

# Direito internacional, eficácia e efetividade

Raphael Carvalho de Vasconcelos<sup>1</sup>

## Resumo

O presente estudo pretende lançar mão de reflexões doutrinárias principalmente vinculadas à modernidade e ao positivismo jurídico para introduzir questionamentos acerca da relação entre política e direito especialmente na atuação de cortes e tribunais internacionais. A estrutura de coordenação internacional contraposta à subordinação interna convida à análise do direito sob as perspectivas de sua eficácia e efetividade. Poderiam política e direito cooperar garantindo normatividade ao direito internacional? A partir de instrumental teórico selecionado busca-se, dedutivamente, fixar parâmetros ao questionamento para, indutivamente, encontrar propostas que pretendem auxiliar o debate sem esgotar o tema.

**Palavras-chave:** Direito internacional; política; eficácia; efetividade; órgãos jurisdicionais internacionais.

## Abstract

This paper intends to use reflections mainly related to modernity and to the legal positivism to introduce questions on the relationship between politics and law, especially on international courts and tribunals. The international power structure based on coordination, when opposed to its subordination shape internally observed, requires the analysis of law under the perspective of its effectiveness - both as to indicate the applicable law and as to grant effectiveness itself. Could politics and law cooperate by ensuring normativity in international law? From selected theoretical instruments, it is sought, deductively, to set parameters for the questioning to inductively find proposals that intend to help the debate without exhausting the subject.

**Keywords:** International law; politics; effectiveness; international courts and tribunals.

## Modernidade, Positivismo e Direito

O positivismo jurídico moderno não é, de certo, o ponto de partida teórico do direito internacional<sup>2</sup>. A pretensão científica positivista permite, contudo, a identificação, em suas construções teóricas, das bases da atual concepção do direito das gentes. Qualquer tentativa de se compreender a organização do poder na ordem internacional nos dias de hoje pode buscar,

<sup>1</sup> Professor de Direito Internacional da UERJ e da UFRRJ. Advogado e Consultor. rvasconcelos@raphaelvasconcelos.com

<sup>2</sup> Em BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995. p. 15, clara distinção entre o positivismo filosófico e o positivismo jurídico. Neste estudo, a acepção jurídica prevalece quando houver uso do termo “positivismo” isoladamente.

portanto, em juristas positivistas as premissas que, às vezes, parecem ter se perdido na caminhada<sup>3</sup>.

Embora o questionamento acerca da natureza jurídica do direito internacional esteja superado, a tônica dos argumentos que sustentavam sua condição política é bastante útil à contextualização de vários temas contemporâneos que afligem seus operadores e pesquisadores<sup>4</sup>. Ainda que a tradição possa ser entendida como clichê, Hans Kelsen e H.L.A. Hart tornam-se obrigatórios ao que se propõe.

Revisitar principalmente esses dois autores mostra-se fundamental à compreensão dos contornos do direito das gentes atual<sup>5</sup>. Compreender a abordagem positivista do ordenamento normativo internacional serviria, portanto e mormente, para facilitar a compreensão da trajetória da disciplina e do panorama político da conveniência dos estados na modernidade<sup>6</sup>.

Trabalhar a modernidade sob a perspectiva positivista para compreender a contemporaneidade exige, ainda, que se verifiquem as premissas adotadas pelos autores que buscam superar os esquemas teóricos modernos. Vale, aqui, ressalva quanto às críticas em relação aos paralelos entre a modernidade e o positivismo jurídico e entre a pós-modernidade e o pós-positivismo jurídico<sup>7</sup>. Esses paralelos parecem para alguns, de fato, reducionismo imperdoável, mas defende-se aqui, sem restrições, que sejam feitos por desenharem de forma bastante fiel a guinada

<sup>3</sup> DOLINGER, Jacob. Dignidade: o mais antigo valor da humanidade. Os mitos em torno da declaração universal dos direitos do homem e da constituição brasileira de 1988. As ilusões do pós-modernismo/pós-positivismo. A visão judaica. *Revista do Direito Constitucional e Internacional*. Ano 18, v. 70, p. 60-61, jan.-mar/2010. Especificamente no que se refere ao poder e aos conteúdos teóricos a ele relacionados, BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade*; por uma teoria geral da política. Rio : Paz e Terra, 1987. p. 82.

