**. [Sem edição]. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014, p. 67.

159 GROSSI, Paolo. **A ordem jurídica medieval**. [Sem edição]. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014, p. 163.

160 GROSSI, Paolo. **A ordem jurídica medieval**. [Sem edição]. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014, p. 168.

161 GROSSI, Paolo. **A ordem jurídica medieval**. [Sem edição]. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014, p. 168.

162 DAVID, René; JAUFFRET-SPINOSI, Camille; GORÉ, Marie. **Les grands systèmes de droit contemporains**. 12 ed. Paris: Dalloz, 2016, p. 48.

pudessem se desvincular da justiça natural, mas eles são já reconhecidos como legisladores: se lhes atribui a função de “reformular o direito, de forma a rejeitar os erros do passado e proclamar a autoridade de regras perfeitamente conformes à razão”¹⁶³. É a aurora do período moderno do direito romano-germânico, em que “a descoberta e o desenvolvimento do direito serão levados adiante, de forma principal, pelo legislador”¹⁶⁴. Isto será intensificado radicalmente com o Iluminismo, a Revolução Francesa e o impacto de suas ideias. Michel Vovelle relata que, no século XVIII,

uma ampla corrente de ideias [...] toma conta da Europa. De Nápoles a Milão [...]. Vozes importantes também se fizeram ouvir da Inglaterra à Alemanha. Na França, Montesquieu, Voltaire, Rousseau, Diderot, cada um com seu estilo, fizeram ressoar a voz da filosofia. Contra a intolerância religiosa e em defesa das liberdades, contra o arbítrio do absolutismo e em defesa de um regime político em que os cidadãos, protegidos por uma Constituição, participam da administração do Estado.¹⁶⁵

Especialmente no âmbito do *civil law*, o pensamento iluminista revolucionário terá forte impacto no direito público e na organização e administração da justiça. Várias das ideias desta época acabam por definir a direção que o *civil law* tomaria: direito natural, separação de poderes, racionalismo, estatismo, nacionalismo. Desta forma:

A ênfase na separação de poderes [...] limitou o juiz a um papel processual relativamente reduzido. A teoria dos direitos naturais levou a uma ênfase exagerada em direitos individuais de propriedade e de contratação, e a uma distinção agudíssima entre direito público e privado. Glorificação do Estado, nacionalismo e racionalismo combinaram-se para produzir uma teoria peculiar ao *civil law* quanto ao que é o direito e para determinar a forma e o estilo dos códigos básicos.¹⁶⁶

163 Tradução livre de: « lui attribue la fonction de réformer le droit, de manière à rejeter les erreurs du passé et à proclamer l'autorité de règles pleinement conformes à la raison ». DAVID, René; JAUFFRET-SPINOSI, Camille; GORÉ, Marie. **Les grands systèmes de droit contemporains**. 12 ed. Paris: Dalloz, 2016, p. 48.

164 Tradução livre de: « la découverte et le développement du droit vont être pris en charge, de façon principale, par le législateur ». DAVID, René; JAUFFRET-SPINOSI, Camille; GORÉ, Marie. **Les grands systèmes de droit contemporains**. 12 ed. Paris: Dalloz, 2016, p. 48.

165 VOVELLE, Michel. **A Revolução Francesa explicada à minha neta**. [Sem edição]. São Paulo: Editora UNESP, 2007, p. 17.

166 Tradução livre de: “The emphasis on separation of powers [...] limited the judge to a relatively minor role in the legal process. The theory of natural rights led to an exaggerated emphasis on individual rights of property and contract and to an oversharpest distinction between public and private law. Glorification of the state, nationalism, and rationalism combined to produce a peculiar civil law theory of what law is and to determine the form and style of the basic codes” MERRYMAN, John Henry; PEREZ-PERDOMO, Rogelio. **The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America**. 4 ed. Stanford, CA: Stanford

Em uma tendência que já remontava ao início da modernidade, o poder soberano “se torna sempre mais um legislador; conseqüentemente, o direito se torna sempre mais legislativo”¹⁶⁷. É neste sentido que John Henry Merryman e Pérez-Perdomo relatam que “o positivismo de Estado, tal qual expressado no dogma da soberania absoluta interna e externa do Estado, conduziu a um monopólio estatal na produção do direito”¹⁶⁸. O maior exemplo disto são as codificações, em que “se objetiva realizar a redução de toda a experiência em um sistema articuladíssimo e minuciosíssimo de regras escritas, contemplando todos os institutos possíveis”¹⁶⁹. No Código,

encontravam encarnação completa todos os ideais iluministas: era uma lei geral (e, portanto, igualitária), simples, clara, certa; o magma jurídica, nele, fora reduzido a um sistema coerente e harmônico, realizando as aspirações setecentescas por uma ordem de caráter geométrico.¹⁷⁰

Nos sistemas jurídicos modernos, complexos, a noção de lei aponta para um revestimento que a norma jurídica toma, “uma série de procedimentos institucionalizados que culminam numa promulgação solene e oficial. A palavra lei (fonte) designa que esses procedimentos, tendo sido cumpridos, conferem à norma um caráter jurídico, especificamente o caráter legal”¹⁷¹. Ao distinguir entre legislação e costume, Kelsen afirma que há dois significados possíveis para legislação: no sentido mais amplo, legislação seria a fonte do direito que faz com que “se assumam que as pessoas devem se comportar tal como ordenado por órgãos especiais

University Press, 2018, p. 2

167 GROSSI, Paolo. **Primeira lição sobre direito**. [Sem edição]. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 43–45.

168 Tradução livre de: “state positivism, as expressed in the dogma of the absolute external and internal sovereignty of the state, led to a state monopoly in lawmaking”. MERRYMAN, John Henry; PEREZ-PERDOMO, Rogelio. **The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America**. 4 ed. Stanford, CA: Stanford University Press, 2018, p. 23.

169 Tradução livre de: “mira a realizzare la riduzione dell’intera esperienza in un sistema articolatissimo e minuziosissimo di regole scritte, contemplando tutti gli istituti possibili”. GROSSI, Paolo. **L’Europa del Diritto**. 1 ed., “Biblioteca Universale Laterza”. Roma-Bari: Gius. Laterza & Figli Spa, 2016, p. 138.

170 Tradução livre de: “Vi trovavano incarnazione compiuta tutti gli ideali illuministici: era una legge generale (e pertanto ugualitaria), semplice, chiara, certa; il magma giuridico vi era ridotto a sistema coerente ed armonico realizzando le aspirazioni settecentesche per un ordine di stampo geometrico”. GROSSI, Paolo. **L’Europa del Diritto**. 1 ed., “Biblioteca Universale Laterza”. Roma-Bari: Gius. Laterza & Figli Spa, 2016, p. 138.

171 FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 10 ed. Versão e-book. São Paulo: Atlas, 2018, obra não paginada.

autorizados a criar lei por seus atos (o ‘legislador’ no sentido mais amplo)”¹⁷². No sentido mais estrito, “legislação [...] é só um caso especial de criação de normas escritas, isto é, a criação de uma norma geral por um órgão especial”¹⁷³. Este órgão especial é, em democracias, um parlamento: “Nos regimes democráticos sob princípio republicano, a responsabilidade da elaboração da lei cabe aos representantes do povo constituídos no Poder Legislativo”¹⁷⁴. Esta elaboração das leis por órgãos colegiados de representantes do povo será importante no contraste com os tratados enquanto fonte do direito internacional público.

A lei no direito moderno, de qualquer forma, acabou por se tornar representante do direito como um todo, fazendo sombra sobre outras fontes do direito, especialmente nos países de *civil law*. É como um símbolo da modernidade jurídica, representando seus valores centrais: “a generalidade a abstracção, a racionalidade, a planificação e a hetero-disciplina, a funcionalidade”¹⁷⁵. Assim, é desde “os inícios do séc. XIX que a lei constitui a principal fonte de direito nos Estados ocidentais”¹⁷⁶. Sintetizando, a lei é uma fonte do direito escrita, criada através de procedimentos que lhe conferem caráter jurídico por um órgão especial com autoridade para tal.

4.3.2 O costume

Em *A Teoria Pura do Direito*, Hans Kelsen distingue entre legislação e costume como fontes do direito. Ao abordar o costume, Kelsen afirma que

a constituição pode também estabelecer o costume como um fato jurígeno. Este fato é [...] caracterizado pela circunstância de que homens

172 Tradução livre de: “When one considers legislation as a source of law, one assumes that people ought to behave as special organs authorized to create law by their acts (the ‘legislator’ in the widest sense) ordain”. KELSEN, Hans. **General Theory of Law and State**. [Sem edição] [Edição original Harvard University Press, 1949]. New Brunswick/London: Transaction Publishers, 2006, p. 365.

173 Tradução livre de: “Legislation, in the usual narrower sense, is only a special case of statutory creation, viz. the creation of a general norm by a special organ”. KELSEN, Hans. **General Theory of Law and State**. [Sem edição] [Edição original Harvard University Press, 1949]. New Brunswick/London: Transaction Publishers, 2006, p. 365.

174 FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 10 ed. Versão e-book. São Paulo: Atlas, 2018, obra não paginada.

175 HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio**. 1 ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 487.

176 HESPANHA, António Manuel. **Pluralismo jurídico e direito democrático: prospetivas do direito no século XXI**. [Sem edição]. Versão Kindle. Lisboa: Almedina, 2019, obra não paginada.

pertencentes à comunidade jurídica se comportam sob as mesmas circunstâncias da mesma forma; que este comportamento se verifique por um tempo longo o suficiente; e que nos indivíduos cujos atos constituem o costume surja uma vontade coletiva de que uma pessoa *deve* se comportar daquela forma.¹⁷⁷

António Manuel Hespanha relata que o “costume foi definido pelos romanos como um consenso tácito do povo, inveterado por uma longa prática”, e que em uma definição mais atual o costume corresponderia “ao chamado ‘direito vivido’, ‘direito do quotidiano’”¹⁷⁸. Tércio Sampaio Ferraz Júnior define costume da seguinte maneira:

Em suma, o costume, como fonte de normas consuetudinárias, possui em sua estrutura, um elemento substancial — o uso reiterado no tempo — e um elemento relacional — o processo de institucionalização que explica a formação da convicção da obrigatoriedade e que se explica em procedimentos, rituais ou silêncios presumidamente aprovadores.¹⁷⁹

Assim, características centrais do costume são a repetição, o tempo, e uma convicção de obrigatoriedade. H. L. A. Hart enfatiza que o “costume não é, no mundo moderno, uma ‘fonte’ do direito muito importante. Ele é usualmente uma fonte subordinada, no sentido de que o poder legislativo pode por lei privar uma regra consuetudinária de seu status jurídico”¹⁸⁰. De fato, o costume parece ter um papel meramente auxiliar nos ordenamentos jurídicos contemporâneos. René David et al. destacam que, no âmbito do *civil law*, “a lei frequentemente precisa do suplemento que lhe traz o costume para ser compreendida, as noções a que o legislador recorre requerendo esclarecimento sob o ponto de vista do costume”¹⁸¹.

177 Tradução livre de: “This fact is [...] characterized by the circumstance that men belonging to the legal community behave under the same circumstances in the same way; that this behaviors takes place for a sufficiently long time; and that in the individuals whose acts constitute the custom the collective will arises that one *ought* to behave in that way”. KELSEN, Hans. **Pure Theory of Law**. [Sem edição]. 5 reimpressão. Berkeley: University of California Press, 1967, p. 225.

178 HESPANHA, António Manuel. **Pluralismo jurídico e direito democrático**: prospetivas do direito no século XXI. [Sem edição]. Versão Kindle. Lisboa: Almedina, 2019, obra não paginada.

179 FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 10 ed. Versão e-book. São Paulo: Atlas, 2018, obra não paginada.

180 Tradução livre de: “Custom is not in the modern world a very importante ‘source’ of law. It is usually a subordinate one, in the sense that the legislature may by statute deprive a customary rule of legal status”. HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 3 ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 45.

181 Tradução livre de: « La loi a souvent besoin du supplément qu’apporte la coutume pour être comprise, les notions auxquelles recourt le législateur demandant à être éclairées au vu de la coutume ». DAVID, René; JAUFFRET-SPINOSI, Camille; GORÉ, Marie. **Les grands systèmes de droit contemporains**. 12 ed. Paris: Dalloz, 2016, p. 117.

Assim, há um grande papel exercido pelo costume segundo a lei (*secundum legem*). O costume preenchedor de lacunas jurídicas, isto é, o costume *praeter legem* teve sua importância diminuída pelo progresso das grandes codificações e pelo grande detalhismo e expansão do direito legislado. O costume *contra legem* ou *adversus legem*, por sua vez, é mesmo negado¹⁸². Mesmo no *common law* o costume propriamente dito também possui um papel fortemente residual¹⁸³, embora a jurisprudência e o precedente constituam um tipo especial de costume judicial.

Em suma, o costume é um comportamento reiterado no tempo, com grande lastro histórico, que ganha status de norma jurídica ao adquirir caráter obrigatório. Passa-se, portanto, à jurisprudência enquanto fonte do direito interno.

4.3.3 A jurisprudência

Ao falar do precedente no âmbito do *common law*, Mario G. Losano afirma que a jurisprudência também é um tipo de direito consuetudinário, “mas em um sentido muito específico: o costume que é fonte deste direito não nasce do comportamento da população em geral, mas do comportamento dos próprios juízes”¹⁸⁴. Tércio Sampaio Ferraz Júnior faz uma afirmação similar, dentro do *civil law*: “há um tipo de costume que, por sua relevância, merece um destaque especial: o costume jurisprudencial”¹⁸⁵. Curiosamente, por sua vez, Kelsen classifica as decisões judiciais como direito “legislativo” (*statutory*, na tradução para o inglês de *Teoria Geral do Direito e do Estado*) pois são direito escrito, em oposição ao direito consuetudinário: “Uma norma individual, também, pode ter o caráter de direito legislativo — em oposição ao [direito] consuetudinário —, como, por exemplo, uma decisão judicial ou uma norma criada por contrato ou tratado”¹⁸⁶.

182 FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 10 ed. Versão e-book. São Paulo: Atlas, 2018, obra não paginada. E também: DAVID, René; JAUFFRET-SPINOSI, Camille; GORÉ, Marie. **Les grands systèmes de droit contemporains**. 12 ed. Paris: Dalloz, 2016, p. 117.

183 DAVID, René; JAUFFRET-SPINOSI, Camille; GORÉ, Marie. **Les grands systèmes de droit contemporains**. 12 ed. Paris: Dalloz, 2016, p. 315.

184 Tradução livre de: “[e]sso è dunque un diritto consuetudinario, ma in un senso particolare: la consuetudine che è fonte di questo diritto nasce non dal comportamento popolare, bensì da quello dei giudici”. LOSANO, Mario G. **I Grandi Sistemi Giuridici**: introduzioni ai diritti europei ed extraeuropei. 2 ed. Torino: Einaudi, 1988, p. 170.

185 FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 10 ed. Versão e-book. São Paulo: Atlas, 2018, obra não paginada.

186 Tradução livre de: “But an individual norm, too, may have the character of statutory — in contradistinction to customary — law, as, for instance, a judicial decision or a norm created by

Frederick Schauer afirma que o direito “caracteristicamente olha para trás. [...] Ao ordinariamente requerer que decisões jurídicas sigam precedentes, o direito está comprometido com a visão de que frequentemente é melhor uma decisão seguir o precedente do que estar correta”¹⁸⁷. Decisões judiciais reiteradas, relativas a casos concretos análogos, criam um costume judicial que é a jurisprudência. Assim, decisões futuras devem estar de acordo com decisões passadas dotadas de autoridade especial, dentro dessa particular forma de costume. Em uma visão forte de jurisprudência, típica do *common law*, “os precedentes, isto é as decisões em casos análogos àquele examinado, contêm o direito vigente em forma não-codificada”¹⁸⁸.

Buscando reproduzir a perspectiva do *common law* com relação à distinção entre direito legislado e direito judicial, René David et al. relatam que o legislador se encontraria em uma posição inadequada: por mais detalhista que busque ser, está distante dos casos concretos e não está na posição privilegiada de um juiz, muito mais próximo da realidade¹⁸⁹. Desta maneira, no *common law*, se reconhece facilmente a capacidade das decisões judiciais de criar direito (sendo esta uma tradição de direito jurisprudencial, julgado)¹⁹⁰. Mesmo no *civil law*, nada obstante, a jurisprudência tem um papel importante (ainda que se negue a ela, em princípio, o papel de fonte formal do direito). Ferraz Júnior ressalta que

[s]e é verdade que o respeito à lei e a proibição da decisão *contra legem* constituem regras estruturais fortes do sistema, não podemos desconhecer, de um lado, a formação de interpretações uniformes e constantes que, se não inovam a lei, dão-lhe um sentido geral de orientação; é a chamada jurisprudência pacífica dos tribunais, que não obriga, mas de fato acaba por prevalecer.¹⁹¹

contract or treaty”. KELSEN, Hans. **General Theory of Law and State**. [Sem edição] [Edição original Harvard University Press, 1949]. New Brunswick/London: Transaction Publishers, 2006, p. 365.

187 Tradução livre de: “Law characteristically faces backward. [...] By ordinarily requiring that legal decisions follow precedent, the law is committed to the view that it is often better for a decision to accord with precedent than to be right”. SCHAUER, Frederick F. **Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning**. [Sem edição]. Cambridge/MA, London: Harvard University Press, 2009, p. 36.

188 Tradução livre de: “I precedenti, cioè le decisioni di casi analoghi a quello in esame, contengono il diritto vigente in forma non codificata”. LOSANO, Mario G. **I Grandi Sistemi Giuridici: introduzioni ai diritti europei ed extraeuropei**. 2 ed. Torino: Einaudi, 1988, p. 179.

189 DAVID, René; JAUFFRET-SPINOSI, Camille; GORÉ, Marie. **Les grands systèmes de droit contemporains**. 12 ed. Paris: Dalloz, 2016, p. 290.

190 DAVID, René; JAUFFRET-SPINOSI, Camille; GORÉ, Marie. **Les grands systèmes de droit contemporains**. 12 ed. Paris: Dalloz, 2016, p. 302.

Especialmente no caso de lacunas do direito legislado, também, a jurisprudência adquire importância como forma de costume *praeter legem*, que supre ausências das normas gerais promulgadas em forma de lei¹⁹². H. L. A. Hart faz menção a esta importância de decisões concretas em face de normas gerais ao dizer que “[s]istemas jurídicos diferentes, ou o mesmo sistema em tempos diversos, podem tanto ignorar quanto reconhecer de forma mais ou menos explícita uma tal necessidade para um exercício posterior de escolhas na aplicação de regras gerais a casos específicos”¹⁹³.

Nesse sentido, por exemplo, a República Federativa do Brasil, ainda que pertencendo à tradição jurídica do *civil law*, adotou a ideia de precedentes obrigatórios em seu ordenamento jurídico através da lei — o art. 927 do atual Código de Processo Civil, promulgado em 2015, estabelece várias hipóteses em que precedentes de tribunais devem ser forçosamente seguidos pelas demais instâncias do Poder Judiciário¹⁹⁴. Em suma, se a jurisprudência é o direito que nasce através do costume judicial de respeitar decisões anteriores em casos análogos, reproduzindo suas consequências, estas mudanças recentes no status dos precedentes enquanto fonte do direito permitem passar à discussão da hierarquia das fontes no direito interno.

4.3.4 Hierarquia das fontes de direito interno

As duas grandes tradições jurídicas do *civil law* e do *common law* adotam hierarquias diferentes para as fontes do direito, operam com suas fontes de forma distinta. Isto é possível porque a escolha da hierarquia das fontes é uma escolha eminentemente política — não é uma decorrência da natureza. H. L. A. Hart ressalta que

191 FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 10 ed. Versão e-book. São Paulo: Atlas, 2018, obra não paginada.

192 FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 10 ed. Versão e-book. São Paulo: Atlas, 2018, obra não paginada.

193 Tradução livre de: “Different legal systems, or the same system at different times, may either ignore or acknowledge more or less explicitly such a need for the further exercise of choice in the application of general rules to particular cases”. HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 3 ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 129.

194 Nesse sentido, veja-se: BRASIL; SENADO FEDERAL. **Código de processo civil e normas correlatas**. 7 ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015.