<sup>4</sup> WEIL, Prosper. Le droit international en quete de son identité: cours général de droit international public. In: *Recueil des Cours*. Academie de Droit International de la Haye, Volume 237, 1992-VI, pp. 09-370. p. 36. defende que “Si le droit international n’existait pas, il faudrait l’inventer”.

<sup>5</sup> Conforme ressaltado em VASCONCELOS, Raphael Carvalho de. *Teoria do estado e a unidade do direito internacional* - domesticando o rinoceronte. Belo Horizonte: Arraes, 2016. p. 22, “in verbis”: “No presente estudo, “direito internacional”, ‘direito das gentes’ e ‘direito interestatal’ serão, portanto, utilizados de forma indiscriminada como sinônimos por opção mais relacionada a estilo que a padrões lógicos de uso. Não serão feitas em relação a nenhum deles, portanto, referências históricas ou conceituais específicas não expressamente indicadas.” Também GUGGENHEIM, Paul. Contribution à l’histoire des sources du droit des gens. In: *Recueil des Cours*. Academie de Droit International de la Haye, Volume 94, 1958-II, pp. 01-84. p. 05. Também JELLINEK, Georg. *Das Recht des modernen Staates*. Berlin: Verlag von O. Häring, 1900. p. 120. faz considerações a esse respeito.

<sup>6</sup> Sobre a modernidade, seu conceito e limitações contemporâneas, BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. O direito na pós-modernidade. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. Especial apreço também ao emblemático excerto literário que tão bem descreve a modernidade: EMERSON, Ralph Waldo. *Essays and lectures*. New York: The Library of América, 1982. p. 364, em seu ensaio *Prudence* de 1841, “in verbis”: “*In skating over thin ice, our safety is in our speed*”.

<sup>7</sup> Sobre a superação do jusnaturalismo e do positivismo, BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional* – Tomo II. Rio: Renovar, 2003. p. 27.

do mecânico ao manual, da técnica ao improviso, do firme ao móvel, do sólido ao líquido<sup>8</sup>.

Mais que isso, resgatar o positivismo moderno e sua percepção do direito internacional evita que as fontes originais sejam julgadas a partir de suas referências atuais – muitas vezes críticas – e possibilita novas construções teóricas sobre o significado doutrinário das lições de tais autores, bem como sobre problemas jurídicos atuais direta ou indiretamente por eles tratados.

A concepção do direito de Kelsen passou por diferentes fases. Mesmo em sua teoria pura tão festejada, percebe-se amadurecimento entre o original de 1934 e sua edição da década de 60<sup>9</sup>. Reconhecido como referência da teoria do direito, o autor pode muito bem ser considerado um internacionalista. E não apenas em razão de sua construção monista com prevalência internacional, mas também pelos três cursos que ministrou na Haia e pela clara contribuição do direito das gentes à sua teoria geral<sup>10</sup>.

Conforme já sugerido em trabalhos anteriores, observa-se no positivismo jurídico tentativa de racionalizar cientificamente o direito. O que se identifica na atualidade como pós-positivismo busca ultrapassar essa mecânica formalista inicial e concentrar esforços na solução de problemas admitidos na pós-modernidade<sup>11</sup>. A assunção da incompletude do direito e dos dilemas que sequer se pretendem justificar com a racionalidade talvez seja a principal marca do pós-tudismo<sup>12</sup>. E também seu maior mérito.

<sup>8</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001. CASELLA, Paulo Borba. Conceito de sistema, contexto internacional e pós-modernidade. In: ADEODATO, João Maurício; BITTAR, Eduardo C. B. (Org.) - *Filosofia e Teoria Geral do Direito: estudos em homenagem a Tércio Sampaio Ferraz Junior por seu septuagésimo aniversário*. São Paulo: Quartier Latin, 2011. p. 1005.

<sup>9</sup> Na parte que cuida da ordem internacional há diferenças notáveis, mas os contornos mais contundentes permanecem, KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre – Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*. Leipzig und Wien: Franz Deuticke, 1934. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Coimbra: Armênio Amado, 1974.

<sup>10</sup> KELSEN, Hans. Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public. In: *Recueil des Cours*. Academie de Droit International de la Haye, Volume 14, 1926-IV, pp. 227-331. KELSEN, Hans. Théorie générale du droit international public : problèmes choisis. In: *Recueil des Cours*. Academie de Droit International de la Haye, Volume 42, 1932-IV, pp. 117-351. KELSEN, Hans. Théorie du droit international public. In: *Recueil des Cours*. Academie de Droit International de la Haye, Volume 110, 1953-III, pp. 01-203. MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges de; PONTES, Jean . Hans Kelsen e a Prevalência do Direito Internacional: um lugar para a Grundnorm. In: Florisbal de Souza Del Olmo; Valesca Raizer Borges Moschen. (Org.). *Direito Internacional*. 1ª ed. Florianópolis: CONPEDI, 2015, v. , p. 1-16.

<sup>11</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional* – Tomo III. Rio: Renovar, 2005. p. 57.

<sup>12</sup> DOLINGER, Jacob. Dignidade: o mais antigo valor da humanidade. Os mitos em torno da declaração universal dos direitos do homem e da constituição brasileira de 1988. As ilusões do pós-modernismo/pós-positivismo. A visão judaica. *Revista do Direito Constitucional e Internacional*. Ano 18, v. 70, p. 60-61, jan.-mar/2010.

Especificamente quanto ao positivismo jurídico, sua abordagem delimita claramente o objeto de estudo do direito e seus autores alocam esse estabelecimento de fronteiras no centro de suas estruturas teóricas. Outras áreas de conhecimento, mesmo sob a perspectiva moderna, não se percebiam necessariamente isentas de influências externas.

Crítica que poderia ser feita à neutralidade científica pretendida diz respeito à atuação legislativa. Uma teoria puramente jurídica não deveria, em tese, ocupar-se da formação das normas de direito porque a produção normativa exige necessariamente elementos valorativos<sup>13</sup>. No pós-positivismo, tal perspectiva e correspondente crítica não se circunscreve à atividade legislativa exercida – ao menos na estrutura interna de poder do estado – pelo órgão dotado de faculdade legislativa e se estende a órgãos diversos do natural – como o judiciário, quando exerce função concreta, abandonando a mera extração da normatividade do comando legal<sup>14</sup>.

A criação de normas guarda elementos valorativos e exige discussão quanto à legitimidade do legislador. Enquanto o positivismo buscava estabelecer requisitos à legitimidade, o pós-positivismo entende possível o exercício de concreção revestido de extração de normatividade por meio do reconhecimento de plena normatividade a princípios<sup>15</sup>.

No contexto interno, tal distorção teórica prospera e rende frutos com certa facilidade em razão da estrutura formal do estado que garante força coercitiva à interpretação feita pelo judiciário plasmada em decisão – em sentença, por exemplo<sup>16</sup>. Tal arquitetura, contudo, não se adequa ao plano internacional e cria expectativas de resultados impossíveis de serem fornecidos pelos aplicadores do direito.

O direito internacional ainda é fundamentalmente positivista. Ainda é extremamente dependente da vontade dos atores com capacidade legiferante para avançar. As estruturas globais não apenas são melhor descritas e compreendidas pelo positivismo, mas também, muitas vezes, dele dependem para resistir como jurídicas. A pós-modernidade e suas consequências pós-positivistas podem ser, a título de exemplo e como se pretende demonstrar adiante, devastadoras para os tribunais internacionais.

---

<sup>13</sup> Kelsen, Hans. *Reine Rechtslehre – Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*. Leipzig und Wien: Franz Deuticke, 1934. p. 18. Kelsen, Hans. *Teoria pura do direito*. Coimbra: Armênio Amado, 1974. p. 107.

<sup>14</sup> A adesão irrestrita à grafia do termo “estado” com inicial minúscula tem sido reiterada em trabalhos anteriores conforme apontado por Casella, Paulo Borba. *BRIC: Uma perspectiva de cooperação internacional*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 02. Nesse sentido, Vasconcelos, Raphael Carvalho de. *Teoria do estado e a unidade do direito internacional - domesticando o rinoceronte*. Belo Horizonte: Arraes, 2016. p. 24.