[e]m um sistema jurídico moderno, onde há uma variedade de “fontes” do direito, a regra de reconhecimento [do direito válido] é correspondentemente mais complexa [...]. Na maioria dos casos, faz-se provisão para conflitos possíveis ao se elencar esses critérios em uma ordem de relativa subordinação e primazia.¹⁹⁵

Desta forma, no *civil law* haveria a seguinte hierarquia entre as fontes do direito: “[u]ma lei prevalece sobre um regulamento que lhe seja contrário. Tanto uma lei quanto um regulamento prevalecem sobre um costume que lhes seja inconsistente”¹⁹⁶. O constitucionalismo adicionaria ainda um novo nível hierárquico, acima da lei ordinária: em ordem descendente de autoridade, o *civil law* empregaria a constituição, a legislação, os regulamentos e o costume somente como fontes. Isto seria uma consequência da forte influência do pensamento revolucionário francês sobre essa família jurídica:

[A] familiar teoria de common law do stare decisis — isto é, do poder e da obrigação dos tribunais de embasarem suas decisões em decisões prévias — é obviamente inconsistente com a separação de poderes tal qual formulada nos países de civil law e é, portanto, rejeitada pela tradição do civil law. Decisões judiciais não são lei.¹⁹⁷

Havia uma desconfiança com relação a juízes e a seu papel na sustentação do *ancien régime*¹⁹⁸. O mesmo não ocorria no *common law*, em que o juiz comumente era uma força social progressiva, protegendo indivíduos contra o abuso de poder por parte das autoridades.¹⁹⁹ Assim, no direito anglo-americano, em ordem descendente de autoridade, as fontes do direito seriam os precedentes judiciais, a lei

195 Tradução livre de: “In a modern legal system where there are a variety of ‘sources’ of law, the rule of recognition is correspondingly more complex [...]. In most cases, provision is made for possible conflict by ranking these criteria in an order of relative subordination and primacy”. HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 3 ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 101.

196 Tradução livre de: “[a] statute prevails over a contrary regulation. Both a statute and a regulation prevail over an inconsistent custom”. MERRYMAN, John Henry; PEREZ-PERDOMO, Rogelio. **The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America**. 4 ed. Stanford, CA: Stanford University Press, 2018, p. 24.

197 Tradução livre de: “[T]he familiar common law doctrine of stare decisis — that is, the power and obligation of courts to base decisions on prior decisions — is obviously inconsistent with the separation of powers as formulated in civil law countries and is therefore rejected by the civil law tradition. Judicial decisions are not law”. MERRYMAN, John Henry; PEREZ-PERDOMO, Rogelio. **The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America**. 4 ed. Stanford, CA: Stanford University Press, 2018, p. 23.

198 FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 10 ed. Versão e-book. São Paulo: Atlas, 2018, obra não paginada.

199 MERRYMAN, John Henry; PEREZ-PERDOMO, Rogelio. **The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America**. 4 ed. Stanford, CA: Stanford University Press, 2018, p. 17.

e o costume²⁰⁰. Todavia, como aponta Alan Uzelac, “as duas grandes famílias jurídicas do civil law e do common law estão convergindo, indubitavelmente. Sob alguns aspectos, não é sequer claro se suas diferenças são ainda significativas para qualquer propósito prático”²⁰¹. Haveria uma aproximação, logo, entre o *civil law* e o *common law*. Há mesmo sistemas jurídicos híbridos entre o *civil law* e o *common law*, que surgiram no mais da vezes em locais onde houve colonização cruzada, em um momento por uma metrópole europeia continental, e em outro momento pelo Reino Unido ou pelos Estados Unidos. Costuma-se chamar a esses sistemas “sistemas mistos entre *common law* e *civil law*” ou, abreviadamente, “sistemas mistos”²⁰².

São exemplos de sistemas mistos a África do Sul; a Escócia; o estado da Louisiana, nos Estados Unidos da América; Malta; a província do Québec, no Canadá; e as Filipinas²⁰³. Em tais ordens jurídicas, a força do precedente

assenta-se em algum ponto entre o legado original do *civil law*, que atribuía pouco ou nenhum valor às decisões judiciais enquanto fonte do direito, e a perspectiva ingressante, anglo-americana, que encara tais decisões como o direito em si, como a própria lei.²⁰⁴

Assim, a hierarquia tradicional das fontes do direito é de alguma forma solapada, modificada — pois trata-se essencialmente de uma escolha política, mas não necessariamente uma escolha instantânea. Nessas localidades, é algo que decorre de fatores culturais e históricos. Mesmo em países firmemente dentro da tradição do *common law* e do *civil law* a situação vem se tornando mais e mais matizada. René David et al. asseveram, por exemplo, que “nos Estados Unidos,

200 LOSANO, Mario G. **I Grandi Sistemi Giuridici**: introduzioni ai diritti europei ed extraeuropei. 2 ed. Torino: Einaudi, 1988, p. 177.

201 Tradução livre de: “The two great legal families of civil law and common law are undoubtedly converging. In certain aspects, it is not even clear whether their differences are still significant for any practical purpose”. UZELAC, Alan. Survival of the Third Legal Tradition? **Supreme Court Law Review**, [sem local] [Canadá], v. 49, 2 série, p. 377–396, 2010, p. 396.

202 Para um tratamento detalhado de tais sistemas, veja-se: PALMER, Vernon V. (org.). **Mixed Jurisdictions Worldwide**: The Third Legal Family. 2 ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.

203 UNIVERSIDADE DE OTTAWA. JuriGlobe — World Legal Systems: Research Group. Mixed Legal Systems. Disponível em: <<http://www.juriglobe.ca/eng/sys-juri/class-poli/sys-mixtes.php>>. Acesso em: 12 nov. 2018.

204 Tradução livre de: “falls somewhere in the middle between the original civilian heritage which attributed little or no value to judicial decisions as legal sources and the incoming Anglo-American view which treated decisions as the law itself”. PALMER, Vernon V. (org.). **Mixed Jurisdictions Worldwide**: The Third Legal Family. 2 ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, p. 57.

como na Inglaterra, a evolução do direito é atualmente, em múltiplos e importantes setores, comandada pela legislação”²⁰⁵.

Em obra de 1988 Mario G. Losano já assinalava que, no Reino Unido, “a importância da legislação direta e delegada vem crescendo, até assumir uma importância fundamental (mesmo se não predominante) a partir do século XIX”²⁰⁶. Similarmente, John Henry Merryman e Rogelio Pérez-Perdomo afirmam que “aqueles que contrastam as tradições do civil law e do common law através de um suposto não-uso da autoridade judicial na primeira e uma doutrina vinculante do precedente na segunda exageram em ambos os lados”²⁰⁷.

Pode-se sintetizar a questão ao dizer que a hierarquia das fontes do direito no direito interno é essencialmente uma escolha política; que essa escolha usualmente decorre de fatores históricos e culturais; que, nada obstante, legislação e jurisprudência são as fontes do direito de maior importância no *civil law* e no *common law*, e que o costume assume uma posição de segundo plano em face da expansão das outras fontes.

Passa-se à análise das fontes do direito no direito internacional público.

4.4 FONTES DE DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO

É frequente a afirmação de que o direito internacional é “menos desenvolvido que o sistema jurídico interno médio”²⁰⁸. É frequente mesmo que se negue o caráter de direito do direito internacional (como Kelsen discute em sua

205 Tradução livre de: « Aux États-Unis comme en Angleterre, l'évolution du droit est désormais, en de multiples et importants secteurs, commandée par la législation ». DAVID, René; JAUFFRET-SPINOSI, Camille; GORÉ, Marie. **Les grands systèmes de droit contemporains**. 12 ed. Paris: Dalloz, 2016, p. 347.

206 Tradução livre de: “L'importanza della legislazione diretta e delegata è andata crescendo, sino ad assumere un'importanza fondamentale (anche se non predominante) a partire dal secolo XIX”. LOSANO, Mario G. **I Grandi Sistemi Giuridici**: introduzioni ai diritti europei ed extraeuropei. 2 ed. Torino: Einaudi, 1988, p. 177.

207 Tradução livre de: “Those who contrast the civil law and the common law traditions by a supposed nonuse of judicial authority in the former and a binding doctrine of precedent in the latter exaggerate on both sides”. MERRYMAN, John Henry; PEREZ-PERDOMO, Rogelio. *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America*. 4 ed. Stanford, CA: Stanford University Press, 2018, p. 47.

208 Tradução livre de: “the international legal system is less developed than the average domestic legal system”. KAMMINGA, Menno T. *International Law*, in: HAGE, Jaap; WALTERMANN, Antonia; AKKERMANS, Bram (eds.). **Introduction to Law**. 2 ed. Versão e-book. Cham (Suíça): Springer, 2017, p. 295.

*Teoria Geral do Direito e do Estado*²⁰⁹, para afirmar a natureza jurídica do direito internacional, porém), ou que se diga se tratar de uma ordem jurídica primitiva, sem regras secundárias (algo discutido por H. L. A. Hart²¹⁰, por exemplo). Apesar dessas questões, há contemporaneamente um rol de fontes do direito internacional público com grande aceitação, permitindo identificar quais suas fontes usuais.

Ao falar sobre as fontes do direito internacional público, Antônio Augusto Cançado Trindade afirma que “[a]inda hoje, talvez o ponto de partida mais conveniente, senão natural, para o estudo da matéria seja o artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça (CIJ)”²¹¹. Similarmente, James L. Brierly e Andrew Clapham asseveram, quanto ao mesmo artigo 38, que é “um texto da mais alta autoridade, e podemos justamente assumir que ele influencia a forma que outras cortes e tribunais abordam as fontes do direito internacional”²¹². Eis o que dispõe o referido artigo:

Artigo 38. 1. A Corte, cuja função é decidir de acordo com o direito internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará:

- a) as convenções internacionais, quer gerais, quer especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes;
- b) o costume internacional, como prova de uma prática geral aceita como sendo o direito;
- c) os princípios gerais de direito reconhecidos pelas Nações civilizadas;
- d) sob ressalva da disposição do art. 59, as decisões judiciais e a doutrina dos publicistas mais qualificados das diferentes Nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito.²¹³

É comum que se advirta que o rol de fontes do artigo 38 do Estatuto da CIJ não é exaustivo. Todavia, as fontes que elenca são as fontes clássicas do direito internacional público e, considerando que todos os 193 Estados-membros das Nações Unidas são também partes do Estatuto da Corte Internacional de Justiça,

209 KELSEN, Hans. **General Theory of Law and State**. [Sem edição] [Edição original Harvard University Press, 1949]. New Brunswick/London: Transaction Publishers, 2006, p. 328.

210 HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 3 ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 214.

211 TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Princípios do Direito Internacional Contemporâneo**. 2 ed. Brasília: FUNAG, 2017, p. 54.

212 Tradução livre de: “This is a text of the highest authority, and we may fairly assume that it influences the way that other courts and tribunals approach the sources of international law”. BRIERLY, James L.; CLAPHAM, Andrew B. **Brierly’s Law of Nations: an Introduction to the Role of International Law in International Relations**. 7 ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 54.

213 Utilizou-se o texto do Estatuto da Corte Internacional de Justiça tal qual traduzido pelo Decreto n. 19.841 de 1945: BRASIL. Decreto n. 19.841, de 22 de outubro de 1945. Promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas. Publicação 22 out. 1945.

“não há qualquer objeção séria quanto ao dispositivo exprimir a percepção universal com relação à enumeração das fontes de direito internacional”²¹⁴. Assim, serão essas fontes que serão tomadas no presente trabalho enquanto fontes de direito internacional público. Todavia, em sua exposição, a ordem do artigo 38 será subvertida, para iniciar pela fonte mais antiga da ordem jurídica internacional: o costume.

4.4.1 O costume

Conforme o artigo 38 do Estatuto da CIJ, o costume internacional é “prova de uma prática geral aceita como sendo o direito”. Malcolm N. Shaw ressalta que, em direito internacional, o costume é “uma fonte dinâmica do direito em virtude da natureza do sistema internacional e sua falta de órgãos governamentais centralizados”²¹⁵. Curiosamente, pode-se dizer que o dispositivo no Estatuto da CIJ está redigido ao inverso — isto é, “o costume não é, estritamente, evidência de uma prática geral, mas na verdade é o contrário; a prática é evidência de que há um costume”²¹⁶. Nada obstante, o artigo indica que há dois elementos necessários para que se possa estar diante de um costume internacional: “a prática dos Estados e a *opinio juris sive necessitatis*”²¹⁷.

Assim, o primeiro elemento do costume internacional “é estabelecido pelas ações dos Estados”²¹⁸. Isto apresenta um problema para quem tenta definir a existência de um costume, pois “não há um ‘Estado’ vivente, e sim milhares de autoridades em centenas de departamentos exercendo funções governamentais

214 Tradução livre de: “there is no serious contention that the provision expresses the universal perception as to the enumeration of sources of international law”. SHAW, Malcolm N. **International Law**. 6 ed. Versão e-book. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 71.

215 Tradução livre de: “it is a dynamic source of law in the light of the nature of the international system and its lack of centralised government organs”. SHAW, Malcolm N. **International Law**. 6 ed. Versão e-book. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 73.

216 Tradução livre de: “the custom is not, strictly, evidence of a general practice, but rather the other way around; the practice is evidence that there is a custom”. KLABBERS, Jan. **International Law**. [Sem edição]. Versão e-book. Cambridge/New York: Cambridge University Press, 2013, obra não paginada.

217 CHARLESWORTH, Hilary. Law-making and sources, in: CRAWFORD, James; Koskenniemi, MARTTI (orgs.). **The Cambridge Companion to International Law**. [Sem edição] 3 reimpressão. New York: Cambridge University Press, 2013, p. 187–202, p. 192–193.

218 Tradução livre de: “The first element is established by actions of states”. CHARLESWORTH, Hilary. Law-making and sources, in: CRAWFORD, James; Koskenniemi, MARTTI (orgs.). **The Cambridge Companion to International Law**. [Sem edição] 3 reimpressão. New York: Cambridge University Press, 2013, p. 187–202, p. 193.

[...]”²¹⁹. Jan Klabbbers ressalta que se aceita, geralmente, que atos materiais dos Estados são constitutivos da prática estatal e podem dar origem a costume — exemplos seriam “tomar embarcações estrangeiras, de fato expropriar propriedade estrangeira ou enviar satélites para a órbita [terrestre]”²²⁰. Klabbbers afirma ainda que atos legislativos também são vistos como prática estatal, assim como suas práticas de justiça como um todo. Outras evidências da prática dos Estados seriam

correspondência diplomática, enunciações de política pública, declarações à imprensa, pareceres de consultores jurídicos governamentais, manuais oficiais sobre questões jurídicas [...], decisões e práticas executivas, ordens para forças militares [...], comentários governamentais sobre minutas da Comissão de Direito Internacional [...], decisões judiciais nacionais e internacionais, enunciações em tratados e outros instrumentos internacionais [...]

²²¹.

De qualquer forma, o que se tenta definir é o que é realmente feito pelos Estados, em especial em suas relações uns com os outros. Jan Klabbbers ressalta que o elemento temporal no costume internacional não é sempre relevante, isto é, não se exige sempre que a prática dos Estados tenha um grande lastro no tempo ou seja tradicional. Assim, “muitos incidentes em um curto período de tempo podem ter tanta força quanto poucos exemplos espalhados em um longo período de tempo, ou talvez ainda mais”²²².

Distingue-se aqui, porém, o costume do simples uso. Brierly e Clapham ressaltam que “[c]ostume, no sentido jurídico, significa algo mais que um mero hábito ou uso; é um uso sentido por aqueles que o seguem como obrigatório”²²³. Ian

219 Tradução livre de: “there is no living ‘state’ but rather thousands of officials in scores of departments exercising governmental function [...]”. SHAW, Malcolm N. **International Law**. 6 ed. Versão e-book. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 73.

220 KLABBERS, Jan. **International Law**. [Sem edição]. Versão e-book. Cambridge/New York: Cambridge University Press, 2013, obra não paginada.

221 Tradução livre de: “diplomatic correspondence, policy statements, press releases, the opinions of government legal advisers, official manuals on legal questions [...], executive decisions and practices, orders to military forces [...], comments by governments on ILC drafts [...], legislation, international and national judicial decisions, recitals in treaties and other international instruments [...]”. BROWNLIE, Ian; CRAWFORD, James. **Brownlie’s Principles of Public International Law**. 8 ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 24.

222 Tradução livre de: “Many incidents over a short period of time may be just as forceful as a handful of instances spread out over a long period of time, or even more so”. KLABBERS, Jan. **International Law**. [Sem edição]. Versão e-book. Cambridge/New York: Cambridge University Press, 2013, obra não paginada.

223 Tradução livre de: “Custom in its legal sense means something more than mere habit or usage; it is a usage felt by those who follow it as obligatory”. BRIERLY, James L.; CLAPHAM, Andrew B. **Brierly’s Law of Nations: an Introduction to the Role of International Law in International Relations**. 7 ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 57.

Brownlie e James Crawford também fazem a distinção: “[e]mbora os termos eventualmente sejam empregados de forma intercambiável, ‘costume’ e ‘uso’ são termos da arte com diferentes significados. Um uso é uma prática geral que não reflete uma obrigação jurídica”²²⁴.

Assim, chega-se ao segundo elemento do costume internacional: sua aceitação enquanto direito, comumente expressada na locução latina *opinio juris sive necessitatis*. É isto que distingue o costume do mero hábito ou uso. Todavia, as evidências para esta crença no caráter jurídico da obrigação consuetudinária são frequentemente as mesmas que se utiliza para estabelecer o elemento prático do costume: “promulgar uma lei, concluir um tratado, adotar práticas de justiça”²²⁵ podem ser tanto evidência de uma prática estatal quanto do sentimento de juridicidade quanto à conduta adotada. Brownlie e Crawford relatam que a Corte Internacional de Justiça “frequentemente infere a existência de *opinio juris* com base em uma prática geral, em consenso doutrinário ou a partir de determinações anteriores suas próprias ou de outros tribunais”²²⁶.

Talvez uma das maiores diferenças entre o costume internacional e o costume no direito interno é a possibilidade de se fazer objeção persistente ao costume. Considerando Estados soberanos como os principais sujeitos e criadores do direito internacional público, sem autoridade acima deles, o consentimento estatal continua sendo importante mesmo com relação a normas consuetudinárias, dando origem à figura do objetor persistente. Hilary Charlesworth nota que “objetar persistentemente contra uma regra não trará grandes resultados para você em um sistema jurídico nacional, mas o direito internacional tem reconhecido a possibilidade de um Estado optar por sair de regras consuetudinárias”²²⁷. Desta

224 Tradução livre de: “Although the terms are sometimes used interchangeably, ‘custom’ and ‘usage’ are terms of art with different meanings”. BROWNLIE, Ian; CRAWFORD, James. **Brownlie’s Principles of Public International Law**. 8 ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 23.

225 Tradução livre de: “enacting a law, concluding a treaty, engaging in a legal practice”. KLABBERS, Jan. **International Law**. [Sem edição]. Versão e-book. Cambridge/New York: Cambridge University Press, 2013, obra não paginada.

226 Tradução livre de: “The International Court will often infer the existence of *opinio iuris* from a general practice, from scholarly consensus or from its own or other tribunals previous determinations”. BROWNLIE, Ian; CRAWFORD, James. **Brownlie’s Principles of Public International Law**. 8 ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 26.

227 Tradução livre de: “Persistently objecting to a rule will not get you far in a national legal system, but international law has recognised the possibility of a state opting out of customary rules”. CHARLESWORTH, Hilary. Law-making and sources, in: CRAWFORD, James; Koskenniemi, MARTTI (orgs.). **The Cambridge Companion to International Law**. [Sem edição] 3 reimpressão. New York: Cambridge University Press, 2013, p. 187–202, p. 195.

forma, “se um Estado nota que uma nova regra de direito consuetudinário está sendo criada, e ele se sente incapaz de aceitá-la, ele deve fazer notar sua oposição. Ao objetar persistentemente, o Estado pode garantir que ele não fique vinculado”²²⁸.

Sinteticamente, o costume internacional é uma prática geral dos Estados tida como obrigatória por questão de direito. Não é necessário um grande lastro temporal para o estabelecimento de um costume internacional. Além, embora a regra seja o consentimento tácito em caso de silêncio, um Estado pode “escapar” de um costume em formação através de objeções persistentes.

4.4.2 O tratado

O item (a) do artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça estabelece que a corte aplicará, para solução de casos, “as convenções internacionais, quer gerais, quer especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes”. As convenções internacionais/tratados internacionais são pragmaticamente a mais relevante fonte do direito internacional, porque são o único instrumento à disposição dos Estados para atingir muitos objetivos distintos: realizar negócios, criar normas gerais, estabelecer instituições internacionais. Desta forma, “muito é requisitado dos tratados e, especialmente durante o século XX, o tratado se tornou a fonte dominante de direito internacional — ou, se não de ‘direito’ propriamente dito, ao menos de direitos subjetivos e obrigações”²²⁹.