<sup>15</sup> Os conceitos de exercício de concreção e de extração de normatividade serão retomados diversas vezes ao longo do texto. Caberá referência constante a Koskenniemi, Martti. *From apology to utopia: the structure of international legal argument*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2005.

<sup>16</sup> Carbonell, Míguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.

## Hart, Kelsen e o Direito Internacional

De volta à doutrina, enquanto Hart, por um lado, concentra-se na justificação da regra de reconhecimento, Kelsen lança mão do conceito de sanção e, de forma mais analítica, descreve o funcionamento das normas. Noutro sentido, percebe-se a teoria hartiana mais exemplificativa que a do autor austríaco que, na verdade, desde o princípio se circunscreveu aos limites da sua própria teoria.

Não apenas em razão dos elementos apontados, mas também da própria estrutura de validade proposta pelos dois autores, impossível se faz sugerir coesão teórica entre Kelsen e Hart. Especificamente quanto ao direito internacional, essa diferença é explícita na perspectiva que eles têm do voluntarismo na ordem internacional. O ceticismo do inglês em relação à autoimpositividade das obrigações internacionais – decorrência direta da expressão da vontade – e seu foco no reconhecimento – em fator, portanto, eminentemente interno – faz contraponto importante à centralidade da *pacta sunt servanda* e da sanção na teoria pura do direito<sup>17</sup>.

Se, por um lado, Hart fundamenta a validade da norma em sua obrigatoriedade e transfere ao reconhecimento sua força normativa – regra de reconhecimento, Kelsen vincula o sistema jurídico à sanção, à força da norma sancionadora. Esse é o esquema básico de validade adotado pelos dois referentes do positivismo.

Ambas as teorias poderiam ser plenamente aplicáveis à fundamentação do direito internacional. Questão inicial a ser ultrapassada se refere ao papel da vontade em cada uma delas e à forma como o elemento volitivo afeta as construções teóricas propostas. Distinção a ser feita, nesse sentido, diz respeito à diferença entre a vinculatividade do direito internacional e a aplicabilidade de suas normas. Para Hart, a falta de aplicabilidade das normas retiraria o caráter jurídico do direito das gentes. Na visão do autor, na década de 60 e apesar de toda a institucionalização da ordem global que estava em andamento, o direito internacional seria uma estrutura primitiva, ainda estaria em formação<sup>18</sup>. A adesão dos estados seria essencial para que se tornasse verdadeiramente funcional.

Hart funda sua perspectiva no voluntarismo enquanto que para Kelsen a participação dos estados no direito internacional seria automática<sup>19</sup>. O autor austríaco condiciona a validade da norma à sanção e aponta a guerra e a

<sup>17</sup> HART, H.L.A. *The concept of law*. Oxford: Clarendon Press, 1961. pp. 220–221. Sobre obrigações assumidas pessoalmente e com a comunidade, interessante passagem de ROUSSEAU, Jean-jacques. *Du contrat social*. Paris: Union Générale d'Éditions, 1973. pp. 74-75.

<sup>18</sup> HART, H.L.A. *The concept of law*. Oxford: Clarendon Press, 1961.

<sup>19</sup> O sistema de direito das gentes, apesar de possuir características *sui generis*, apresenta-se como absolutamente vinculante aos participantes da sociedade internacional e, em perspectiva cada vez mais predominante, também da comunidade internacional, GIRAUD, Emile. *Le droit international public et la politique*. In: *Recueil des Cours*. Academie de Droit International de la Haye, Volume 110, 1963-III, pp. 419-809. p. 423.

represália como suficientes ao cumprimento desse requisito teórico pelo direito internacional.

O instrumental apontado permite, inclusive, que se defenda que o *jus cogens* possuiria elementos de voluntarismo<sup>20</sup>. Nesse sentido, o próprio texto da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados expressamente faz referência à norma “aceita e reconhecida pela comunidade internacional” e conjuga seu caráter imperativo à ampla aderência ao menos tácita a seus desígnios<sup>21</sup>.