Tratados internacionais possuem muitos nomes: “[c]onvenções, acordos internacionais, pactos, atos gerais, cartas, até estatutos, declarações [...]”²³⁰. Nada obstante a variedade de nomes, todos eles se referem à “criação de acordos escritos através dos quais os Estados participantes se vinculam juridicamente a

228 Tradução livre de: “If a state notices that a new rule of customary law is in the process of being created, and it feels unable to accept it, it should make its opposition known. By objecting persistently, the state can ensure that it does not become bound”. KLABBERS, Jan. **International Law**. [Sem edição]. Versão e-book. Cambridge/New York: Cambridge University Press, 2013, obra não paginada.

229 Tradução livre de: “Hence, a lot is demanded from treaties and, especially during the twentieth century, the treaty has become the dominant source of international law – or, if not of ‘law’ per se, then at least of rights and obligations”. KLABBERS, Jan. **International Law**. [Sem edição]. Versão e-book. Cambridge/New York: Cambridge University Press, 2013, obra não paginada.

230 Tradução livre de: “Conventions, International Agreements, Pacts, General Acts, Charters, through to Statutes, Declarations [...]”. SHAW, Malcolm N. **International Law**. 6 ed. Versão e-book. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 93.

atuar de forma específica ou a estabelecer relações específicas entre si”²³¹. Tratados são similares a contratos, nesse sentido, e também obrigam somente as partes que lhes são aderentes²³². Brownlie e Crawford distinguem entre “tratados jurígenos/criadores de direito” (*law-making treaties*) e outros tratados²³³. Similarmente, Hildebrando Accioly et al. fazem menção a uma distinção doutrinária (que consideram ultrapassada) entre tratados-contratos, tratados-lei e tratados-normativos²³⁴. É importante notar, portanto, que tratados são muito variados com relação às suas finalidades, contextos, forma.

Hilary Charlesworth aponta que “tratados bilaterais, entre dois países, podem ser bastante específicos e técnicos, como em acordos de livre comércio. Tais acordos constituem uma fonte do direito apenas no sentido limitado em que vinculam as duas partes”, de tal maneira que “não têm implicações para o desenvolvimento do direito internacional em geral”²³⁵. É uma pergunta que se pode fazer: em que circunstâncias tratados são fonte genuína de direito internacional público geral? James L. Brierly e Andrew Clapham afirmam o seguinte:

A classe de tratados, a qual se pode admitir enquanto fonte de direito geral, são aqueles tratados que um grande número de Estados firmaram para o propósito ou de declarar seu entendimento sobre qual é o direito em determinado assunto, ou para estabelecer uma nova regra geral para conduta futura, ou para criar alguma instituição internacional.²³⁶

231 Tradução livre de: “the creation of written agreements whereby the states participating bind themselves legally to act in a particular way or to set up particular relations between themselves”. SHAW, Malcolm N. **International Law**. 6 ed. Versão e-book. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 93.

232 SHAW, Malcolm N. **International Law**. 6 ed. Versão e-book. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 94.

233 BROWNLIE, Ian; CRAWFORD, James. **Brownlie’s Principles of Public International Law**. 8 ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 30.

234 ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de direito internacional público**. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 160.

235 Tradução livre de: “Bilateral treaties, between two states, may be quite specific and technical, for example free trade agreements. Such agreements constitute a source of law only in the limited sense that they bind the two parties [...] They do not have implications for the development of international law more generally”. CHARLESWORTH, Hilary. Law-making and sources, in: CRAWFORD, James; Koskenniemi, MARTTI (orgs.). **The Cambridge Companion to International Law**. [Sem edição] 3 reimpressão. New York: Cambridge University Press, 2013, p. 187–202, p. 191.

236 Tradução livre de: “The class of treaties, which it is admissible to treat as a source of general law, are those which a large number of states have concluded for the purpose either of declaring their understanding of what the law is on a particular subject, or of laying down a new general rule for future conduct, or of creating some international institution”. BRIERLY, James L.; CLAPHAM, Andrew B. **Brierly’s Law of Nations: an Introduction to the Role of International Law in International Relations**. 7 ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 55.

Em uma definição muito mais sintética, Brownlie e Crawford asseveram que *law-making treaties* são aqueles que “criam obrigações jurídicas cuja observância uma única vez não desfaz a obrigação” e que “criam normas gerais, enquadradas como proposições jurídicas, para governar a conduta das partes”²³⁷. Tratados e costume internacional estabelecem entre si uma relação complexa. Isto porque, desde o início, a própria natureza obrigatória dos tratados decorre de um princípio de direito internacional consuetudinário, isto é, da norma *pacta sunt servanda*²³⁸. Similarmente, para além da natureza obrigatória dos tratados, as próprias regras para assinatura, efeitos, aplicação, validade e rescisão de tratados foram desenvolvidas por um longo período de tempo, séculos, no direito internacional consuetudinário — e somente depois codificadas na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969²³⁹.

De fato, há muitos tratados que são declaratórios de regras de direito internacional já existentes, que positivam normas internacionais consuetudinárias²⁴⁰. Malcolm N. Shaw ressalta, contudo, que mesmo quando um tratado cobre os mesmos pontos que um costume, “este último não será simplesmente absorvido pelo primeiro, mas manterá sua existência separada”²⁴¹. Tratados podem também acabar por gerar direito consuetudinário, especialmente quando servirem de elemento de prova da *opinio juris* com relação a alguma prática generalizada²⁴². Desta forma, as provisões do tratado se tornam vinculantes até mesmo para Estados não-partes, mas não por si só, e sim através do costume — isto porque “tipicamente, o que importa é que Estados expressem seu consentimento em se

237 Tradução livre de: “So-called ‘law-making’ treaties create legal obligations, the one-time observance of which does not discharge the obligation [...] Law-making treaties create general norms, framed as legal propositions, to govern the conduct of the parties”. BROWNLIE, Ian; CRAWFORD, James. **Brownlie’s Principles of Public International Law**. 8 ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 31.

238 SHAW, Malcolm N. **International Law**. 6 ed. Versão e-book. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 94.

239 KLABBERS, Jan. **International Law**. [Sem edição]. Versão e-book. Cambridge/New York: Cambridge University Press, 2013, obra não paginada.

240 CHARLESWORTH, Hilary. Law-making and sources, in: CRAWFORD, James; Koskeniemi, MARTTI (orgs.). **The Cambridge Companion to International Law**. [Sem edição] 3 reimpressão. New York: Cambridge University Press, 2013, p. 187–202, p. 191.

241 Tradução livre de: “the latter will not be simply absorbed within the former but will maintain its separate existence.”. SHAW, Malcolm N. **International Law**. 6 ed. Versão e-book. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 96.

242 SHAW, Malcolm N. **International Law**. 6 ed. Versão e-book. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 96.

vincular; desta forma, o estar vinculado por um tratado pode ser reconciliado com o ponto inicial da soberania estatal”²⁴³.

Em suma, um tratado é um acordo firmado entre um ou mais Estados, de acordo com os procedimentos previstos no costume internacional e na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, que pode ser pragmaticamente tanto um mero contrato quanto uma genuína fonte do direito internacional público geral (*law-making treaty*). Quanto ao seu conteúdo, o tratado pode criar novas normas ou positivizar normas preexistentes, ou mesmo criar novas instituições internacionais.

4.4.3 Os princípios gerais de direito

O artigo 38(1)(c) do Estatuto da CIJ menciona “os princípios gerais de direito reconhecidos pelas Nações civilizadas”. Tratados e costume podem ser facilmente reconduzidos à aceitação e ao consenso dos Estados soberanos enquanto fontes do direito internacional — a situação é menos evidente com relação aos princípios gerais. A inclusão dos princípios no artigo 38, segundo Cançado Trindade, “pode ser explicada [...] por uma fundamentação jusnaturalista do direito internacional”²⁴⁴. Brierly e Clapham similarmente afirmam que “sua inclusão é relevante enquanto uma rejeição da doutrina positivista, segundo a qual o direito internacional consiste somente de regras às quais os Estados tenham consentido”²⁴⁵. Malcolm N. Shaw oferece uma explicação alternativa, porém, ao indicar que

[h]á menos casos decididos em direito internacional do que em um sistema nacional, e não há um método de legislar para prover regras para governar novas situações. É por tal razão que a disposição de “princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações civilizadas” foi inserida no artigo 38 como fonte do direito, para colmatar uma lacuna que poderia ser descoberta no direito internacional.²⁴⁶

243 Tradução livre de: “Typically, what matters is that states express their consent to be bound; in this way, being bound by treaty can be reconciled with the starting point of state sovereignty”. KLABBERS, Jan. **International Law**. [Sem edição]. Versão e-book. Cambridge/New York: Cambridge University Press, 2013, obra não paginada.

244 TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Princípios do Direito Internacional Contemporâneo**. 2 ed. Brasília: FUNAG, 2017, p. 87.

245 Tradução livre de: “its inclusion is important as a rejection of the positivist doctrine, according to which international law consists solely of rules to which states have given their consent”. BRIERLY, James L.; CLAPHAM, Andrew B. **Brierly’s Law of Nations: an Introduction to the Role of International Law in International Relations**. 7 ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 64.

246 Tradução livre de: “There are fewer decided cases in international law than in a municipal system and no method of legislating to provide rules to govern new situations. It is for such a reason that

Segundo Jan Klabbers, tais princípios são usualmente tidos como “noções gerais que formam parte do sistema jurídico e que podem ser aplicadas em uma variedade de contextos”²⁴⁷. Isto os distinguiria das regras, que são de aplicabilidade específica em situações determinadas. Na prática, há debate acadêmico sobre a natureza dos princípios gerais de direito: eles poderiam tanto ser normas comuns aos vários ordenamentos jurídicos nacionais quanto normas pautadas na racionalidade, às quais Estados razoáveis adeririam²⁴⁸. Cançado Trindade aponta que uma solução proposta para a identificação dos princípios gerais seria um rigoroso estudo de direito comparado quanto aos direitos internos dos vários Estados, como forma “científica” de encontrar princípios gerais²⁴⁹.

Os princípios gerais de direito não são, assim, adotados nem promulgados de alguma forma: nesse sentido, a Corte Internacional de Justiça “nunca decidiu um caso somente e expressamente com base em um princípio geral de direito”²⁵⁰. Além, “a maioria dos autores está preparada para aceitar que os princípios gerais constituem, de fato, uma fonte distinta do direito, mas de âmbito fortemente limitado, e isto se reflete nas decisões [...] da Corte Internacional de Justiça”²⁵¹.

Os princípios são, logo, uma fonte do direito de papel menor, chamados especialmente para preencher lacunas no direito internacional, com certo apelo jusnaturalista. São distintos de regras de direito, e poderiam ser encontrados ou com base numa certa forma de bom senso jurídico, ou pela comparação dos diversos ordenamentos jurídicos nacionais.

the provision of ‘the general principles of law recognised by civilised nations’ was inserted into article 38 as a source of law, to close the gap that might be uncovered in international law”. SHAW, Malcolm N. **International Law**. 6 ed. Versão e-book. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 98.

247 Tradução livre de: “viewed as general notions that form part of the legal system and can be applied in a variety of settings”. KLABBERS, Jan. **International Law**. [Sem edição]. Versão e-book. Cambridge/New York: Cambridge University Press, 2013, obra não paginada.

248 CHARLESWORTH, Hilary. Law-making and sources, in: CRAWFORD, James; Koskeniemi, MARTTI (orgs.). **The Cambridge Companion to International Law**. [Sem edição]. 3 reimpressão. New York: Cambridge University Press, 2013, p. 187–202, p. 196.

249 TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Princípios do Direito Internacional Contemporâneo**. 2 ed. Brasília: FUNAG, 2017, p. 89.

250 Tradução livre de: “the ICJ has never decided a case solely and expressly on the basis of a general principle of law”. KLABBERS, Jan. **International Law**. [Sem edição]. Versão e-book. Cambridge/New York: Cambridge University Press, 2013, obra não paginada.

251 Tradução livre de: “most writers are prepared to accept that the general principles do constitute a separate source of law but of fairly limited scope, and this is reflected in the decisions of [...] the International Court of Justice”. SHAW, Malcolm N. **International Law**. 6 ed. Versão e-book. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 99.

4.4.4 As decisões judiciais e a doutrina

O artigo 38(1)(d) do Estatuto da CIJ dispõe que decisões judiciais e doutrina serão fontes subsidiárias para a determinação das regras de direito. Por força do artigo 59 do Estatuto²⁵², decisões da própria CIJ só são vinculantes para os Estados litigantes no caso. Assim, “tais decisões não são estritamente vistas como precedente e não são, portanto, autoridades vinculantes em direito internacional”²⁵³. A Corte Internacional de Justiça busca, porém, ser consistente em suas decisões e frequentemente faz referência a suas decisões anteriores²⁵⁴. Não somente decisões da extinta Corte Permanente de Justiça Internacional e da atual Corte Internacional de Justiça são utilizadas: julgamentos de tribunais arbitrais internacionais e de tribunais nacionais também são empregados²⁵⁵.

Quanto à doutrina, é importante novamente indicar o papel fundamental de autores como Suárez e Grócio no desenvolvimento do direito internacional público. Todavia, a Corte Internacional de Justiça parece fazer pouco ou nenhum uso de citações à doutrina²⁵⁶, possivelmente em virtude das implicações políticas que a nacionalidade dos autores eventualmente citados pudesse vir a ter²⁵⁷. Nada obstante, Brierly e Clapham ressaltam que a doutrina pode “prover evidência útil do que a lei é”²⁵⁸ ou, ainda, criar opiniões que influenciam a conduta dos Estados que,

252 Artigo 59. A decisão da Corte só será obrigatória para as partes litigantes e a respeito do caso em questão. BRASIL. Decreto n. 19.841, de 22 de outubro de 1945. Promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas. Publicação 22 out. 1945.

253 Tradução livre de: “Such decisions are not strictly seen as precedents and are therefore not binding authorities in international law”. BRIERLY, James L.; CLAPHAM, Andrew B. **Brierly’s Law of Nations: an Introduction to the Role of International Law in International Relations**. 7 ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 65.

254 CHARLESWORTH, Hilary. Law-making and sources, in: CRAWFORD, James; Koskeniemi, MARTTI (orgs.). **The Cambridge Companion to International Law**. [Sem edição] 3 reimpressão. New York: Cambridge University Press, 2013, p. 187–202, p. 197.

255 SHAW, Malcolm N. **International Law**. 6 ed. Versão e-book. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 111.

256 BROWNLIE, Ian; CRAWFORD, James. **Brownlie’s Principles of Public International Law**. 8 ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 43.

257 CHARLESWORTH, Hilary. Law-making and sources, in: CRAWFORD, James; Koskeniemi, MARTTI (orgs.). **The Cambridge Companion to International Law**. [Sem edição] 3 reimpressão. New York: Cambridge University Press, 2013, p. 187–202, p. 197.

258 Tradução livre de: “provide useful evidence of what the law is”. BRIERLY, James L.; CLAPHAM, Andrew B. **Brierly’s Law of Nations: an Introduction to the Role of International Law in International Relations**. 7 ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 66.

por sua vez, de fato modificam o direito internacional através de costumes e tratados.

4.4.5 Hierarquia das fontes de direito internacional público — a questão do *jus cogens*

A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados dispõe, em seu artigo 53:

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.²⁵⁹

Assim, um tratado que viole uma “norma imperativa” de direito internacional geral é nulo. Estas normas imperativas são conhecidas como normas de *jus cogens*, isto é, “regras substantivas reconhecidas como de status superior em si”²⁶⁰. Esta disposição põe um problema, pois ordinariamente se reconhecia que não havia hierarquia entre as distintas fontes de direito internacional. Jan Klabbbers relata que o reconhecimento de normas como sendo de *jus cogens* é decorrente de uma ideia de ordem pública internacional: se, no direito interno, um contrato para assassinar alguém é tido como nulo, também no direito internacional público certos comportamentos são tidos como inaceitáveis²⁶¹.

No mesmo sentido, Malcolm N. Shaw afirma que “o conceito de *jus cogens* é baseado sobre a aceitação de valores fundamentais e superiores dentro do sistema e em alguns aspectos é similar à noção de ordem pública ou política pública em ordenamentos jurídicos nacionais”²⁶². Com relação a quais seriam normas de *jus*

259 BRASIL. Decreto n. 7.030 de 14 de dezembro de 2009. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. Diário Oficial da União de 15 dez. 2009, p. 59.

260 Tradução livre de: “Rules of *jus cogens*, on the other hand, are substantive rules recognised to be of a higher status as such”. SHAW, Malcolm N. **International Law**. 6 ed. Versão e-book. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 124.

261 KLABBERS, Jan. **International Law**. [Sem edição]. Versão e-book. Cambridge/New York: Cambridge University Press, 2013, obra não paginada.

262 Tradução livre de: “The concept of *jus cogens* is based upon an acceptance of fundamental and superior values within the system and in some respects is akin to the notion of public order or public policy in domestic legal orders”. SHAW, Malcolm N. **International Law**. 6 ed. Versão e-

cogens, Hilary Charlesworth relata que há “amplo suporte para as proibições da escravidão, do genocídio e da discriminação racial como parte do *jus cogens*”²⁶³. Brierly e Clapham ressaltam que o impacto da norma que invalida tratados contrários ao *jus cogens* é muito mais conceitual do que prático:

Novamente o argumento conceitual é talvez mais importante do que a aplicação prática da regra. Nenhum tratado foi invalidado como resultado desta regra. Não se tentou elaborar novos tratados para se cometer agressão, tráfico de escravos ou genocídio. Mas a ideia de que há princípios de política pública internacional que podem invalidar um tratado e se sobrepor ao consentimento dos Estados é uma ideia poderosa.²⁶⁴

Isto porque a existência de uma norma explícita para a invalidação de tratados por desconformidade a outras normas tem um papel importante em hierarquizar o direito internacional público. Discutindo a questão da hierarquia das normas e do caráter jurídico do direito internacional, H. L. A. Hart asseverou que o sistema jurídico internacional “não possui regras secundárias de mudança e de julgamento [...], nem uma regra de reconhecimento unificadora especificando ‘fontes’ do direito e provendo critérios gerais para a identificação de suas regras”²⁶⁵. É possível observar que isto não é estritamente verdade após a entrada em vigor da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, ou mesmo após a entrada em vigor da Carta das Nações Unidas e do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, com adesão massiva de praticamente todos os Estados existentes.

Tratados só são usualmente reconhecidos enquanto tal se seguirem as prescrições da Convenção de Viena; similarmente, aceitam-se todas as fontes do direito internacional elencadas no Estatuto da CIJ enquanto fontes de direito. A

book. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 125.

263 Tradução livre de: “There is wide support for the prohibitions of slavery, genocide and racial discrimination as part of the *jus cogens*”. CHARLESWORTH, Hilary. Law-making and sources, in: CRAWFORD, James; Koskenniemi, MARTTI (orgs.). **The Cambridge Companion to International Law**. [Sem edição] 3 reimpressão. New York: Cambridge University Press, 2013, p. 187–202, p. 197.

264 Tradução livre de: “Again the conceptual point is perhaps more important than the practical application of the rule. No treaties have been invalidated as a result of this rule. No attempts have been made to draft new treaties to engage in aggression, the slave trade, or genocide. But the idea that there are principles of international public policy that can invalidate a treaty and override the consent of states is a powerful one”. BRIERLY, James L.; CLAPHAM, Andrew B. **Brierly’s Law of Nations: an Introduction to the Role of International Law in International Relations**. 7 ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 342.

265 Tradução livre de: “lacks the secondary rules of change and adjudication [...], but also a unifying rule of recognition specifying ‘sources’ of law and providing general criteria for the identification of its rules”. HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 3 ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 214.

possibilidade de uma norma invalidar outra também aponta para a existência de regras secundárias no âmbito do direito internacional. Para Kelsen, havia uma clara hierarquia de validade entre o costume internacional e o tratado, pois a norma *pacta sunt servanda* é norma internacional consuetudinária que confere validade e obrigatoriedade aos tratados:

O direito internacional consuetudinário, desenvolvido sobre esta norma [hipotética fundamental], é o primeiro estágio dentro da ordem jurídica internacional. O próximo estágio é formado por normas criadas por tratados internacionais. A validade dessas normas é dependente da norma *pacta sunt servanda*, que é ela própria uma norma pertencente ao primeiro estágio do direito internacional geral, que é o direito criado pelo costume constituído pelos atos dos Estados. O terceiro estágio é formado pelas normas criadas pelos órgãos que são eles próprios criados por tratados internacionais [...].²⁶⁶

Num certo sentido, a possibilidade do *jus cogens* invalidar tratados não é excepcional se o *jus cogens* for tomado como uma modalidade especial do costume internacional. Como apontado acima, os elementos que caracterizam um costume internacional são a prática dos Estados e a *opinio juris sive necessitatis*. Em relatório elaborado para a Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas, Dire Tladi postula dois critérios para o reconhecimento de uma norma de direito internacional enquanto *jus cogens*. Inicialmente, a norma analisada deve ser uma norma de “direito internacional geral” e não *lex specialis*.

Dire Tladi ressalta que “a manifestação mais óbvia de direito internacional geral é o direito internacional consuetudinário. De fato, muitos vêem o direito internacional consuetudinário como a base mais comum para a formação de normas de *jus cogens*”²⁶⁷. Tladi afirma ainda que a relação crucial entre costume internacional e *jus cogens* foi repisada por diversos pronunciamentos dos Estados na Assembleia Geral das Nações Unidas. No mesmo sentido, “decisões de outros

266 Tradução livre de: “Customary international law, developed on the basis of this norm, is the first stage within the international legal order. The next stage is formed by the norms created by international treaties. The validity of these norms is dependent upon the norm *pacta sunt servanda*, which itself is a norm belonging to the first stage of general international law, which is law created by custom constituted by acts of States. The third stage is formed by norms created by organs which are themselves created by international treaties [...]”. KELSEN, Hans. **General Theory of Law and State**. [Sem edição] [Edição original Harvard University Press, 1949]. New Brunswick/London: Transaction Publishers, 2006, p. 369–370.

267 Tradução livre de: “The most obvious manifestation of general international law is customary international law. Indeed, many see customary international law as the most common basis for the formation of *jus cogens* norms” INTERNATIONAL LAW COMMISSION OF THE UNITED NATIONS; TLADI, Dire. **Second report on jus cogens by Dire Tladi, Special Rapporteur**. A/CN.4/706. Genebra, 01/mai.–02/jun., 03/jul.–04/ago. 2017, p. 21. Disponível em: <<http://legal.un.org/docs/?symbol=A/CN.4/706>>. Acesso em: 09 abr. 2017.

tribunais internacionais confirmam a relação entre costume internacional e normas de *jus cogens*”, e “cortes nacionais similarmemente confirmaram o direito internacional consuetudinário enquanto fonte de muitas das normas de *jus cogens*”²⁶⁸. Assim, frequentemente normas de *jus cogens* são também normas consuetudinárias. O outro critério para reconhecimento de normas de *jus cogens* é que elas precisam ser “aceitas e reconhecidas pela comunidade internacional de Estados como um todo enquanto uma norma sobre a qual nenhuma derrogação é permitida”²⁶⁹.

Esta aceitação e este reconhecimento são muito similares à *opinio juris sive necessitatis* requerida para o simples costume internacional. Dire Tladi ressalta que, no caso *Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite*, a própria Corte Internacional de Justiça pode ter possivelmente reunido *opinio juris sive necessitatis* e *opinio juris cogentis* em um critério único, para então reconhecer a proibição da tortura enquanto costume internacional e norma de *jus cogens*. Hipoteticamente, ainda que a fonte formal de uma norma de *jus cogens* não seja o costume (e seja um princípio geral de direito internacional, por exemplo), o ato de reconhecê-la enquanto *jus cogens* possivelmente seria costumeiro: uma prática dos Estados tida como obrigatória por questão de direito. Assim, o *jus cogens* explicita uma estrutura hierárquica entre fontes do direito contida no direito internacional público — tanto entre o costume e os tratados, quanto entre o *jus cogens* e os tratados, e entre o *jus cogens* e quaisquer outras normas internacionais.

Talvez não exista ainda uma única regra de reconhecimento para todo o direito internacional, como Hart apontava em *The Concept of Law*²⁷⁰ — mas certamente a prática normativa tem se estruturado em mais de um nível. Uma possibilidade seria aventar que há regras de reconhecimento distintas para ramos distintos do direito internacional público, de forma policêntrica. Hart assevera que “em um sistema com uma regra de reconhecimento básica podemos dizer, antes de

268 Tradução livre de: “Decisions of other international tribunals confirm the relationship between customary international law and norms of *jus cogens*” e “Domestic courts have similarly confirmed customary international law as the source of many *jus cogens* norms”. INTERNATIONAL LAW COMMISSION OF THE UNITED NATIONS; TLADI, Dire. **Second report on jus cogens by Dire Tladi, Special Rapporteur**. A/CN.4/706. Genebra, 01/mai.–02/jun., 03/jul.–04/ago. 2017, p. 22, 23. Disponível em: <<http://legal.un.org/docs/?symbol=A/CN.4/706>>. Acesso em: 09 abr. 2017.

269 Tradução livre de: “It must be accepted and recognized by the international community of States as a whole as a norm from which no derogation is permitted”. INTERNATIONAL LAW COMMISSION OF THE UNITED NATIONS; TLADI, Dire. **Second report on jus cogens by Dire Tladi, Special Rapporteur**. A/CN.4/706. Genebra, 01/mai.–02/jun., 03/jul.–04/ago. 2017, p. 46. Disponível em: <<http://legal.un.org/docs/?symbol=A/CN.4/706>>. Acesso em: 09 abr. 2017.

270 HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 3 ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 235.

uma regra ser realmente criada, que ela *será* válida se se conformar aos requerimentos da regra de reconhecimento²⁷¹. Assim, tratados *serão* válidos se se conformarem aos requerimentos da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados; costumes *serão* válidos se se conformarem aos requerimentos de prática geral e de *opinio juris sive necessitatis*. A existência de normas de *jus cogens* explicita os múltiplos níveis normativos da ordem jurídica internacional.

Passa-se, assim, à investigação de como se pode definir a validade das normas, tanto no direito interno quanto no direito internacional público — iniciando pela obra de Hans Kelsen.

4.5 FUNDAMENTO DE VALIDADE DO DIREITO INTERNO

4.5.1 A validade das normas em Kelsen

No reduzido espaço deste trabalho, seria praticamente impossível sintetizar toda a teoria jurídica de Hans Kelsen. O que se buscará fazer é sintetizar apenas o básico de sua posição com relação à estrutura de validade das normas jurídicas, à investigação de como é possível saber se uma determinada norma jurídica é válida. Nesse sentido, Luis Alberto Warat foi roteirista de obra em quadrinhos muito simpática, “Os Quadrinhos Puros do Direito”²⁷², em que tenta desconstruir a mitologia negativa em torno da obra de Kelsen e reintroduzi-lo como autor eminentemente preocupado com o rigor científico.

Warat relata que o principal interesse de Kelsen não era o direito por si só, diretamente: o principal interesse de Kelsen era metodológico, epistemológico, isto é, “Kelsen pensava nas condições de possibilidade de uma ciência jurídica em sentido estrito”²⁷³. Assim, a teoria kelseniana é “uma teoria pura do saber e não uma

271 Tradução livre de: “in a system with a basic rule of recognition we can say before a rule is actually made, that it *will* be valid if it conforms to the requirements of the rule of recognition”. HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 3 ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 235, *itálico* no original.

272 WARAT, Luis Alberto; CABRIADA, Gustavo Pérez. Os Quadrinhos Puros do Direito, in: WARAT, Luis Alberto. **Territórios desconhecidos**: a procura surrealista pelos lugares do abandono do sentido e da reconstrução da subjetividade, vol. 1. [Sem edição]. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 563–583.

273 WARAT, Luis Alberto; CABRIADA, Gustavo Pérez. Os Quadrinhos Puros do Direito, in: WARAT, Luis Alberto. **Territórios desconhecidos**: a procura surrealista pelos lugares do abandono do sentido e da reconstrução da subjetividade, vol. 1. [Sem edição]. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 563–583, p. 571.

teoria do Direito puro”²⁷⁴. O próprio Kelsen afirma, logo no início de *A Teoria Pura do Direito*, que “chama-se [à teoria] de teoria ‘pura’ do direito, porque ela descreve apenas o direito e busca eliminar do objeto dessa descrição tudo que não for estritamente direito: seu objetivo é livrar a ciência do direito de elementos alienígenas”²⁷⁵.

Na perspectiva de Warat, Kelsen tenta estabelecer uma “ciência jurídica em sentido estrito”, na qual as formas têm importância especial. A teoria kelseniana é, logo, formalista, pois está comprometida com “distinguir a validade formal da ordem jurídica do conteúdo moral de leis específicas”²⁷⁶. Esta operação de estudo formal do direito possibilita que se aprenda ao menos uma coisa, isto é, quais as condições da validade jurídica, ainda que pouco permita dizer sobre o conteúdo em si do direito²⁷⁷. Com o propósito de estabelecer uma ciência jurídica com metodologia e objeto próprios, Kelsen enunciou seu “princípio da pureza, segundo o qual o método e objeto da ciência jurídica deveriam ter, como premissa básica, o enfoque normativo. Ou seja, o direito, para o jurista, deveria ser encarado como norma (e não como fato social ou como valor transcendente”²⁷⁸. Mas o que é a norma, para Kelsen? Ele afirma que

[a] norma funciona como um esquema de interpretação. Para pôr de outra forma: O julgamento de que um ato de comportamento humano, realizado no tempo e no espaço, é “legal” (ou “ilegal”) é o resultado de uma interpretação específica, nominalmente interpretação normativa. A norma que confere a um ato o significado de legalidade ou ilegalidade é ela própria criado por um ato, o qual, por sua vez, recebe seu caráter jurídico de ainda outra norma.²⁷⁹

274 WARAT, Luis Alberto; CABRIADA, Gustavo Pérez. Os Quadrinhos Puros do Direito, in: WARAT, Luis Alberto. **Territórios desconhecidos**: a procura surrealista pelos lugares do abandono do sentido e da reconstrução da subjetividade, vol. 1. [Sem edição]. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 563–583, p. 573.

275 Tradução livre de: “It is called a ‘pure’ theory of law, because it only describes the law and attempts to eliminate from the object of its description everything that is not strictly law: Its aim is to free the science of law from alien elements”. KELSEN, Hans. **Pure Theory of Law**. [Sem edição]. 5 reimpressão. Berkeley: University of California Press, 1967, p. 1.

276 Tradução livre de: “distinguishing the formal validity of a legal order from the political and moral content of particular laws”. STONE, Martin. Formalism, in: COLEMAN, Jules L.; HIMMA, Keineth Eimar; SHAPIRO, Scott J. **The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law**. [Sem edição]. Versão *paperback*. New York: Oxford University Press, 2004, p. 166–205, p. 181.

277 STONE, Martin. Formalism, in: COLEMAN, Jules L.; HIMMA, Keineth Eimar; SHAPIRO, Scott J. **The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law**. [Sem edição]. Versão *paperback*. New York: Oxford University Press, 2004, p. 166–205, p. 181.

278 FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Por que ler Kelsen, hoje? in: COELHO, Fábio Ulhoa. **Para entender Kelsen**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. XIII–XXI, p. XV.

Aqui já surge um primeiro esboço de como as normas adquirem validade para Kelsen: através de outras normas. A norma kelseniana significa também que “algo deve ser ou deve acontecer, especialmente que um ser humano deve se comportar de determinada forma”²⁸⁰. Tércio Sampaio Ferraz Júnior ressalta que esta distinção entre ser e dever ser é uma das premissas básicas da noção de norma em Kelsen, pois as normas kelsenianas “são prescrições de dever ser. Elas conferem ao comportamento humano um sentido, o sentido prescritivo. [...] Enquanto prescrição, a norma é um comando, é o produto de um ato de vontade, que proíbe, obriga ou permite um comportamento”²⁸¹.

Se a norma é produzida por um ato, ela não é, todavia, igual a ele. Kelsen enfatiza que a “norma, enquanto significado específico de um ato direcionado à conduta de outro alguém, deve ser cuidadosamente diferenciada do ato de vontade cujo significado ela é: a norma é um dever-ser, mas o ato de vontade é um ser”²⁸². Assim, a existência das normas é distinta da existência dos fatos naturais. A forma de existência peculiar da norma é justamente sua validade: “Se descrevemos a existência específica da norma como ‘validade’, expressamos nisto a maneira especial em que a norma — em oposição a um fato natural — é existente”²⁸³. A razão essencial para que uma norma valha ou não valha está “na competência normativa do autor, competência esta conferida por outra norma e assim por diante. [...] Cada norma vale [...] porque está ligada a normas superiores por laços de validade, numa série finita que culmina numa norma fundamental”²⁸⁴.

279 Tradução livre de: “The norm functions as a scheme of interpretation. To put it differently: The judgement that an act of human behavior, performed in time and space, is ‘legal’ (or ‘illegal’) is the result of a specific, namely normative, interpretation. The norm which confers upon an act the meaning of legality or illegality is itself created by an act, which, in turn receives its legal character from yet another norm”. KELSEN, Hans. **Pure Theory of Law**. [Sem edição]. 5 reimpressão. Berkeley: University of California Press, 1967, p. 4.

280 Tradução livre de: “By ‘norm’ we mean that something ought to be or ought to happen, especially that a human being ought to behave in a specific way”. KELSEN, Hans. **Pure Theory of Law**. [Sem edição]. 5 reimpressão. Berkeley: University of California Press, 1967, p. 4.

281 FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Por que ler Kelsen, hoje? in: COELHO, Fábio Ulhoa. **Para entender Kelsen**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. XIII–XXI, p. XVI.

282 Tradução livre de: “The norm, as the specific meaning of an act directed toward the behavior of someone else, is to be carefully differentiated from the act of will whose meaning the norm is: the norm is an ought, but the act of will is an is”. KELSEN, Hans. **Pure Theory of Law**. [Sem edição]. 5 reimpressão. Berkeley: University of California Press, 1967, p. 5.

283 Tradução livre de: “If we describe the specific existence of a norm as ‘validity’, we express by this the special manner in which the norm — in contradistinction to a natural fact — is existent”. KELSEN, Hans. **Pure Theory of Law**. [Sem edição]. 5 reimpressão. Berkeley: University of California Press, 1967, p. 10.

Para Kelsen, logo, há normas superiores que conferem validade a normas inferiores. Todavia, não se pode buscar indefinidamente uma norma superior às outras normas. Nas palavras do próprio Kelsen:

Mas a busca pela razão da validade de uma norma não pode prosseguir indefinidamente, como a busca pela causa de um efeito. Ela precisa terminar com uma norma que, sendo a última e a mais superior, é pressuposta. Ela precisa ser pressuposta, eis que não pode ser “posta”, isto é: criada, por uma autoridade cuja competência teria de pousar em uma norma ainda superior. A validade desta norma final não pode ser derivada de uma norma superior, a razão de sua validade não pode ser questionada. Uma norma última, superior, pressuposta é chamada neste livro de norma fundamental.²⁸⁵

A norma hipotética fundamental é pressuposta e não é posta, portanto. Kelsen estipula ainda qual seria o conteúdo dessa norma fundamental hipotética, ao afirmar que a validade de qualquer norma diretamente voltada à conduta humana “só pode estar embasada em uma norma pressuposta que prescreve que alguém deve se comportar de acordo com os comandos da autoridade criadora de normas, ou de acordo com as normas criadas por costume”²⁸⁶. Em um sistema de normas dinâmico, portanto, a norma hipotética fundamental determina apenas que há alguma autoridade capaz de criar normas que devem ser obedecidas.

Ressaltando que está investigando apenas a ideia de um ordenamento jurídico nacional, desconsiderando a existência de uma ordem jurídica internacional, Kelsen propõe o seguinte experimento mental: tentar encontrar o fundamento de validade de um ato coercivo (por exemplo, a aplicação da pena de morte a alguém). Este ato é lícito se for comandado por uma norma jurídica: no exemplo, ao se aplicar o direito penal. Mas o direito penal é válido apenas porque foi criado por um poder

284 FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Por que ler Kelsen, hoje? in: COELHO, Fábio Ulhoa. **Para entender Kelsen**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. XIII–XXI, p. XVII.

285 Tradução livre de: “But the search for the reason of a norm’s validity cannot go on indefinitely like the search for the cause of an effect. It must end with a norm which, as the last and highest, is presupposed. It must be presupposed, because it cannot be ‘posited’, that is to say: created, by an authority whose competence would have to rest on a still higher norm. This final norm’s validity cannot be derived from a higher norm, the reason for its validity cannot be questioned. Such a presupposed highest norm is referred to in this book as basic norm”. KELSEN, Hans. **Pure Theory of Law**. [Sem edição]. 5 reimpressão. Berkeley: University of California Press, 1967, p. 194–195.

286 Tradução livre de: “Its validity can, in the last analysis, be based only on a presupposed norm which prescribes that one ought to behave according to the commands of the norm-creating authority or according to the norms created by custom”. KELSEN, Hans. **Pure Theory of Law**. [Sem edição]. 5 reimpressão. Berkeley: University of California Press, 1967, p. 196.

legislativo, e este poder legislativo podia criar normas penais porque foi autorizado pela constituição a fazê-lo.

E qual a razão da validade da constituição? Kelsen diz que, neste caso, poderíamos encontrar ainda uma outra constituição mais antiga, o que significaria “que a validade da constituição existente é justificada pelo fato de que foi criada de acordo com as regras de uma constituição anterior pela via da emenda constitucional”²⁸⁷. Este exame da origem de validade das normas conduziria o investigador, eventualmente, a uma “constituição primeira em sentido histórico [...] cuja validade, logo, não pode ser reconduzida a uma norma positiva criada por uma autoridade legal; chegamos, em vez, a uma constituição que se tornou válida de forma revolucionária”²⁸⁸. Quanto a esta primeira constituição em sentido histórico, sua validade deve ser pressuposta; e como a “razão de validade de uma norma só pode ser outra norma, esta pressuposição deve ser uma norma”²⁸⁹, que é a norma hipotética fundamental: “pessoas devem se comportar como prescrito pela constituição”²⁹⁰. Em síntese formulada pelo próprio Kelsen:

As normas de um ordenamento jurídico, cuja razão comum para sua validade é esta norma fundamental, não são um complexo de normas válidas dispostas coordenadamente lado a lado, mas formam uma estrutura hierárquica de normas superordenadas e subordinadas.²⁹¹

Em outra síntese possível: a validade das normas de direito, para Kelsen, depende de um escalonamento de normas hierarquicamente superiores e inferiores, tendo como origem última uma norma hipotética fundamental, pressuposta e não

287 Tradução livre de: “that means the validity of the existing constitution is justified by the fact that it was created according to the rules of an earlier constitution by way of a constitutional amendment”. KELSEN, Hans. **Pure Theory of Law**. [Sem edição]. 5 reimpressão. Berkeley: University of California Press, 1967, p. 200.

288 Tradução livre de: “we eventually arrive at a historically first constitution that cannot have been created in this way and whose validity, therefore, cannot be traced back to a positive norm created by a legal authority; we arrive, instead, at a constitution that became valid in a revolutionary way”. KELSEN, Hans. **Pure Theory of Law**. [Sem edição]. 5 reimpressão. Berkeley: University of California Press, 1967, p. 200.

289 Tradução livre de: “since the reason for the validity of a norm can only be another norm, the presupposition must be a norm”. KELSEN, Hans. **Pure Theory of Law**. [Sem edição]. 5 reimpressão. Berkeley: University of California Press, 1967, p. 200.

290 Tradução livre de: “one ought to behave as the constitution prescribes”. KELSEN, Hans. **Pure Theory of Law**. [Sem edição]. 5 reimpressão. Berkeley: University of California Press, 1967, p. 201.

291 Tradução livre de: “The norms of a legal order, whose common reason for their validity is this basic norm are not a complex of valid norms standing coordinately side by side, but for a hierarchical structure of super- and subordinate norms”. KELSEN, Hans. **Pure Theory of Law**. [Sem edição]. 5 reimpressão. Berkeley: University of California Press, 1967, p. 201.

criada, que confere a alguma autoridade ou a algum ato de vontade a capacidade de criar normas. A teoria pura do direito de Kelsen é frequentemente tida como “a versão mais extrema do positivismo jurídico”²⁹². Passa-se a expor a teoria de outro expoente (talvez não tão extremo) do positivismo, H. L. A. Hart, com outra concepção quanto à validade das normas de direito interno.

4.5.2 A validade das normas em Hart

Wayne Morrison afirma que “o trabalho de H. L. A. Hart é largamente reconhecido como exemplar do zênite do positivismo jurídico”²⁹³. Também aqui, logo, não se buscará sintetizar a integralidade da obra de Hart, mas tão somente sua posição quanto aos critérios de validade para normas jurídicas. Em sua obra, Hart foi inovador ao combinar sua experiência prática enquanto advogado com uma abordagem filosófica, e também ao utilizar novos recursos metodológicos embasados na filosofia da linguagem, algo até então inédito²⁹⁴. Como relata Wayne Morrison, Hart utiliza a filosofia da linguagem que era corrente no departamento de filosofia de Oxford, calcada nos trabalhos de J. L. Austin²⁹⁵ e de Ludwig Wittgenstein, nominalmente a análise da linguagem ordinária²⁹⁶.