A aceitação de regras como obrigatórias a toda a comunidade internacional por costume pressupõe, portanto, também a aceitação desse comando por aqueles que concentram o poder na ordem internacional<sup>22</sup>. A teoria do *jus cogens* pode, dessa forma, muito bem escamotear determinado desequilíbrio de poder com elementos valorativos capazes de justificar prevalência de visão de mundo ou interesse particular específico como oponível a todos os membros da comunidade internacional<sup>23</sup>.

<sup>20</sup> Não se afasta, mas tampouco se busca aqui aprofundar a discussão de se Francisco de Vitória realmente se referia a algo assemelhado ao conteúdo atualmente reconhecido ao *jus cogens* em “*De Indis e De Jure Belli Relectiones*”, publicado no Brasil VITÓRIA, Francisco de. *Os índios e o direito da guerra: de indies et de jure belli relectiones*. Ijuí: UNIJUI, 2006. Sobre o voluntarismo no *jus cogens*, WEIL, Prosper. Le droit international en quete de son identité: cours général de droit international public. In: *Recueil des Cours*. Academie de Droit International de la Haye, Volume 237, 1992-VI, pp. 09-370. p. 267.

<sup>21</sup> Artigo 53 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, decreto 7.030 de 14 de dezembro de 2009.

<sup>22</sup> Importante esclarecimento de linguagem e de conteúdo de termos deve ser feito neste momento. Adotam-se para o presente estudo os conceitos de sociedade internacional e de comunidade internacional estabelecidos por MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Curso de direito internacional público* – v 1. Rio: Renovar, 1994. p. 45., VELASCO, Manuel Diez de. *Instituciones de derecho internacional público* – Tomo I. Madrid: Editorial Tecnos, 1978. p. 44. e CASELLA, Paulo Borba. Evolução institucional do direito internacional: à luz do quinquentenário do conceito de direito de Hart (1961). In: *Revista Brasileira de Filosofia*. Ano 60, Vol. 236, janeiro-junho, 2011. pp. 313-329. pp. 322-323, os quais, em síntese, identificam como “comunidade” a convivência internacional espontânea - que independe da vontade dos sujeitos - e, como “sociedade”, as relações que, contrariamente, dependem de elementos volitivos para se constituírem por meio de sistemas normativos, por exemplo. De se tomar nota é a posição no sentido aparentemente oposto de TOMUSCHAT, Christian. Obligations arising for states without or against their will. In: *Recueil des Cours*. Academie de Droit International de la Haye, Volume 241, 1993, p. 211. Da diferenciação apontada, decorrem, ainda, os conceitos específicos utilizados ao longo do trabalho para fazer referência a “ordem” e a “ordenamento”. Como “ordem”, compreendem-se as estruturas políticas típicas da comunidade internacional - mesmo quando incorporadas e admitidas pela sociedade internacional. Sob “ordenamento”, identificam-se sistemas estruturados juridicamente para a organização do poder global. Nesse sentido, TELLES JUNIOR, Goffredo. *Iniciação na ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 2002. pp. 3-11. e MASCARO, Alysson Leandro. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Atlas, 2011. pp. 105-111.

<sup>23</sup> Dentre os autores consultados, mas não densamente utilizados como parâmetro de fundamentação, FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*. São Paulo: Graal, 2009. FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Nau, 2002 e

Dois elementos devem ser ressaltados a partir de tal afirmação. O primeiro diz respeito ao costume como “direito internacional geral” ou “primeiro escalão” do direito internacional apontado por Kelsen em sua obra<sup>24</sup>. A *pacta sunt servanda*, mais que um paradigma vinculante a todo participante da dinâmica de poder na ordem internacional, tem caráter costumeiro impositivo em razão de seu aspecto formal que traz maior segurança e previsibilidade às relações entre sujeitos de direito das gentes<sup>25</sup>.