Esta análise da linguagem ordinária que Hart adota enfatiza o âmbito pragmático da linguagem, isto é, a linguagem “enquanto uso, enquanto modo de significar. Uma análise pragmática da linguagem importa uma verificação do contexto em que se realiza o processo de comunicação”²⁹⁷. Morrison, como

292 Tradução livre de: “the most extreme version of legal positivism”. MORRISON, Wayne. **Jurisprudence: from the Greeks to Post-Modernity**. [Sem edição]. Oxon/New York: Routledge, 2016, p. 323.

293 Tradução livre de: “The work of H. L. A. Hart is widely recognized as providing the zenith of legal positivism”. MORRISON, Wayne. **Jurisprudence: from the Greeks to Post-Modernity**. [Sem edição]. Oxon/New York: Routledge, 2016, p. 351.

294 KOZICKI, Katya, PUGLIESE, William. O conceito de direito em Hart, in: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coords.). **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. 1 ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017, p. 5. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/137/edicao-1/o-conceito-de-direito-em-hart>>. Acesso em: 30 ago. 2021. Embora a obra não seja paginada em sua versão online, faz-se referência às páginas do arquivo PDF que pode ser emitido diretamente através da própria Enciclopédia Jurídica da PUC-SP, para fins de maior clareza.

295 Este J. L. Austin não é, Morrison ressalta, o jurista John Austin — não se deve os confundir.

296 MORRISON, Wayne. **Jurisprudence: from the Greeks to Post-Modernity**. [Sem edição]. Oxon/New York: Routledge, 2016, p. 360–361.

297 KOZICKI, Katya, PUGLIESE, William. O conceito de direito em Hart, in: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coords.). Enciclopédia jurídica

contribuição para a compreensão da teoria hartiana, faz síntese da filosofia da linguagem de Wittgenstein:

Wittgenstein concluiu que a linguagem, na verdade, constrói a realidade social. Logo, era importante analisar o significado-em-uso das palavras. Como poderíamos fazer isso? Devemos investigar as práticas sociais reais e estas mostram que as palavras só têm os significados que elas demonstram enquanto inseridas nessas mesmas práticas sociais. Ele usou a expressão *jogos de linguagem* para descrever isto.²⁹⁸

Todavia, Leslie Green (na introdução para a terceira edição de *The Concept of Law*) assevera que há muito pouca análise linguística de fato na obra de Hart:

[O] que é mais marcante [...] é o quão *pouca* análise linguística há em *The Concept of Law*. Somos lembrados de que a linguagem tem várias funções, que frases possuem contextos, e que algumas teorias podem ser entendidas como fornecedoras de critérios para o uso de conceitos. Alguns pontos são reforçados com distinções linguísticas. [...] Isto é essencialmente tudo.²⁹⁹

O efeito desta ênfase no significado prático da linguagem, na verdade, é que ela faz com que uma figura central na teoria do direito de H. L. A. Hart seja o intérprete. Assim, “[e]m Hart, compreender o direito passa a ser, necessariamente, compreender o seu caráter institucional, o que demanda um ponto de vista ‘interno’ na compreensão de seu sentido”³⁰⁰. O ponto de vista interno é o ponto de vista daquela pessoa que, em uma sociedade que possui regras de conduta, aceita as

da PUC-SP. Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. 1 ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017, p. 11. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/137/edicao-1/o-conceito-de-direito-em-hart>>. Acesso em: 30 ago. 2021.

298 Tradução livre de: “Wittgenstein came to realize that language actually constructed social reality. Thus it was important to look at the meaning-in-use of words. How could we do this? We must investigate actual social practices and these show that words only have the meanings they display as they are embedded in these social practices. He used the phrase *language games* to describe this”. MORRISON, Wayne. **Jurisprudence**: from the Greeks to Post-Modernity. [Sem edição]. Oxon/New York: Routledge, 2016, p. 361, itálico no original.

299 Tradução livre de: “what is more striking is how *little* linguistic analysis there is in *The Concept of Law*. We are reminded that language has various functions, that sentences have contexts, that some theories can be understood as giving criteria for the use of concepts. A few points are reinforced with linguistic distinctions. [...] That’s about it” GREEN, Leslie. Introduction, in: HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 3 ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. xv–lv, p. p. xlvii.

300 KOZICKI, Katya, PUGLIESE, William. O conceito de direito em Hart, in: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coords.). **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. 1 ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017, p. 12. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/137/edicao-1/o-conceito-de-direito-em-hart>>. Acesso em: 30 ago. 2021.

regras enquanto membro do grupo, utilizando-as para orientar seu comportamento. Nas palavras do próprio Hart:

Quando um grupo social possui certas regras de conduta, este fato possibilita uma oportunidade para muitas afirmações aparentadas, mas distintas; pois é possível estar preocupado com regras, tanto como meramente um observador que não as aceita ele próprio, ou como o membro de um grupo que as aceita e as usa enquanto guias para a conduta. Podemos chamar [essas posições] de “pontos de vista externo” e “interno”, respectivamente.³⁰¹

O ponto de vista externo pode acabar se reduzindo, em uma de suas vertentes, à afirmação de certas regularidades estatísticas — usualmente carros transitam pelo lado direito da rua; há uma alta probabilidade de que os veículos parem diante de um sinal vermelho. O aspecto interno das normas, por sua vez, não é, porém, “sentimental”: aquele que aceita essa internalidade das regras não precisa necessariamente ter um “sentimento” de obrigação, uma compulsão de obediência. O que caracteriza o aspecto interno de regras sociais é uma atitude crítica com relação a comportamentos, com exigência de conformidade a padrões, e “com o reconhecimento de que tal criticismo e tal exigência são justificados, tudo isto encontrando sua expressão característica na terminologia normativa de ‘deveria’, ‘precisa’, ‘deve’, ‘certo’, ‘errado’”³⁰².

Estas regras a que se volta o intérprete não são todas de um único tipo para Hart, porém. Elas especialmente não são simplesmente “ordens coercivas de um soberano”, isto é, “ordens embasadas em ameaças feitas de uma pessoa para outras”³⁰³. Wayne Morrison relata que, para além de utilizar a análise da linguagem ordinária como parte de sua metodologia de pensamento, Hart também faz “o esboço de uma narrativa quanto ao desenvolvimento do direito de um ponto ‘pré-

301 Tradução livre de: “When a social group has certain rules of conduct, this fact affords an opportunity for many closely related yet different kinds of assertion; for it is possible to be concerned with the rules, either merely as an observer who does not himself accept them, or as a member of the group which accepts and uses them as guides to conduct. We may call these respectively the ‘external’ and the ‘internal points of view’”. HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 3 ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 89.

302 Tradução livre de: “acknowledgements that such criticism and demands are justified, all of which find their characteristic expression in the normative terminology of ‘ought’, ‘must’, and ‘should’, ‘right’ and ‘wrong’”. HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 3 ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 57.

303 Tradução livre de: “sovereign’s coercive orders [...] orders backed by threats given by one person to others”. HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 3 ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 79.

jurídico' rumo ao sistema moderno de direito interno"³⁰⁴. Assim, na perspectiva hartiana, em um estágio primitivo do desenvolvimento social haveria apenas "regras primárias de obrigação' [...] [que] impõem deveres e têm as características de regras"³⁰⁵.

Em relação a este primeiro tipo de regras, isto é, regras primárias, Hart assevera que elas podem mesmo "ser consideradas o tipo básico ou primário, [sob o qual] seres humanos são requisitados a praticar ou a se abster de certas ações, quer o desejem ou não"³⁰⁶. O segundo tipo de regras, para Hart, poderia ser considerado "parasítico ou secundário com relação ao primeiro; pois elas permitem que seres humanos possam, ao fazer ou dizer certas coisas, introduzir novas regras do tipo primário, extinguir ou modificar [regras] velhas, ou de várias formas [...] controlar suas operações"³⁰⁷. Sintetizando a si mesmo, Hart afirma que "regras do primeiro tipo impõem deveres; regras do segundo tipo conferem poderes, públicos ou privados"³⁰⁸.

Em sistemas primitivos, logo, haveria apenas regras primárias de obrigação. Em uma tal situação, porém, há grande incerteza, pois não há um meio de solucionar dúvidas sobre como ou quando aplicar as regras; há inércia social, há uma situação estática, pois não há meios óbvios de criação, extinção ou alteração das regras primárias; há ineficácia, pois é uma pressão social difusa que mantém as regras, sem que haja indivíduos especialmente encarregados de sua aplicação³⁰⁹. As

304 Tradução livre de: "an outline narrative of law's development from a so-called 'pre-legal' state to that of a modern municipal legal system". MORRISON, Wayne. **Jurisprudence: from the Greeks to Post-Modernity**. [Sem edição]. Oxon/New York: Routledge, 2016, p. 367.

305 Tradução livre de: "'primary rules of obligation' [...] they impose duties and have the characteristic of rules". MORRISON, Wayne. **Jurisprudence: from the Greeks to Post-Modernity**. [Sem edição]. Oxon/New York: Routledge, 2016, p. 367.

306 Tradução livre de: "Under rules of the one type, which may well be considered the basic or primary type, human beings are required to do or abstain from certain actions, whether they wish to or not". HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 3 ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 81.

307 Tradução livre de: "Rules of the other type are in a sense parasitic upon or secondary to the first; for they provide that human beings may by doing or saying certain things introduce new rules of the primary type, extinguish or modify old ones, or in various ways [...] or control their operations". HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 3 ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 81.

308 Tradução livre de: "Rules of the first type impose duties; rules of the second type confer powers, public or private". HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 3 ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 81.

309 KOZICKI, Katya, PUGLIESE, William. O conceito de direito em Hart, in: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coords.). **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. 1 ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017, p. 23. Disponível em:

regras secundárias solucionam esses defeitos apresentados por um sistema composto exclusivamente por regras primárias. A introdução de regras secundárias, para Hart, representaria mesmo “a passagem de um mundo pré-jurídico para um mundo jurídico”³¹⁰.

Se as regras primárias e as regras secundárias são distintas, também há uma subdivisão dentre as regras secundárias em si. Pode-se dizer que cada tipo de regra secundária soluciona um dos defeitos dos sistemas primitivos compostos exclusivamente por regras primárias. Para a incerteza, o remédio é a “regra de reconhecimento”, que “especifica alguma característica ou características cuja possessão por uma regra proposta é tida como uma indicação afirmativa de que aquela é uma regra do grupo a ser suportada pela pressão social que ele exerce”³¹¹. Com relação ao caráter estático de um sistema primitivo de regras, o remédio são “regras de alteração”. Uma regra de alteração “empodera um indivíduo ou um grupo de pessoas a introduzir novas regras primárias para conduta da vida do grupo [...] e a eliminar velhas regras”³¹². No que concerne o problema da ineficácia, Hart afirma que o remédio são “regras de julgamento”, que “além de identificar os indivíduos que devem julgar, [...] também definem o procedimento a ser seguido”³¹³.

Para a questão presentemente investigada, isto é, qual a posição de Hart sobre como definir a validade de normas jurídicas, a regra secundária mais relevante é evidentemente a regra de reconhecimento. Isto porque “[a] validade do sistema jurídico está diretamente relacionada à existência e à configuração da regra de reconhecimento”³¹⁴. Na visão de Hart, essencialmente, “uma regra é válida se ela

<<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/137/edicao-1/o-conceito-de-direito-em-hart>>. Acesso em: 30 ago. 2021.

310 Tradução livre de: “The introduction of the remedy for each defect might, in itself, be considered a step from the pre-legal into the legal world”. HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 3 ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 94.

311 Tradução livre de: “This will specify some feature or features possession of which by a suggested rule is taken as a conclusive affirmative indication that it is a rule of the group to be supported by the social pressure it exerts”. HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 3 ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 94.

312 Tradução livre de: “The simplest form of such a rule is that which empowers an individual or body of persons to introduce new primary rules for the conduct of the life of the group [...] and to eliminate old rules”. HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 3 ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 95.

313 Tradução livre de: “Besides identifying the individuals who are to adjudicate, such rules will also define the procedure to be followed”. HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 3 ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 97.

314 KOZICKI, Katya, PUGLIESE, William. O conceito de direito em Hart, in: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coords.). **Enciclopédia**

satisfaz os critérios especificados pela regra de reconhecimento. [...] A questão da validação aparece na análise de Hart como uma questão interna a um sistema [jurídico]³¹⁵. Uma regra de reconhecimento, na perspectiva de Hart, pode ser tão simples quanto conferir autoridade a uma lista específica de regras, “registradas em um documento escrito ou gravadas em algum monumento público”³¹⁶. Em sociedades contemporâneas, desenvolvidas, porém,

as regras de reconhecimento são evidentemente mais complexas; [...] elas [identificam regras] pela referência a alguma característica geral possuída pelas regras primárias. Isto pode ser o fato delas terem sido promulgadas por um órgão específico, ou sua longa prática costumeira, ou sua relação para com decisões judiciais. Além, quando mais de uma de tais características gerais são tidas como critérios identificadores, é possível prevenir um conflito possível entre elas através de seu arranjo em uma ordem de superioridade, como através da subordinação comum do costume ou precedente à lei, esta última sendo uma ‘fonte superior’ do direito.³¹⁷

O importante da regra de reconhecimento não é sua complexidade, contudo; é simplesmente que ela permita a “identificação conclusiva de regras primárias de obrigação”³¹⁸. Nesse sentido, ela é a “‘regra suprema’, que tem ‘supremacia’ sobre as outras, e além, ela é o processo fundacional de um sistema jurídico; não há outras regras que determinem os critérios de reconhecimento”³¹⁹. A regra de

jurídica da PUC-SP. Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. 1 ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017, p. 24. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/137/edicao-1/o-conceito-de-direito-em-hart>>. Acesso em: 30 ago. 2021.

- 315 Tradução livre de: “For Hart a rule is valid if it satisfies the criteria specified by the rule of recognition. [...] The question of validation appears in Hart’s analysis as a question internal to a system”. MORRISON, Wayne. **Jurisprudence: from the Greeks to Post-Modernity**. [Sem edição]. Oxon/New York: Routledge, 2016, p. 373.
- 316 Tradução livre de: “found in a written document or carved on some public monument”. HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 3 ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 94.
- 317 Tradução livre de: “the rules of recognition are of course more complex; instead of identifying rules exclusively by reference to a text or list they do so by reference to some general characteristic possessed by the primary rules. This may be the fact of their having been enacted by a specific body, or their long customary practice, or their relation to judicial decisions. Moreover, where more than one of such general characteristics are treated as identifying criteria, provision may be made for their possible conflict by their arrangement in an order of superiority, as by the common subordination of custom or precedent to statute, the latter being a ‘superior source’ of law”. HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 3 ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 95.
- 318 Tradução livre de: “conclusive identification of the primary rules of obligation”. HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 3 ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 95.
- 319 Tradução livre de: “It is an ‘ultimate rule’ which has ‘supremacy’ over others, moreover, it is the foundational process for a legal system; there are no further rules determining the criteria of recognition”. MORRISON, Wayne. **Jurisprudence: from the Greeks to Post-Modernity**. [Sem edição]. Oxon/New York: Routledge, 2016, p. 373.

reconhecimento é, logo, de uma importância maior do que aquela que possuem as demais regras secundárias. É curioso observar, assim, como observa Hart, que é raro ver regras de reconhecimento serem explicitamente enunciadas na prática cotidiana de um sistema jurídico — “usualmente a regra de reconhecimento não é enunciada, mas sua existência é *demonstrada* na forma em que regras específicas são identificadas, tanto por tribunais ou outras autoridades quanto por pessoas privadas e seus consultores”³²⁰.

É possível imaginar o quão excepcional seria ver uma petição dirigida a um juízo que — em vez de simplesmente afirmar que há previsão para o que é requerido no Código Civil — retraçasse todo o histórico da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, para então retraçar também todo o histórico legislativo de promulgação da Lei n. 10.406 de 2002, que “Institui o Código Civil”, para apenas então afirmar que o Código Civil é direito válido e deve ser cumprido. Hart afirma que “o uso de regras de reconhecimento não-enunciadas, por tribunais e outros, ao identificar regras específicas do sistema é característico do ponto de vista interno. Aqueles que as usam desta forma manifestam assim sua aceitação delas”³²¹. Ao falar sobre o caráter especial da regra de reconhecimento, Hart assevera o seguinte:

A regra de reconhecimento que provê os critérios pelos quais a validade de outras regras no sistema é avaliada é, em um sentido importante, [...] uma regra *última*: e onde, como é comum, haja vários critérios elencados em ordem de subordinação e primazia relativas, um deles é *supremo*.³²²

Hart se opõe a Kelsen ao dizer que a regra de reconhecimento não é mera hipótese nem é assumida, pressuposta³²³. A identificação da regra de reconhecimento é algo demonstrável na prática, na “operação geral do sistema

320 Tradução livre de: “For the most part the rule of recognition is not stated, but its existence is *shown* in the way in which particular rules are identified, either by courts or other officials or private persons or their advisers”. HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 3 ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 101, itálico no original.

321 Tradução livre de: “The use of unstated rules of recognition, by courts and others, in identifying particular rules of the system is characteristic of the internal point of view. Those who use them in this way thereby manifest their own acceptance of them”. HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 3 ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 102.

322 Tradução livre de: “The rule of recognition providing the criteria by which the validity of other rules of the system is assessed is in an important sense [...] an *ultimate* rule: and where, as is usual, there are several criteria ranked in order of relative subordination and primacy one of them is *supreme*”. HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 3 ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 102, itálicos no original.

323 HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 3 ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 108.

[jurídico]. Se a verdade dessa pressuposição fosse questionada, ela poderia ser estabelecida com referência à prática real³²⁴ dos tribunais, advogados e outros operadores e sujeitos do sistema jurídico em identificar regras válidas e aquiescer a elas. Desta forma, não é possível questionar “a validade da própria regra de reconhecimento que provê os critérios [de identificação de regras válidas]; ela não pode ser válida ou inválida, mas é simplesmente aceita como apropriada para uso dessa maneira³²⁵. Nesse sentido, a regra de reconhecimento é última pois sua própria validade não é questionável — ela sequer possui validade propriamente, sua existência é uma questão de fato empírico³²⁶. Além, a regra de reconhecimento é suprema pois “uma vez que uma regra do sistema esteja adequada às suas exigências, ela terá reconhecido seu estatuto de Direito, ainda que não esteja de acordo com outros critérios de juridicidade³²⁷”.

Em suma, é desta maneira que as normas jurídicas adquirem validade para Hart: através da regra de reconhecimento, uma regra que provê os critérios de validade para as demais regras do sistema jurídico e é ela própria última (pois sua própria validade não pode ser questionada, enquanto questão de fato empírico) e suprema (pois é critério que derroga outros na determinação da juridicidade e validade das regras).

Tendo passado por duas perspectivas voltadas, inicialmente, à determinação da validade das normas jurídicas no âmbito do direito interno, passa-se à análise da questão da validade das normas no direito internacional.

324 Tradução livre de: “general operation of the system. If the truth of this presupposition were doubted, it could be established by reference to actual practice”. HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 3 ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 108.

325 Tradução livre de: “the validity of the very rule of recognition which provides the criteria; it can neither be valid nor invalid, but is simply accepted as appropriate for use in this way”. HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 3 ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 109.

326 MORRISON, Wayne. **Jurisprudence: from the Greeks to Post-Modernity**. [Sem edição]. Oxon/New York: Routledge, 2016, p. 374.

327 KOZICKI, Katya, PUGLIESE, William. O conceito de direito em Hart, in: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coords.). **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. 1 ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017, p. 27. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/137/edicao-1/o-conceito-de-direito-em-hart>>. Acesso em: 30 ago. 2021.

4.6 FUNDAMENTO DE VALIDADE DO DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO

4.6.1 Novamente Kelsen: monismo e dualismo

A posição de Hans Kelsen quanto à validade do direito internacional está intimamente ligada, em verdade, com sua concepção de validade do direito como um todo, tal como exposta acima. Como relatado, Kelsen tinha preocupação especial com o rigor metodológico e científico de sua teoria. Assim, “a unidade epistemológica de todo o direito era, para Kelsen, a *conditio sine qua non* para o estabelecimento da teoria do direito enquanto uma disciplina científica independente, autocontida”³²⁸. Usualmente se inscreve este posicionamento de Kelsen dentro do debate sobre as relações entre direito interno e direito internacional público:

No campo da doutrina, duas grandes correntes buscam demonstrar o que as normas internacionais e as internas têm em comum e, ao mesmo tempo, se e como podem funcionar separadamente. [...] A primeira pergunta consiste em saber se o direito internacional e o direito interno são dois ordenamentos independentes, estanques, ou dois ramos de mesmo sistema jurídico. A primeira solução é defendida pelos partidários da tese monista, ao passo que a tese oposta é denominada dualista.³²⁹

Valerio de Oliveira Mazzuoli ressalta que a questão das relações entre direito interno e direito internacional público apresenta ela mesma dois aspectos, isto é, um aspecto teórico e um prático. Enquanto o aspecto prático estaria preocupado com a aplicabilidade de normas nacionais ou internacionais em um caso concreto, o aspecto teórico consiste “no estudo da hierarquia do Direito Internacional frente ao Direito interno”³³⁰. Interessa, para este trabalho, o aspecto teórico da questão. Kelsen foi notoriamente um teórico monista, e mesmo o maior expoente da posição, para a qual haveria “unidade (ou unicidade) do conjunto das normas jurídicas,

328 Tradução livre de: “the epistemological unity of all law was for Kelsen the *conditio sine qua non* for the establishment of jurisprudence as an independent, self-contained scientific discipline”. BERNSTORFF, Jochen von. **The Public International Law Theory of Hans Kelsen: Believing in International Law**. [Sem edição]. Versão e-book. New York: Cambridge University Press, 2010, p. 79.

329 ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de direito internacional público**. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 236–237.

330 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 74.

internas e internacionais. Para a corrente monista, então, o Direito internacional e o Direito interno são dois ramos do Direito dentro de um só sistema jurídico³³¹.

Em verdade, o posicionamento radicalmente monista de Kelsen é uma decorrência de suas preocupações epistemológicas e metodológicas, mas também um fruto de sua formação cultural dentro do Império Austro-Húngaro:

A crença no progresso através do entendimento científico ‘objetivo’, por um lado, e no poder da lei como meio de pacificação, por outro, é um fenômeno cultural de uma época passada da teoria do direito europeia na passagem entre os séculos XIX e XX. Emergindo da gradual ruína do Império Habsburgo, ela encontrou seu defensor mais radical em Kelsen.³³²

Nada obstante, como exposto em tópico prévio, Kelsen tinha uma orientação epistemológica e metodológica formalista, em que a “forma jurídica tinha de ser purificada — ela tinha de ser vazia. Expulsar o [conteúdo] político [das formas] só daria certo em um mundo conceitual sujeito a suas leis próprias, distintas, objetiváveis³³³. O dever do jurista seria, portanto, “conceber o direito enquanto sistema de proposições de dever-ser livre de contradições³³⁴. Desta forma, para Kelsen, “inserir todo o material normativo dentro de um contexto lógico interpretativo era uma premissa epistemológica. Este argumento metodológico, por si só, já ia contra uma divisão em dois sistemas normativos derivados de fontes distintas³³⁵. Ao

331 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 81.

332 Tradução livre de: “The belief in progress through ‘objective’ scientific understanding, on the one hand, and in the power of the pacifying medium of the law, on the other, is a cultural phenomenon of a vanished epoch of European jurisprudence in the late nineteenth and early twentieth centuries. Emerging out of the gradual demise of the Habsburg Empire, it found its most radical champion in Kelsen”. BERNSTORFF, Jochen von. Hans Kelsen and the Return of Universalism, in: ORFORD, Anne; HOFFMAN, Florian (orgs.). **The Oxford Handbook of the Theory of International Law**. [Sem edição]. Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 192–211, p. 198.

333 Tradução livre de: “The legal form had to be purified — it had to be empty. Expelling the political could succeed only in a conceptual world that is subject to its own distinct, objectifiable laws”. BERNSTORFF, Jochen von. Hans Kelsen and the Return of Universalism, in: ORFORD, Anne; HOFFMAN, Florian (orgs.). **The Oxford Handbook of the Theory of International Law**. [Sem edição]. Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 192–211, p. 198.

334 Tradução livre de: “the task of the jurist was to conceive of the law as a system of Ought-propositions free of contradictions”. BERNSTORFF, Jochen von. **The Public International Law Theory of Hans Kelsen: Believing in International Law**. [Sem edição]. Versão e-book. New York: Cambridge University Press, 2010, p. 79.

335 Tradução livre de: “For Kelsen it was therefore an epistemological premise to place all normative material into a logical interpretative context. This methodological argument, alone, argued against a division into two normative systems derived from different sources”. BERNSTORFF, Jochen von. **The Public International Law Theory of Hans Kelsen: Believing in International Law**. [Sem edição]. Versão e-book. New York: Cambridge University Press, 2010, p. 80.

analisar conjuntamente, portanto, o direito interno e o direito internacional, Kelsen conclui por sua unidade:

visto que a ordem jurídica internacional não só requer as ordens jurídicas nacionais como complementação necessária, mas também determina suas esferas de validade em todos os aspectos, direito nacional e internacional formam um único todo inseparável.³³⁶

Retomando o que foi afirmado acima: a validade das normas de direito, para Kelsen, depende de um escalonamento de normas hierarquicamente superiores e inferiores, tendo como origem última uma norma hipotética fundamental, pressuposta e não criada. Ao considerar o direito internacional e o direito nacional como partes de um todo unitário, Kelsen conclui que ambos são “o direito de um sistema monístico que pode ser reconduzido a uma única norma fundamental”³³⁷. Na verdade, portanto, o direito internacional adquire validade, na teoria kelseniana, através dos mesmos meios que o direito interno pois ambos são o mesmo direito, integram o mesmo sistema jurídico. Além: para Kelsen, o direito interno está subordinado ao direito internacional, pois é a ordem jurídica internacional que confere validade às ordens jurídicas nacionais. Nas palavras de Kelsen:

A constituição primeira em sentido histórico é válida porque a ordem coerciva erigida com base nela é eficaz como um todo. Logo, a ordem jurídica internacional, através do princípio da efetividade, determina não só a esfera de validade, mas também a razão da validade das ordens jurídicas nacionais. Visto que as normas fundamentais das ordens jurídicas nacionais são determinadas por uma norma de direito internacional, elas são normas fundamentais apenas em um sentido relativo. É a norma fundamental da ordem jurídica internacional que é a razão última para a validade das ordens jurídicas nacionais também.³³⁸

336 Tradução livre de: “Since the international legal order not only requires the national legal orders as a necessary complementation, but also determines their spheres of validity in all respects, international and national law form on inseparable whole”. KELSEN, Hans. **General Theory of Law and State**. [Sem edição] [Edição original Harvard University Press, 1949]. New Brunswick/London: Transaction Publishers, 2006, p. 351.

337 Tradução livre de: “For Kelsen, international law and national law were therefore the law of a monistic system that could be traced back to a single basic norm”. BERNSTORFF, Jochen von. **The Public International Law Theory of Hans Kelsen: Believing in International Law**. [Sem edição]. Versão e-book. New York: Cambridge University Press, 2010, p. 81.

338 Tradução livre de: “The historically first constitution is valid because the coercive order erected on its basis is efficacious as a whole. Thus, the international legal order, by means of the principle of effectiveness, determines not only the sphere of validity, but also the reason of validity of the national legal orders. Since the basic norms of the national legal orders are determined by a norm of international law, they are basic norms only in a relative sense. It is the basic norm of the international legal order which is the ultimate reason of validity of the national legal orders, too”. KELSEN, Hans. **General Theory of Law and State**. [Sem edição] [Edição original Harvard University Press, 1949]. New Brunswick/London: Transaction Publishers, 2006, p. 367–368.

No posicionamento de Kelsen, portanto, a análise do escalonamento de validades das normas, ao levar em conta direito internacional e direito interno, dará a primazia ao direito internacional — e concluirá que a norma hipotética fundamental da ordem jurídica internacional é também, em última instância, a norma hipotética fundamental de todos os direitos nacionais. Ao buscar a norma hipotética fundamental do direito internacional, Kelsen conclui que deve ser uma norma acima do costume (pois a norma *pacta sunt servanda*, que confere validade aos tratados, já é por si só uma norma consuetudinária). Desta maneira,

a norma básica de direito internacional, logo, deve ser uma norma que compreenda o costume como um fato jurígeno, e pode ser formulada do seguinte modo: “os Estados devem se comportar como eles têm costumeiramente se comportado”.³³⁹

Sinteticamente, pode-se afirmar que, para Kelsen, o direito internacional (e todo o direito existente, inclusive as ordens jurídicas nacionais) tem um único fundamento de validade: a norma hipotética fundamental de que os Estados devem se comportar como têm costumeiramente se comportado. Todo o fenômeno jurídico seria reconduzível, logo, a um único ponto fundador que lhe confere validade — algo como um Big Bang do direito válido. Expor-se-á, na sequência, uma forma de pensamento jurídico que admite por sua vez múltiplos fundamentos de validade simultâneos para normas jurídicas.

4.6.2 A crítica de Neil MacCormick às perspectivas soberanistas

Acima, no tópico 4.1.2, expôs-se em forma sintética a institucionalidade do direito para Neil MacCormick. Através do exemplo da fila, MacCormick ilustra a possibilidade de passagem de uma ordem normativa informal para uma ordem normativa institucionalizada. A perspectiva institucional, calcada em comportamentos reiterados, ao enfatizar a ordem e não o comando coercivo, permite também que se faça uma análise do direito que prescindir de uma única fonte de validade para as regras, o que abre espaço para uma visão original do direito internacional.

³³⁹ Tradução livre de: “The basic norm of international law, therefore, must be a norm which countenances custom as a norm-creating fact, and might be formulated as follows: ‘The States ought to behave as they have customarily behaved’. KELSEN, Hans. **General Theory of Law and State**. [Sem edição] [Edição original Harvard University Press, 1949]. New Brunswick/London: Transaction Publishers, 2006, p. 369.

MacCormick chega a uma visão policêntrica do direito através de uma crítica à ideia de soberania.

Na teoria de MacCormick, como também relatado acima, o significado de “instituição” é múltiplo: há agências-instituições, arranjos-instituições, coisas-instituições. Considerando estas categorias distintas de instituições — agências-instituições, arranjos-instituições, coisas-instituições — é possível ver o Estado como uma espécie de instituição quintessencial, pois admite inclusão em todas estas diferentes classificações, muito embora MacCormick não disponha isto de forma tão explícita. O Estado é uma agência-instituição que atua de diversas formas: parlamentos, tribunais, delegacias são apenas expressões parciais do Estado como um todo. O Estado é um arranjo-instituição, especialmente se considerarmos ideias contratualistas quanto à origem do Estado: o “contrato social” seria expressão última de um arranjo que cria uma colossal instituição. O Estado é uma coisa-instituição, especialmente da perspectiva de outros Estados³⁴⁰, ao existir e implicar efeitos sobre o mundo material, particularmente sobre o território geográfico.

É em um sentido muito similar que Neil MacCormick afirma que todos os Estados possuem quatro características essenciais. Eles são territoriais, pois “reivindicam e exercem, ao menos em grau relevante, controle efetivo sobre um território específico, de uma forma que envolve quando necessário o uso de força coerciva”³⁴¹. Estados também reivindicam legitimidade para si, no sentido de que seu controle sobre o território é efetivo a ponto de seus governantes o exercerem reconhecidamente por direito, justamente (*rightfully*)³⁴².

Mais, os Estados reivindicam independência, ou seja, que seu controle sobre o território seja exercido sem interferência externa por outros Estados. A quarta característica estatal é a de ter um governo efetivo e cujas reivindicações de territorialidade, legitimidade e independência são reconhecidas por outros Estados: “Pois, no direito internacional, um Estado é um território com um governo

340 A possibilidade de múltiplas perspectivas sobre os mesmos fatos institucionais (sobre as mesmas regras, sobre as mesmas instituições) é um ponto crucial da crítica de MacCormick à soberania, como se verá.

341 Tradução livre de: “they lay claim to and exercise, to at least a significant degree, effective control over a specific territory, in a way that involves when necessary the use of coercive force”. MACCORMICK, Neil. **Institutions of Law**: an essay in legal theory. [Sem edição]. New York: Oxford University Press, 2007, p. 39.

342 MACCORMICK, Neil. MACCORMICK, Neil. **Institutions of Law**: an essay in legal theory. [Sem edição]. New York: Oxford University Press, 2007, p. 40.

reconhecido e efetivo, e Estados têm direito a serem respeitados sob o princípio da não-interferência mútua”³⁴³.

É possível ver, aqui, que MacCormick cobre as duas faces da soberania vestfaliana (a soberania externa e a interna) com estas características estatais da independência e do reconhecimento internacional. O monopólio legítimo da violência física weberiano, por sua vez, está abarcado pelas características da territorialidade e da legitimidade. É relevante notar que o autor não emprega diretamente a noção de soberania, e sim usa os conceitos de independência e controle como substitutivos, possivelmente por serem mais maleáveis e carregarem consigo menos bagagem histórica, mas também porque recusa a soberania como elemento constitutivo de ordens jurídicas e de Estados.

Em *Beyond the Sovereign State*, artigo publicado em 1993, MacCormick faz uma crítica direta e contundente à própria utilidade e desejabilidade da soberania: o artigo inicia com a frase “existe uma crença geral, mas talvez má posta, de que há vários Estados soberanos no mundo, e de que isso é uma coisa boa”³⁴⁴. O texto aponta também para uma visão distinta do fenômeno: a possibilidade de que soberania e Estados soberanos — e de que o próprio vínculo entre o direito e o Estado soberano — sejam fenômenos historicamente situados, possíveis de serem superados. No artigo, MacCormick afirma explicitamente ter como objetivo a defesa da perspectiva em que superar e ultrapassar o Estado soberano é algo bom, um desenvolvimento positivo na história das ideias jurídico-políticas.

O autor traz à tona a crítica (já antiga) de que a maioria dos teóricos do direito têm uma visão distorcida do que é direito em si, pois usam como paradigma o Estado e o direito estatal, analisando quaisquer outros tipos de direito apenas através de sua proximidade relativa a esse fenômeno. Se a perspectiva do direito enquanto produto estatal — de um único Estado sobre um território, isto é — deve ser tida como aplicável ao mundo real, porém, ela tem de ser testada. Assim, MacCormick aponta a seguinte questão-teste como a mais relevante à época: “Como a Comunidade Europeia afeta nossa própria soberania? Como ela afeta a

343 Tradução livre de: “For in international law, a state is a territory with a recognized and effective government, and states are entitled to respect under the principle of mutual non-interference”. MACCORMICK, Neil. **Institutions of Law: an essay in legal theory**. [Sem edição]. New York: Oxford University Press, 2007, p. 40.

344 Tradução livre de: “There is a widespread, but perhaps misguided, belief that there are a lot of sovereign states in the world, that this is a good thing”. MACCORMICK, Neil. *Beyond the Sovereign State*. **The Modern Law Review**, [sem local de publicação], v. 56, n. 1, jan. 1993, p. 1–18, p. 1.

análise do direito em termos de comandos soberanos ou em termos de algum aparato analítico alternativo?”³⁴⁵.

Curiosamente, uma perspectiva possível para responder a essa questão é a de que a Comunidade Europeia (posteriormente União Europeia) não teria afetado em nada as teorias do direito embasadas no Estado soberano: quaisquer normas oriundas de órgãos legiferantes europeus só seriam vinculantes aos Estados por delegação de poderes, e o ato que delega poderes ainda estaria fundado, em última instância, na soberania estatal de um único Estado (MacCormick emprega o Reino Unido como exemplo). Interessantemente para quem agora vive em um mundo pós-Brexit³⁴⁶, MacCormick estipulava que o teste definitivo quanto à soberania britânica seria verificar “se o Parlamento poderia, caso escolhesse, unilateralmente propor legislação diretamente revogando a condição britânica de membro da Comunidade Europeia e ser geralmente obedecido no Reino Unido”³⁴⁷.

De qualquer forma, caso o Parlamento britânico não pudesse unilateralmente escolher sair da Comunidade Europeia, MacCormick afirma que isto poderia significar simplesmente que a soberania está em outro lugar: os “burocratas de Bruxelas” seriam soberanos. Todavia, ainda segundo MacCormick, esta não parece ser uma descrição convincente (a de que as normas da Comunidade Europeia são obedecidas no Reino Unido pois uma norma britânica diz que devem ser obedecidas como se fossem normas britânicas). A própria existência de uma “comunidade” apontaria para a natureza míope dessa descrição: para além dos órgãos comunitários, há também os outros Estados-membros.

345 Tradução livre de: “How does the European Community affect our own sovereignty? How does it affect the analysis of law in terms of sovereign commands or in terms of some rival analytical apparatus?”. MACCORMICK, Neil. *Beyond the Sovereign State*. **The Modern Law Review**, [sem local de publicação], v. 56, n. 1, jan. 1993, p. 1–18, p. 2.

346 Por “Brexit” se entende a saída do Reino Unido da União Europeia, em um complexo evento político que se iniciou com um referendo em 2016 e se concretizou em 31 de janeiro de 2020, quando o Reino Unido de fato deixou o bloco econômico. Neste sentido, veja-se: BBC [sem autor]. *Brexit: What you need to know about the UK leaving the EU*. Disponível em: <<https://www.bbc.com/news/uk-politics-32810887>>. Acesso em: 08 ago. 2021. Para uma perspectiva acadêmica sobre os impactos do Brexit sobre a soberania britânica, veja-se: AGNEW, John. *Taking back control? The myth of territorial sovereignty and the Brexit fiasco*. *Territory, Politics, Governance*, [sem local de publicação], v. 8, n. 2, p. 259–272, 2020.

347 Tradução livre de: “This is indeed the ultimate test: whether Parliament could if it chose unilaterally enact legislation directly revoking British membership of the European Community and have it generally obeyed in the UK”. MACCORMICK, Neil. *Beyond the Sovereign State*. **The Modern Law Review**, [sem local de publicação], v. 56, n. 1, jan. 1993, p. 1–18, p. 2.

Assim, os órgãos comunitários seriam agentes delegados não de um único Estado, mas dos vários Estados-membros da Comunidade Europeia, e o direito criado por esses agentes seria uma nova ordem jurídica coordenada com as ordens jurídicas nacionais³⁴⁸. Isto implicaria novamente, porém, que a soberania seria da Comunidade Europeia, e não dos Estados-membros (pois toda ordem jurídica nasce de um poder soberano). Desta forma, ambas as visões “soberanistas” seriam inadequadas, na perspectiva de MacCormick: tanto a que coloca a soberania exclusivamente nas mãos dos Estados-membros, quanto a que coloca a soberania exclusivamente nas mãos da Comunidade Europeia.

Para MacCormick, uma ferramenta adequada para evitar perspectivas soberanistas unilaterais seria empregar um critério formulado por Hart, isto é, utilizar a “regra de reconhecimento” como prisma de análise³⁴⁹. No entendimento de MacCormick, a adesão do Reino Unido à Comunidade Econômica Europeia em 1972 teria simplesmente adicionado mais critérios de validade à regra de reconhecimento do direito britânico, teria “complicado a situação concreta”³⁵⁰. Similarmente, analisando a questão pelo outro ângulo, MacCormick afirma que há critérios de reconhecimento e hierarquia de normas que são próprios para a Comunidade Europeia, na perspectiva da própria Comunidade, como por exemplo em seus tratados fundacionais³⁵¹.

Estas normas, todavia, são simultaneamente válidas em Estados diferentes e na própria Comunidade Europeia como um todo, significando que há múltiplas regras de reconhecimento que se sobrepõem³⁵². Os vários critérios distintos de validade acabam por validar as mesmas regras. As várias regras de reconhecimento nacionais, a regra de reconhecimento da própria Comunidade Europeia, dão validade normativa às mesmas regras primárias. Nas palavras de MacCormick:

348 MACCORMICK, Neil. Beyond the Sovereign State. *The Modern Law Review*, [sem local de publicação], v. 56, n. 1, jan. 1993, p. 1–18, p. 4.

349 MACCORMICK, Neil. Beyond the Sovereign State. *The Modern Law Review*, [sem local de publicação], v. 56, n. 1, jan. 1993, p. 1–18, p. 5–6.

350 MACCORMICK, Neil. Beyond the Sovereign State. *The Modern Law Review*, [sem local de publicação], v. 56, n. 1, jan. 1993, p. 1–18, p. 6.

351 É interessante notar que estas “regras de reconhecimento” e estes “critérios de validade” são o que MacCormick chama de “regras de segundo nível” em *Institutions of Law*.

352 Talvez seja útil para quem lê, neste momento, imaginar um Diagrama de Venn com múltiplos conjuntos que se sobrepõem, contendo os mesmos elementos.