Valorativamente, quando determinados aspectos relacionados aos direitos humanos são reconhecidos como vinculantes globalmente – questões, por exemplo, relacionadas ao tribunal penal internacional e a crimes específicos –, tem-se a imposição de determinada visão de mundo ao resto do planeta. Essa imposição se vê, muitas vezes, oculta por dados culturais dos aplicadores do direito que não conseguem conceber a existência de visão de mundo diversa. O reconhecimento de *jus cogens* material deve ser feito com a sinceridade que se defende neste trabalho ao direito internacional, isto é, com a assunção de que a construção jurídica que o sustenta fundamenta-se em fatores políticos de ampla adesão global. Negar isso seria ingenuidade ou má-fé.

Mais que isso, qualquer explicação para o *jus cogens* que se afaste da adesão aproxima princípios e regras caracterizados como cogentes ao direito natural<sup>26</sup>. Esse conceito de inerência, por sua vez, vai de encontro às percepções positivistas do direito que, mesmo sob protestos renomados, segue predominante na atualidade<sup>27</sup>.

---

FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir. 33ª ed. Petrópolis: Vozes, 2007. DESCARTES, René. Discurso sobre o método. Porto Alegre: L&PM, 2009

<sup>24</sup> O exemplo da *pacta sunt servanda* e a elaboração mais apurada desses escalões foram feitas por Kelsen na revisão da teoria pura. O texto de 1934 não trazia referência expressa à “fórmula” da *pacta sunt servanda*.

<sup>25</sup> A abordagem inicialmente proposta por Kelsen, conforme demonstrado adiante, fundamentava o direito internacional na *pacta sunt servanda* e concedia ao preceito natureza claramente consensual. Posteriormente, sua postura foi revista e a *pacta sunt servanda* passou a ser encarada pelo autor como norma positiva fundamentada em costume. A respeito do termo “sujeito” para designar os agentes da ordem internacional, ARÉCHAGA, Eduardo Jiménez; ARBUET-VIGNALI, Heber; PUCEIRO ROPOLL; Roberto. *Derecho internacional público* – Tomo I. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2005. p. 179. HIGGINS, Rosalyn. *Problems and process: international law and how we use it*. Oxford: Clarendon Press, 1994. p. 50, prefere “participantes”.

<sup>26</sup> Ainda no que se refere ao voluntarismo, o que se defende nesse estudo encontra amparo no conceito de “objeto persistente”, o membro da sociedade internacional que não reconhece determinado costume e que, em razão dessa rejeição, não se submeteria a ele contra sua vontade. Nesse sentido, TAVERNIER, Paul. L'identification des règles fondamentales, un problème résolu? In: TOMUSCHAT, Christian. THOUVENIN, Jean-Marc. (Eds.) *The fundamental rules of the international legal order: jus cogens and obligations erga omnes*. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2006. p. 14.

<sup>27</sup> A postura jusnaturalista - ainda que fundada em racionalidade e, portanto, afastada de premissas metafísicas - constitui hoje verdadeiro exercício de fé, e seus adeptos integram grupo admirável que parece conseguir racionalmente seguir acreditando na natureza humana. De maneira menos

Cabe ainda, sob tal aspecto, nova referência à Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados que, em seu artigo 64, expressamente indica a possibilidade de superveniência de comando imperativo e reforça a adesão tácita fixada no artigo 53<sup>28</sup>.

Tais premissas, neste ponto, exigem alusão expressa à compreensão do ordenamento normativo coativo como ferramenta social de administração do poder<sup>29</sup>. Aspecto funcionalista que, em razão das próprias dificuldades enfrentadas, parece mais nítido no direito internacional e na forma como as forças políticas nele se desempenham e buscam modular<sup>30</sup>.

## Direito Internacional e Política

Muitos são os exemplos detratores da possibilidade de se descrever e compreender o direito internacional exclusivamente sob as premissas formalistas do positivismo. As críticas ao juspositivismo apontam, por exemplo, suas dificuldades para incorporar preceitos valorativos, mas tais reflexões podem se referir, na verdade, à relação entre o direito internacional e a política.

Sob parâmetros mais abrangentes, a negação do político no jurídico não se sustenta no plano internacional como no direito interno. A atenção que o aplicador do direito deve ter à implementação do comando jurídico e o excessivo poder nas mãos dos atores que concentram a concreção e a efetivação das normas são apenas exemplos dos entraves vislumbrados à negação referida.