Escapar da ideia de que todo o direito deve se originar em uma única fonte de poder, como um soberano, é descobrir a possibilidade de adotar uma perspectiva mais ampla, mais difusa de direito. Esta abordagem alternativa é orientada a sistemas, no sentido em que ela enfatiza o tipo de sistema normativo que o direito é, em vez de [enfatizar] um conjunto particular ou exclusivo de relações de poder como fundamentais à natureza do direito.³⁵³

A visão monista do direito internacional (sustentada por Kelsen) parece ceder à visão pluralista (sustentada vagamente por H. L. A. Hart, segundo MacCormick), em que múltiplas perspectivas aceitam a utilização de critérios de validade diferentes sobre as mesmas normas, a depender de onde parte a análise. Novamente nas palavras de MacCormick:

A manutenção da compatibilidade entre sistemas que se sobrepõem é, neste caso, uma questão de decisão política, e não uma qualidade embutida do direito por si só. Onde sistemas se sobrepõem, nenhum é necessariamente uma parte da razão última para a validade do outro, nem temos de pressupor alguma razão ou base comum de validade externa para ambos.³⁵⁴

A conclusão a que chega MacCormick é a de que, sob uma perspectiva teórico-jurídica (*jurisprudential point of view*), nem soberania nem hierarquia são necessárias para o entendimento de ordens jurídicas complexas e que se sobrepõem. Uma abordagem sistêmica hartiana e um “reconhecimento do sistema como um ideal regulativo, em vez de fato posto”³⁵⁵ já são suficientes para fornecer um prisma analítico adequado para as realidades da Comunidade Europeia da época, sem quaisquer alusões à aquisição ou à perda de soberania.

Se a soberania não é uma categoria analítica necessária para a teoria do direito, porém, MacCormick reconhece a essencialidade do conceito para o debate político. Um conceito possível de “Estado soberano” que MacCormick estipula é o de

353 Tradução livre de: “To escape from the idea that all law must originate in a single power source, like a sovereign, is thus to discover the possibility of taking a broader, more diffuse, view of law. The alternative approach is system-oriented in the sense that it stresses the kind of normative system law is, rather than some particular or exclusive set of power relations as fundamental to the nature of law”. MACCORMICK, Neil. *Beyond the Sovereign State*. **The Modern Law Review**, [sem local de publicação], v. 56, n. 1, jan. 1993, p. 1–18, p. 8.

354 Tradução livre de: “The maintenance of compatibility between overlapping systems in this case is a matter of political decision, not a built-in feature of law as such. Where systems overlap, neither is necessarily a part of the ultimate reason for the validity of the other, nor do we have to presuppose some common reason for, or ground of, validity external to them both”. MACCORMICK, Neil. *Beyond the Sovereign State*. **The Modern Law Review**, [sem local de publicação], v. 56, n. 1, jan. 1993, p. 1–18, p. 9.

355 Tradução livre de: “an acknowledgment of system as regulative ideal rather than accomplished fact”. MACCORMICK, Neil. *Beyond the Sovereign State*. **The Modern Law Review**, [sem local de publicação], v. 56, n. 1, jan. 1993, p. 1–18, p. 10.

uma “ordem política territorial, atrelada a uma posição juridicamente definida de poder legislativo quase-absoluto”³⁵⁶. Em sua perspectiva explícita, não haveria mais quaisquer Estados soberanos na Europa ocidental. Em nenhum dos Estados dessa região haveria um exercício interno do poder que derivasse exclusivamente de fontes internas (tanto jurídicas quanto políticas).

Novamente MacCormick afirma, contudo, que a ausência de soberania estatal não implica que a soberania esteja agora na Comunidade Europeia: “Em ordens jurídicas, a presença ou ausência de soberania em seu sentido jurídico é contingente, e o pressuposto da soberania em sentido político também é desnecessário em termos lógicos e não foi provado em termos empíricos”³⁵⁷. O autor persegue essas noções mais a fundo em *Questioning Sovereignty*, obra cronologicamente posterior, publicada em 1999.

Dando continuidade a tais ideias, MacCormick afirma que a corrente intelectual de Hobbes, que passa por Austin e é reformulada por Schmitt — a corrente de pensamento que dá primazia à soberania em sentido político sobre uma ideia jurídica de soberania — não tem capacidade explicativa para realidades em que haja uma tradição constitucional sólida, longamente vigente³⁵⁸. Para MacCormick,

Sob uma tal tradição, os poderes do Estado são efetivamente divididos em um esquema constitucional que é respeitado na condução prática de quaisquer assuntos. Há, então, uma dificuldade em identificar qualquer ser soberano ou entidade soberana que detenha poder sem quaisquer limitações jurídicas.³⁵⁹

356 Tradução livre de: “a territorial political order coupled with a legally defined position of near-absolute legislative power”. MACCORMICK, Neil. *Beyond the Sovereign State*. **The Modern Law Review**, [sem local de publicação], v. 56, n. 1, jan. 1993, p. 1–18, p. 14.

357 Tradução livre de: “In legal orders, the presence or absence of sovereignty in its legal sense is contingent, and the presupposition of sovereignty in its political sense is also unnecessary in logical terms and unproven in an evidentiary sense”. MACCORMICK, Neil. *Beyond the Sovereign State*. **The Modern Law Review**, [sem local de publicação], v. 56, n. 1, jan. 1993, p. 1–18, p. 16.

358 MACCORMICK, Neil. **Questioning Sovereignty**. [Sem edição]. Reimpressão em 2002. New York: Oxford University Press, 1999, p. 128.

359 Tradução livre de: “Under such a tradition, the powers of state are effectively divided according to a constitutional scheme that is respected in the practical conduct of affairs. There is then a difficulty in identifying any sovereign being or sovereign entity holding power without any legal limitation”. MACCORMICK, Neil. **Questioning Sovereignty**. [Sem edição]. Reimpressão em 2002. New York: Oxford University Press, 1999, p. 128.

Desta maneira, em um *Rechtstaat*³⁶⁰ (ou em um Estado de Direito, em língua portuguesa) a explicação do fenômeno jurídico não depende da existência anterior de um soberano político absoluto. É neste ponto em que a teoria do direito de MacCormick e seu “pós-soberanismo” se encontram. Para o autor, em uma ordem normativa institucionalizada, há diferentes níveis de prática normativa, com um elemento de formulação de regras e um elemento de administração de regras (o qual pode ainda ser subdividido). É possível dividir tais funções entre diferentes pessoas, entidades ou corpos administrativos, “de forma a termos criadores de regras, tomadores de decisões, administradores de estruturas, e agentes de aplicação”³⁶¹.

Em Estados constitucionais modernos, por exemplo, distribui-se as funções de legislação, adjudicação, execução/administração, e aplicação/*enforcement* a agências-instituições distintas — mesmo que haja alguma sobreposição, por vezes. Em suma, segundo MacCormick, “o importante do *Rechtstaat* é que um Estado que possui direito, e no qual o direito regula e restringe a conduta de atores políticos assim como de cidadãos, não pressupõe qualquer poder político soberano monolítico, para fora ou acima do direito”³⁶². Para o autor, logo, a soberania seria um elemento desnecessário para a estrutura de um Estado de Direito. Além, a soberania seria desnecessária mesmo para que um sistema de regras adquira caráter jurídico.

Sintetizando a posição de MacCormick quanto ao assunto, e extrapolando de sua argumentação quanto ao direito comunitário europeu para todo o direito internacional: a existência de um fundamento único (como um poder soberano que imponha uma única regra de reconhecimento) não é algo necessário para a validade de normas jurídicas. É possível que as mesmas normas adquiram validade através de diferentes regras de reconhecimento simultaneamente. Assim, uma possibilidade seria afirmar que as normas de direito internacional adquirem validade através das

360 MacCormick emprega a expressão em alemão, provavelmente pela ausência de um termo equivalente em inglês.

361 Tradução livre de: “so that there would be rule-makers, decision-makers, administrators of facilities, and enforcement agencies”. MACCORMICK, Neil. **Institutions of Law: an essay in legal theory**. [Sem edição]. New York: Oxford University Press, 2007, p. 35.

362 Tradução livre de: “But the point of the *Rechtstaat* is that it is a state which has law, and in which law regulates and restricts the conduct of political officials as well as citizens, presupposing no monolithic political sovereign power outside or above the law”. MACCORMICK, Neil. **Questioning Sovereignty**. [Sem edição]. Reimpressão em 2002. New York: Oxford University Press, 1999, p. 128.

regras de reconhecimento que surgem a partir de cada Estado individual distinto, a partir de cada organização internacional distinta.

Isto seria colocar o sistema kelseniano de cabeça para baixo: em vez de uma única norma fundamental atribuir validade a todas as outras normas, uma multiplicidade de normas servem simultaneamente de fundamento de validade para todo um outro sistema jurídico que, por sua vez, passa a interferir naquelas primeiras normas. Seria uma relação dialógica, isto é, os múltiplos direitos nacionais fundam o direito internacional, que por sua vez molda os direitos nacionais, em uma via de mão dupla. Uma vez que o direito internacional é criado, seu relacionamento com os ordenamentos jurídicos nacionais se torna complexo e matizado, e as normas de direito internacional adquirem validade através de mais de um meio. Em vez de um sistema monista (e mesmo em vez de um sistema dualista), o que se tem é um sistema policêntrico e difuso.

É necessário, nesse sentido, defender conceitualmente o policentrismo de MacCormick contra o monismo kelseniano. Talvez o principal argumento nesse sentido é que, em face inclusive dos desenvolvimentos contemporâneos do direito internacional, a teoria de Kelsen é axiomática e privilegia seus axiomas em detrimento da realidade observável. O monismo defendido por Kelsen só é necessário como decorrência de suas premissas epistemológicas rígidas e de seu “princípio da pureza”. Considerar as normas internacionais enquanto normas de direito, e o desejo kelseniano de inserir todo o direito em uma única estrutura interpretativa, fez com que se argumentasse pela unidade entre direitos nacionais e direito internacional. Todavia, ocorrências sociais (e certos fenômenos jurídicos) apontam em sentido contrário à inseparabilidade de ordens jurídicas, inclusive em sentido contrário à inseparabilidade entre direitos nacionais e direito internacional. O monismo kelseniano, nesse sentido, seria um dogma, um axioma, uma premissa metodológica, e não uma decorrência das evidências disponíveis.

Um passar de olhos sobre o direito constitucional brasileiro permite identificar várias situações em que a teorização de MacCormick (de que o direito é policêntrico, e de que as mesmas normas podem ser objeto de regras de reconhecimento distintas, tendo validade simultânea em ordens jurídicas distintas) é corroborada. O § 3º do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil é exemplo de uma regra secundária/de segundo nível (em sentido hartiano/maccormickiano) incidente sobre normas contidas em tratados (“Os

tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais³⁶³). Se essa regra secundária nacional incide sobre normas dispostas em tratados, também regras secundárias internacionais incidem sobre a formação de tratados (como mencionado anteriormente, especialmente a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados).

É um exemplo cabal de que uma mesma norma pode ser reconhecida por regras secundárias distintas, originadas em ordens normativas distintas. Há ainda outras normas na constituição brasileira relativas a tratados: o inciso VIII do art. 84 dispõe que compete privativamente ao Presidente da República “celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional”. É mais uma regra secundária relativa a tratados, com implicações para a validade de suas normas no interior do direito brasileiro, que será distinta da validade internacional do tratado. O art. 102, inciso III, alínea “b” da mesma constituição estabelece:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: [...]
III — julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: [...]
b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal [...].

A possibilidade de que um tratado seja tido como inconstitucional é mais uma forte evidência de que uma única norma pode ser objeto simultâneo de regras de reconhecimento diversas, como um mesmo elemento matemático contido em conjuntos distintos. Para a maioria das normas internacionais (mesmo para todas) isso será realidade: serão válidas de acordo com as normas internacionais relativas à criação de tratados, reconhecimento de costume ou de princípio geral de direito, e também serão válidas conforme cada legislação nacional dos países aderentes. O policentrismo de MacCormick é referendado pela prática, de certa forma também corroborando a posição de Hart de que a existência ou não da regra de reconhecimento em um sistema jurídico é questão de fato empírico — uma questão social, verificada pelo seu uso prático em sociedade. Isto permite que se prossiga à conclusão, com a síntese da exposição realizada.

363 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil — 1988. Diário Oficial da União de 05 out. 1988, p. 1.

5 O DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO COMO UMA TRADIÇÃO JURÍDICA AUTÔNOMA

Chegando à conclusão deste trabalho, é necessário que se faça um repasse de tudo que foi explorado até o presente momento.

O direito internacional é um ramo do direito com funcionamento opaco para juristas no geral, cuja formação enfatiza o direito interno. Comparar o direito interno com o direito internacional público pode elucidar pontos fundamentais com relação ao funcionamento deste último. Além: o direito internacional público pode mesmo ser visto como uma tradição jurídica apartada das tradições jurídicas de direito interno, pois possui fontes do direito diversas, uma concepção de direito diversa, e um papel diferente para os Estados dentro de si.

No direito interno, especialmente no período moderno e na contemporaneidade, há uma forte identificação do direito com o Estado e com a soberania estatal, havendo essencialmente um monopólio estatal sobre a produção jurídica. Assim, é difícil imaginar um fenômeno jurídico que prescindia da existência de uma autoridade superior sobre os sujeitos de direito. De fato, a obrigatoriedade do direito interno frequentemente é tida como fundada exclusivamente no monopólio da violência legítima exercida pelo Estado — o direito seria, essencialmente, um tipo de ordem sob ameaça de coação.

Há perspectivas que tentam romper com essa centralidade da violência na teorização da obrigatoriedade do direito. As teorias institucionalistas, especialmente, buscam enfatizar o caráter “de baixo para cima” do direito, isto é, seu surgimento a partir de práticas sociais reiteradas e da aceitação social de sua efetividade. O exemplo da fila merece ser mencionado mais uma vez, pois bastante ilustrativo: é uma prática social reiterada, com forte lastro histórico, que ordena o comportamento humano em determinadas situações. Assim, a fila é uma instituição, e não precisa ser sempre uma instituição informal. Quando a fila é ordenada sob alguma autoridade, que estabelece critérios explícitos para a formação da fila, para a resolução de questões controversas, tem-se a passagem de uma institucionalidade informal para uma institucionalidade formal. São dois modelos de explicação que se pode dar para a obrigatoriedade do direito interno, logo: o modelo de imposição pela violência, e o modelo de observância espontânea de regras.

Ao fim e a cabo, talvez nenhum dos dois modelos explique todos os fenômenos jurídicos perfeitamente, como é natural de teorias (que devem ser confrontadas com a realidade). A perspectiva institucionalista, porém, tem espaço para abarcar também a violência dentro de si, pois a aceitação social do emprego da violência para resolução de determinadas questões pode ser vista como fato institucional — como, por exemplo, na legítima defesa (tanto instituição jurídica quanto a compra e venda o é).

As teorias que tentam explicar a obrigatoriedade do direito internacional público acabam por tropeçar em questões similares, mas enfrentando um problema adicional: não há um Estado de Estados, não há um ente soberano que imponha o direito pela violência para os Estados abaixo dele. Assim, a teoria voluntarista tenta explicar a obrigatoriedade do direito internacional público através da vontade e do consenso dos Estados. Toda norma internacional encontraria o fundamento de sua obrigatoriedade na aceitação prévia estatal em se vincular por aquela norma. Na elaboração refinada de Hans Kelsen, a norma fundamental hipotética do direito internacional seria a de que “os Estados devem agir da forma em que costumeiramente agiram no passado”, que conferiria validade para a norma consuetudinária *pacta sunt servanda*: os acordos devem ser cumpridos. Assim, tratados e costume teriam um componente voluntário na vontade do Estado de agir de determinadas maneiras e se obrigar por elas.

A posição contraposta à teoria voluntarista seriam as teorias objetivistas/naturalistas, isto é, que afirmam que o caráter obrigatório do direito internacional público seria decorrente de algo externo aos Estados, frequentemente com acentuado caráter jusnaturalista. Os autores naturalistas são frequentemente tidos como clássicos do direito internacional, embora tal posição não seja mais amplamente adotada e tenha perdido espaço para a teoria voluntarista. É possível, aqui, apontar que a teoria institucionalista, embora inicialmente voltada para o direito interno, também tem grande potencial para explicar a obrigatoriedade do direito internacional. Condutas adotadas espontaneamente podem adquirir caráter obrigatório prescindindo da ameaça de violência de um soberano ilimitado.

Prosseguindo com os contrastes entre direito interno e direito internacional, passou-se pelas fontes de cada um desses âmbitos jurídicos. Com relação ao direito interno, utilizou-se as tradições jurídicas do *civil law* e do *common law* como exemplificativas de todas as ordens jurídicas nacionais. Assim, as fontes tradicionais

do direito interno são a lei, a jurisprudência e o costume. A lei adquiriu, na contemporaneidade, um papel de “representante” do direito como um todo, se sobrepondo às demais fontes, especialmente na tradição de *civil law*. Todavia, seu funcionamento é razoavelmente simples: trata-se de normas promulgadas e sancionadas de acordo com um procedimento previamente estabelecido, que lhes confere o caráter de juridicidade. Em nações democráticas, a elaboração de leis geralmente incumbe a representantes eleitos para um Poder Legislativo — o que é marcadamente diferente do direito internacional, em que normas gerais são elaboradas mediante tratado.

A jurisprudência, por sua vez, é uma forma particular de costume judicial. Juízes optam por se ater a decisões anteriores, de forma que estas adquirem caráter vinculante. Especialmente no *common law* a jurisprudência tem relevância. O costume em geral (e não a forma particular de costume que é a jurisprudência) teve sua importância minorada nas sociedades contemporâneas. São comportamentos reiterados, com lastro histórico, a que se reconhece o caráter de juridicidade, isto é, de obrigatoriedade. A principal importância do costume, contemporaneamente, talvez seja a de complementar normas criadas por via de lei.

Quanto à hierarquia das fontes, a situação é distinta no *civil law* (em que a lei se sobrepõe ao costume, e em que a jurisprudência não teria status formal de fonte do direito) e no *common law* (em que a jurisprudência se sobrepõe à lei que se sobrepõe ao costume). Todavia, a possibilidade de existirem hierarquias de fontes diversas nos múltiplos direitos internos aponta para o caráter de escolha política do estabelecimento de tais hierarquias.

No direito internacional público, as fontes são bastante distintas. Há grande ênfase para a consensualidade nas fontes do direito. A fonte mais relevante do direito internacional possivelmente é o costume. Não se exige que haja grande lastro histórico, mas se exige uma prática generalizada pelos Estados de determinados comportamentos, com a crença de que são obrigatórios (*opinio juris sive necessitatis*). O costume mesmo condiciona a criação de tratados, eis que as normas para a criação de tratados são originalmente normas consuetudinárias, posteriormente positivadas na Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados.

O tratado se assemelha, estruturalmente, muito mais a um contrato (no direito interno) do que à legislação. É a forma de criação de direito internacional dominante, na atualidade, especialmente por ser mais maleável e direto do que um

costume. Assim, há tratados que são propriamente como contratos, bilaterais, estabelecendo obrigações pontuais, e há tratados que tem a intenção de criar direito geral, *law-making treaties*. Os princípios gerais de direito, por sua vez, são fonte de direito internacional funcionalmente subsidiária, utilizados para colmatar lacunas no direito consuetudinário ou criado por tratados. Podem ser descobertos pela comparação entre os diversos direitos nacionais, ou por deduções lógicas a partir da própria estrutura do direito internacional. Decisões judiciais e doutrina são fontes do direito internacional explicitamente subsidiárias, de menor relevância.

A hierarquia das fontes de direito internacional público é tema polêmico, especialmente pela questão das normas de *jus cogens*, isto é, normas das quais não se aceita nenhuma derrogação. Normas de *jus cogens* imprimem uma ideia de ordem pública ao sistema jurídico internacional e invalidam tratados que as violem — o que aponta para uma prática normativa em mais de um nível no âmbito do direito internacional, afastando-o da imagem de ordem jurídica primitiva, composta apenas por regras substantivas. Há procedimentos específicos para que um tratado seja válido, para que um costume seja reconhecido enquanto válido, embora talvez não haja uma regra de reconhecimento única para a integralidade do direito internacional. Isto indica um relativo policentrismo do direito internacional, que prescinde de unidade sistemática sob um único fundamento, muito embora Hans Kelsen tenha tentado postular uma norma hipotética fundamental de direito internacional, tenha subordinado a validade dos tratados a uma norma consuetudinária, e tenha defendido axiomáticamente a unidade de todo o direito.