A política deve ser, portanto, admitida na análise jurídica da ordem internacional. O embate de forças na aplicação das regras de direito pode exigir o afastamento de elementos valorativos e sua sobreposição por comandos de forma e de procedimento. O apego ao procedimento, às regras do jogo, aproxima o direito internacional de abordagens menos valorativas, as quais se mostram incompatíveis com um sistema de limitada coercibilidade.

---

contundente e sobremaneira mais crítica, KOSKENNIEMI, Martti. The politics of international law. *The european journal of international law* 1, 4 - 1990. p. 31. Esse artigo específico foi objeto de uma releitura em KOSKENNIEMI, Martti. The Politics of International Law – 20 Years Later. *The european journal of international law*. Vol. 20 nº 1. EJIL 2009.

<sup>28</sup> O argumento da ausência de esclarecimento do caráter declaratório ou constitutivo da superveniência pode, de fato, servir aos que defendem abordagens jusnaturalistas. A posição aqui adotada conjuga, entretanto, os dois dispositivos e reconhece em seu conjunto elementos claramente voluntaristas. Artigo 64 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, decreto 7.030 de 14 de dezembro de 2009.

<sup>29</sup> BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política* – Vol. 1. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2010. p. 349. CASELLA, Paulo Borba. Conceito de sistema, contexto internacional e pós-modernidade. In: ADEODATO, João Maurício; BITTAR, Eduardo C. B. (Org.) - *Filosofia e Teoria Geral do Direito: estudos em homenagem a Tércio Sampaio Ferraz Junior por seu septuagésimo aniversário*. São Paulo: Quartier Latin, 2011. p. 1002.

<sup>30</sup> VASCONCELOS, Raphael Carvalho de. *Teoria do estado e a unidade do direito internacional - domesticando o rinoceronte*. Belo Horizonte: Arraes, 2016. pp. 151-162.

A efetivação de um sistema de valores dotado de capacidade de coerção é um desafio capaz de ser superado e objeto de experimentos constitucionalistas em países como Brasil e Colômbia, mas fica comprometido em um ordenamento que necessita da adesão dos participantes, como o internacional<sup>31</sup>. Construir o direito internacional de forma axiológica, sem levar em consideração esses elementos, seria transformá-lo em um exercício de fé<sup>32</sup>. Sobre o elemento coercitivo que prejudica a construção do direito internacional como um conjunto de normas valorativas, percebe-se que, apesar de avanços e do surgimento de incentivos ao cumprimento das normas, ainda não se aperfeiçoaram completamente mecanismos que se concentrem em reputação e em sanções não violentas.

Não se está subestimando, contudo, a proliferação de atores privados dotados de capacidade coercitiva com efeitos no direito internacional público, mas desatrelados de seus rígidos esquemas tradicionais<sup>33</sup>. Exemplos dessa dinâmica seriam as sanções indiretas decorrentes da perspectiva que entes privados fixam à capacidade de estados honrarem compromissos soberanos e os danos causados por rebaixamentos em índices globais.

O desenho da eficácia da norma internacional ainda concentra, portanto, nos estados seus traços mais marcantes. Diferentemente do modelo estatal interno, a vontade do sujeito de direito das gentes é fundamental, portanto, para a produção normativa e para seu cumprimento; daí a maior facilidade que o positivismo tem para administrar a teoria jurídica internacional<sup>34</sup>. Nesse sentido, é de se perceber que as críticas de Hart ao voluntarismo não excluem determinadas premissas voluntaristas em sua construção teórica.

No que diz respeito aos sujeitos capazes de expressar essa vontade construtora e garantidora do cumprimento das normas, a centralidade cabe ao estado<sup>35</sup>. Exclusivamente ao estado, ousa-se afirmar. Por mais que se defenda o compartilhamento do poder entre estados e organizações internacionais, os primeiros ainda preservam protagonismo e prevalecem, em última *ratio*, em relação às segundas<sup>36</sup>.