Progredindo para o fundamento de validade do direito interno, tem-se que o mesmo Hans Kelsen, preocupado com o rigor científico da teoria do direito, tentou purificar o saber jurídico e tomando como seu objeto tão somente a norma. Para Kelsen, normas adquiriam validade apenas de outras normas, e a investigação do escalonamento de validades conduziria eventualmente a uma norma fundamental que deveria ser pressuposta: a norma hipotética fundamental que atribui validade à primeira constituição em sentido histórico e, assim, funda todo o arcabouço jurídico.

Para H. L. A. Hart, normas também adquirem validade de outras normas. Em um sistema normativo, haveria normas primárias (substantivas, dirigidas à conduta das pessoas) e normas secundárias (regras de reconhecimento, de mudança e de julgamento). A existência destas normas secundárias marcaria, para Hart, a passagem de um mundo pré-jurídico para um mundo jurídico propriamente

dito. Especialmente a regra de reconhecimento é relevante, pois é ela que permite identificar quais normas pertencem ou não ao sistema e são, logo válidas ou inválidas. Todavia, Hart não pressupunha uma regra de reconhecimento hipotética no topo de um sistema escalonado de validade. Calcado na filosofia da linguagem ordinária, a regra de reconhecimento hartiana é uma questão de fato empírico — é necessário avaliar se é efetivamente empregada por aqueles que operam dentro de um determinado sistema jurídico. É relevante, em Hart, avaliar se os intérpretes das normas têm uma perspectiva interna com relação a elas, isto é, as aceitam como guia de conduta, adotando uma atitude crítica com relação a elementos do sistema jurídico e avaliando-os pela regra de reconhecimento, que é aceita.

Na passagem para o direito internacional, as questões de validade das normas são repisadas. Kelsen foi defensor da posição monista com relação ao direito internacional e ao direito interno: ambos seriam ramos de um único direito, em verdade, haveria unicidade entre esses dois direitos aparentemente distintos. Para Kelsen, o direito interno nacional estava subordinado ao direito internacional público — isto é, é o direito internacional que conferia validade às ordens jurídicas nacionais. Assim, a norma hipotética fundamental de direito internacional (que os Estados devem se comportar como costumeiramente se comportaram) seria também a norma hipotética fundamental de todos os direitos nacionais.

Uma perspectiva teórica que permite superar o dilema entre voluntarismo, objetivismo, monismo e dualismo no direito internacional é a perspectiva institucionalista e pós-soberanista de Neil MacCormick. Analisando a realidade da Comunidade Europeia à sua época (que depois se tornaria União Europeia), MacCormick conclui que tentar encontrar o local onde está depositada a soberania é uma má ferramenta de análise. Não haveria mais entidades soberanas em toda a Europa, pois não haveria mais qualquer sistema jurídico onde o exercício da autoridade e a aplicação de normas dependesse exclusivamente de fontes internas.

Para MacCormick, seria possível empregar a regra de reconhecimento hartiana como prisma de análise para entender, por fim, que normas podem ser válidas a partir de mais de uma perspectiva, simultaneamente. Assim, as normas comunitárias europeias seriam válidas tanto através da regra de reconhecimento dos Estados-membros da Comunidade, quanto através da regra de reconhecimento do direito da própria Comunidade. São ordens jurídicas que se sobrepõem e conferem validade simultaneamente às mesmas normas. A soberania seria, na visão de

MacCormick, completamente desnecessária para a configuração de um fenômeno como jurídico.

É esta visão que quer se adotar aqui, ao fim. O direito internacional público é claramente uma tradição jurídica distinta da “tradição de direito interno”, por assim dizer, pois seus elementos determinantes são distintos. As fontes do direito são diversas. A hierarquia das fontes do direito é diversa. A concepção de direito, essencialmente, é uma concepção diversa. O direito internacional público é um direito que prescinde de um ente soberano para sua criação, afirmação e aplicação, prescinde de um ente que monopolize a violência legítima. Nesse aspecto, o direito internacional é muito similar ao direito medieval europeu: não há centralização, há uma pluralidade de ordens jurídicas que se sobrepõem.

Várias normas de origens distintas obrigam os mesmos sujeitos, sem que alguma tenha pretensão de exclusividade. As mesmas normas são validadas ainda por regras secundárias também com origens diversas. O policentrismo na origem do direito internacional público não é um defeito, uma falha, nem precisa ser escondido, escamoteado enquanto um elemento atávico da ordem internacional: é mais produtivo (e condizente com os fatos) tê-lo enquanto uma verdadeira característica do direito internacional, marcado por sujeitos de direito insistentemente tomados como iguais, e que se recusam a criar o Leviatã soberano.

Considerar o direito internacional como um direito sempre incompleto por suas dessemelhanças com os direitos internos seria desconsiderar a riqueza desse fruto do intelecto humano que tenta regular condutas em seu nível possivelmente mais abstrato, tomando entidades já abstratas (como os Estados) como sujeito. Em vez de continuamente rejeitar o caráter policêntrico e difuso do direito internacional, é possível abraçá-lo, para considerar esse fenômeno jurídico tal como ele é: curiosamente igualitário, pautado pela prática, pela vontade e pelo consenso, estabelecido de forma cautelosa e claudicante entre nações.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de direito internacional público**. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

ARRIGHI, Jean Michel. Prólogo, in: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Princípios do Direito Internacional Contemporâneo**. 2 ed. Brasília: FUNAG, 2017, p. 19–23.

ARON, Raymond. **Les étapes de la pensée sociologique**. [Sem edição] [Reimpressão de 2014]. Domont: Gallimard, 1967.

BETIM, Felipe; MARREIRO, Flávia. O discurso de Bolsonaro na ONU, analisado e confrontado com dados. **El País Brasil**, São Paulo, 24 set. 2019. Edição on-line. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2019/09/24/politica/1569340250_255091.html>. Acesso em: 22 mar. 2022.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil — 1988. Diário Oficial da União de 05 out. 1988, p. 1.

BRASIL. Decreto n. 7.030 de 14 de dezembro de 2009. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. Diário Oficial da União de 15 dez. 2009, p. 59.

BRASIL. Decreto n. 19.841, de 22 de outubro de 1945. Promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas. Publicação 22 out. 1945.

BRASIL; SENADO FEDERAL. **Código de processo civil e normas correlatas**. 7 ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015.

BRASIL. Lei 9.472, de 16 de julho de 1997. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. Diário Oficial da União de 17 jul. 1997, p. 15.081.

BERNSTORFF, Jochen von. Hans Kelsen and the Return of Universalism, in: ORFORD, Anne; HOFFMAN, Florian (orgs.). **The Oxford Handbook of the Theory of International Law**. [Sem edição]. Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 192–211

BERNSTORFF, Jochen von. **The Public International Law Theory of Hans Kelsen: Believing in International Law**. [Sem edição]. Versão e-book. New York: Cambridge University Press, 2010.

BRIERLY, James L.; CLAPHAM, Andrew B. **Brierly's Law of Nations: an Introduction to the Role of International Law in International Relations**. 7 ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.

- BROWNLIE, Ian; CRAWFORD, James. **Brownlie's Principles of Public International Law**. 8 ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- BULL, Hedley. **The Anarchical Society: a study of order in world politics**. 4 ed. New York, Houndmills: Palgrave Macmillan, 2012.
- CAETANO, Marcello. **Manual de ciência política e direito constitucional**: tomo 1. 6 ed. Coimbra: Almedina, 2009.
- CARREAU, Dominique; BICHARA, Jahyr-Philippe. **Direito internacional**. [Sem edição]. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.
- CHARLESWORTH, Hilary. Law-making and sources, in: CRAWFORD, James; Koskenniemi, MARTTI (orgs.). **The Cambridge Companion to International Law**. [Sem edição]. 3 reimpressão. New York: Cambridge University Press, 2013, p. 187–202.
- CONSTANTINESCO, Leontin-Jean. **Tratado de direito comparado**: introdução ao direito comparado. [Sem edição]. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- CORRÊA, Luiz Felipe de Seixas (org.). **Brazil in the United Nations: 1946–2011**. 3 ed. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão (FUNAG), 2013.
- CRAWFORD, Sue E. S.; OSTROM, Elinor. **A Grammar of Institutions**. *American Political Science Review*, [sem local de publicação], v. 89, n. 3, set. 1995, p. 582–600.
- DAVID, René; JAUFFRET-SPINOSI, Camille; GORÉ, Marie. **Les grands systèmes de droit contemporains**. 12 ed. Paris: Dalloz, 2016.
- DEL MAR, Maksymilian. Law as Institutional Normative Order: An Introduction, in: DEL MAR, Maksymilian; BANKOWSKI, Zenon (eds.). **Law as institutional normative order**. [Sem edição]. Farnham (UK), Burlington (USA): Ashgate Publishing, 2009, p. 1–16.
- DINIZ, Maria Helena. Fontes do direito, in: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coords.). **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. 1 ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/157/edicao-1/fontes-do-direito>>. Acesso em 31 out. 2019.
- ELSTER, Jon. **Explaining social behavior**: more nuts and bolts for the social sciences. [Sem edição]. Cambridge/New York: Cambridge University Press, 2007.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 2 ed. São Paulo: Atlas, 1994.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 10 ed. Versão e-book. São Paulo: Atlas, 2018, obra não paginada.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Por que ler Kelsen, hoje? in: COELHO, Fábio Ulhoa. **Para entender Kelsen**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. XIII–XXI.

FINNIS, John. Natural Law: the Classical Tradition, in: COLEMAN, Jules; SHAPIRO, Scott J. **The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law**. [Sem edição]. Versão *paperback*. New York: Oxford University Press, 2004, p. 1–61.

FLORENZANO, Modesto. Sobre as origens e o desenvolvimento do Estado moderno no Ocidente. **Lua Nova**, São Paulo, [sem volume], n. 71, 2007, p. 11–39.

GEOFF, Gordon. Natural Law in International Legal Theory: Linear and Dialectical Presentations, in: ORFORD, Anne; HOFFMAN, Florian (orgs.). **The Oxford Handbook of the Theory of International Law**. [Sem edição]. Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 279–306.

GREEN, Leslie. Introduction, in: HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 3 ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. xv–lv

GROSSI, Paolo. **A ordem jurídica medieval**. [Sem edição]. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

GROSSI, Paolo. **L'Europa del Diritto**. 1 ed., “Biblioteca Universale Laterza”. Roma-Bari: Gius. Laterza & Figli Spa, 2016.

GROSSI, Paolo. **Primeira lição sobre direito**. [Sem edição]. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

HAGE, Jaap. Sources of Law, in: HAGE, Jaap; WALTERMANN, Antonia; AKKERMANS, Bram (eds.). **Introduction to Law**. 2 ed. Versão e-book. Cham (Suíça): Springer, 2017, p. 01–20.

HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 3 ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.

HAURIOU, Maurice. La théorie de l'institution et de la fondation, in: HAURIOU, Maurice. **Aux Sources du Droit: Le Pouvoir, L'Ordre et la Liberté**. [Sem edição]. Paris: Librairie Bloud & Gay, 1933, p. 89–128.

HESPANHA, António Manuel. **Pluralismo jurídico e direito democrático: prospetivas do direito no século XXI**. [Sem edição]. Versão Kindle. Lisboa: Almedina, 2019.

HOBSBAWM, Eric. **Era dos Extremos: o breve século XX: 1914–1991**. [Sem edição]. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

IANNI, Octavio. **Teorias da Globalização**. 13 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA); NONNENBERG, Marcelo José Braga; MARTINS, Michelle Márcia Viana. **Como a guerra na Ucrânia poderá afetar o comércio exterior? Efeitos sobre o Brasil**. Carta de Conjuntura n. 54: Nota de Conjuntura 22: 1º Trimestre de 2022. [Sem local de publicação]: IPEA, 2022. Nota técnica. Disponível em:

<https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/conjuntura/220315_cc_nota_22_guerra_da_ucrania.pdf>. Acesso em: 22 mar. 2022.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE (ICJ). Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Ukraine v. Russian Federation), Provisional Measures, Order of 16 March 2022. Julgado em 16 mar. 2022. Disponível em: <<https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/182/182-20220316-ORD-01-00-EN.pdf>>. Acesso em: 22 mar. 2022.

INTERNATIONAL LAW COMMISSION OF THE UNITED NATIONS; TLADI, Dire. **Second report on jus cogens by Dire Tladi, Special Rapporteur.** A/CN.4/706. Genebra, 01/mai.–02/jun., 03/jul.–04/ago. 2017. Disponível em: <<http://legal.un.org/docs/?symbol=A/CN.4/706>>. Acesso em: 09 abr. 2017.

JANSEN, Nils. Comparative Law and Comparative Knowledge, in: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard (orgs.). **The Oxford Handbook of Comparative Law.** [Sem edição]. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 305–338.

JESUS, Diego Santos Vieira de. O baile do monstro: o mito da Paz de Vestfália na história das relações internacionais modernas. **História**, Franca (São Paulo), v. 29, n. 2, p. 221–232, dez. 2010.

KAMMINGA, Menno T. International Law, in: HAGE, Jaap; WALTERMANN, Antonia; AKKERMANS, Bram (eds.). **Introduction to Law.** 2 ed. Versão e-book. Cham (Suíça): Springer, 2017, p. 277–301.

KLABBERS, Jan. **International Law.** [Sem edição]. Versão e-book. Cambridge/New York: Cambridge University Press, 2013, obra não paginada.

KELSEN, Hans. **General Theory of Law and State.** [Sem edição] [Edição original Harvard University Press, 1949]. New Brunswick/London: Transaction Publishers, 2006.

KELSEN, Hans. **Pure Theory of Law.** [Sem edição]. 5 reimpressão. Berkeley: University of California Press, 1967.

KOZICKI, Katya, PUGLIESE, William. O conceito de direito em Hart, in: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coords.). **Enciclopédia jurídica da PUC-SP.** Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. 1 ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/137/edicao-1/o-conceito-de-direito-em-hart>>. Acesso em: 30 ago. 2021.

LA TORRE, Massimo. **Law as Institution.** [Sem edição]. Dordrecht/Heidelberg/London/New York: Springer, 2010.

LEI. In: AULETE, Francisco J. Caldas; VALENTE, Antonio Lopes dos Santos. **Dicionário Caldas Aulete.** [Sem edição]. Versão on-line. [Sem local de publicação]: Lexikon, 2022, obra não paginada. Disponível em: <<https://aulete.com.br/lei>>. Acesso em: 28 mar. 2022.

LOSANO, Mario G. **I Grandi Sistemi Giuridici**: introduzioni ai diritti europei ed extraeuropei. 2 ed. Torino: Einaudi, 1988.

MACCORMICK, Neil. Beyond the Sovereign State. **The Modern Law Review**, [sem local de publicação], v. 56, n. 1, jan. 1993, p. 1–18.

MACCORMICK, Neil. **Institutions of Law**: an essay in legal theory. [Sem edição]. New York: Oxford University Press, 2007.

MACCORMICK, Neil. **Questioning Sovereignty**. [Sem edição]. Reimpressão em 2002. New York: Oxford University Press, 1999.

MACHADO, Jónatas E. M. **Direito Internacional**: do paradigma clássico ao pós-11 de setembro. 3 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MÉGRET, Frédéric. International law as law, in: CRAWFORD, James; Koskenniemi, MARTTI (orgs.). **The Cambridge Companion to International Law**. [Sem edição] 3 reimpressão. New York: Cambridge University Press, 2013, p. 64–90.

MERRYMAN, John Henry; PEREZ-PERDOMO, Rogelio. **The Civil Law Tradition**: An Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America. 4 ed. Stanford, CA: Stanford University Press, 2018.

MILLARD, Éric. Hauriou et la théorie de l'institution. **Droit et société**, [sem local de publicação], n. 30–31, 1995, p. 381–412.

MORRISON, Wayne. **Jurisprudence**: from the Greeks to Post-Modernity. [Sem edição]. Abingdon/New York: Routledge, 2016.

OLECHOWSKI, Thomas. Legal Hierarchies in the Works of Hans Kelsen and Adolf Julius Merkl, in: MÜBIG, Ulrike (ed.). **Reconsidering Constitutional Formation II: Decisive Constitutional Normativity: From Old Liberties to New Precedence**. [Sem edição]. Cham (Suíça): Springer, 2018, p. 353–362.

PALMER, Vernon V. (org.). **Mixed Jurisdictions Worldwide**: The Third Legal Family. 2 ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.

PERMANENT COURT OF INTERNATIONAL JUSTICE (PCIJ). 12th Ordinary Session. Judgement n. 9. President Huber. Julgamento de 07 set. 1927, p. 18. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/public/files/permanent-court-of-international-justice/serie_AA_10/30_Lotus_Arret.pdf>. Acesso em: 03 abr. 2022.

PISTONE, Sergio. Relações internacionais, in: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 12 ed. Brasília, DF: Editora da Universidade de Brasília, 1999, p. 1089–1099.

REIMANN, Mathias. Comparative law and neighbouring disciplines. In: BUSSANI, Mauro (ed.); MATTEI, Ugo (ed.). **The Cambridge Companion to Comparative Law**. [Sem edição]. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 13–34.

- RITCHIE, Hannah et al. Our World in Data, Coronavirus Pandemic (COVID-19). Disponível em: <<https://ourworldindata.org/covid-deaths>>. Acesso em 22 mar. 2022.
- RODRIGUES, Gilberto Marcos Antonio. **O que são relações internacionais**. 2 ed. São Paulo: Brasiliense, 2009.
- ROMANO, Santi. **L'Ordinamento Giuridico**. 2 ed. 3 reimpressão. Firenze: Sassoni, 1967.
- ROTH, Guenther. Introduction, in: WEBER, Max. **Economy and Society**: an outline of interpretive sociology. [Sem edição]. Berkeley, Los Angeles, London: University of California Press, 1978, p. XXXIII–CX.
- SACCO, Rodolfo. **Introdução ao direito comparado**. [Sem edição]. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.
- SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 7 ed. Versão e-book (formato EPUB). São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- SCHAUER, Frederick F. **Thinking like a lawyer**: a new introduction to legal reasoning. [Sem edição]. Cambridge/MA, London: Harvard University Press, 2009.
- SEITENFUS, Ricardo. **Relações Internacionais**. [Sem edição]. Barueri: Manole, 2004.
- SHAW, Malcolm N. **International Law**. 6 ed. Versão e-book. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.
- SIMIONI, Rafael Lazzarotto; DE SOUZA, Fafina Vilela. O mito da pirâmide de Hans Kelsen. **Consultor Jurídico (Conjur)**, [sem local de publicação], 02 out. 2021. Seção Opinião, recurso online. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-out-02/simioni-souza-mito-piramide-hans-kelsen>. Acesso em: 26 mar. 2022.
- STONE, Martin. Formalism, in: COLEMAN, Jules L.; HIMMA, Keineth Eimar; SHAPIRO, Scott J. **The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law**. [Sem edição]. Versão paperback. New York: Oxford University Press, 2004, p. 166–205, p. 181.
- SULLIVAN, Becky. Russia's at war with Ukraine. Here's how we got here. **NPR**, [sem local de publicação], 24 fev. 2022. Edição on-line, World. Disponível em: <<https://www.npr.org/2022/02/12/1080205477/history-ukraine-russia>>. Acesso em: 22 mar. 2022.
- TWINING, William. A Post-Westphalian Conception of Law. **Law & Society Review**, Hoboken (New Jersey), v. 37, n. 1, 2003, p. 199–258.
- UNIVERSIDADE DE OTTAWA. JuriGlobe — World Legal Systems: Research Group. Mixed Legal Systems. Disponível em: <<http://www.juriglobe.ca/eng/sys-juri/class-poli/sys-mixtes.php>>. Acesso em: 12 nov. 2018.

UZELAC, Alan. Survival of the Third Legal Tradition? **Supreme Court Law Review**, [sem local] [Canadá], v. 49, 2 série, p. 377–396, 2010.

VOVELLE, Michel. **A Revolução Francesa explicada à minha neta**. [Sem edição]. São Paulo: Editora UNESP, 2007.

WARAT, Luis Alberto; CABRIADA, Gustavo Pérez. Os Quadrinhos Puros do Direito, in: WARAT, Luis Alberto. **Territórios desconhecidos**: a procura surrealista pelos lugares do abandono do sentido e da reconstrução da subjetividade, vol. 1. [Sem edição]. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 563–583.

WEBER, Max. **Economia e Sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. 4 ed. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 2012.

WEBER, Max. **Economy and Society**: an outline of interpretive sociology. [Sem edição]. Berkeley, Los Angeles, London: University of California Press, 1978.

WORLD HEALTH ORGANIZATION (WHO). About WHO. Disponível em: <<https://www.who.int/about>>. Acesso em: 22 mar. 2022.

WORLD HEALTH ORGANIZATION (WHO). WHO Director-General’s opening remarks at the media briefing on COVID-19 — 11 March 2020. Disponível em: <<https://www.who.int/director-general/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020>>. Acesso em: 01 out. 2021.