Sob perspectiva teórica mais específica, observa-se que a escolha política, concretista, não pode ser confundida com a mera exegese normativa. A extração

---

<sup>31</sup> Sobre o formato contemporâneo do ordenamento jurídico brasileiro, em vários escritos do autor e especificamente em BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional* – Tomo III. Rio: Renovar, 2005. p. 509.

<sup>32</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional* – Tomo II. Rio: Renovar, 2003. p. 12.

<sup>33</sup> DAMROSCH, Lori Fisler. Enforcing international law through non-forcible measures. In: *Recueil des Cours*. Academie de Droit International de la Haye, Volume 269, 1997, pp. 09-250. p. 23.

<sup>34</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento juridico*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999. pp. 164-165.

<sup>35</sup> REUTER, Paul. Principes de droit international public. In: *Recueil des Cours*. Academie de Droit International de la Haye, Volume 103, 1961-II, pp. 425-656. p. 519.

<sup>36</sup> ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA, G.E. do; CASELLA, Paulo Borba. Manual de direito internacional público. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 249.

da normatividade deve ser feita com base em determinados parâmetros para que não haja deslocamento de função legislativa dos que a possuem para órgãos que devem tão somente aplicar o direito ou decidir o melhor direito. Esse abandono de determinadas premissas do positivismo jurídico, que afastavam a moralidade da prática jurídica, repercutiu de maneira bastante contundente – e até mesmo caricata – na proteção do ser humano.

Durante algumas décadas, com visível intensificação após a Guerra Fria na ordem internacional, e, após a redemocratização do Brasil, no plano interno, o direito se afastou das premissas do positivismo jurídico que sustentavam a fundamentação das regras exclusivamente no plano jurídico e, apesar de não excluírem definitivamente, afastavam os esquemas de validade da moral.

A aproximação da moralidade ao direito abriu caminho para que a concreção pudesse ser realizada de forma alternativa ao previsto no ordenamento. O poder de concretizar a vontade foi revestido de revelação do melhor direito sob parâmetros axiológicos. O aplicador do direito pôde, então, relativizar o formalmente posto em nome de uma suposta razão prática que não se reconhecia como decisionismo.

No plano interno, a Constituição Federal de 1988 foi recebida com entusiasmo hipnotizante e tudo passou a ser possível com base nos princípios centrais de seu texto. O saldo inicial foi bastante positivo e o entusiasmo logo se sedimentou em doutrina. Os órgãos dotados de função de extração de normatividade passaram a exercer concreção quase ilimitada, abusando da textura aberta de grande parte dos direitos fundamentais.

As conquistas foram expressivas principalmente no preenchimento de lacunas legislativas e logo o órgão com capacidade de julgar passou a exercer função política aberta e recorrentemente. Festejados foram julgamentos sobre as pesquisas com embriões e a igualdade entre parcerias civis.

O momento atual é, contudo, de inflexão. Julgados recentes que tratam do acesso da Receita Federal a dados bancários sem autorização judicial e da relativização da presunção de inocência colocaram o sistema constitucional na berlinda. O decisionismo que exerce a escolha política e concretiza o direito revestindo-se de todo o instrumental teórico “pós-tudista” está, no momento, sob holofotes e pode ser convidado a regressar ao *status* extrator de normatividade anterior. Um momento interessante, sem dúvida<sup>37</sup>.

Mas o que a ordem internacional teria a ver com o desenho constitucional interno brasileiro<sup>38</sup>? A descrição dos dilemas constitucionais ilustra bem as

<sup>37</sup> O “pós-tudismo” como em DOLINGER, Jacob. Dignidade: o mais antigo valor da humanidade. Os mitos em torno da declaração universal dos direitos do homem e da constituição brasileira de 1988. As ilusões do pós-modernismo/pós-positivismo. A visão judaica. *Revista do Direito Constitucional e Internacional*. Ano 18, v. 70, p. 60-61, jan.-mar/2010.

<sup>38</sup> CASSESE, A.. Modern constitutions and international law. In: *Recueil des Cours*. Academie de Droit International de la Haye, Volume 192, 1985-III, pp. 331-476. p. 418. ZOLLER, Elisabeth. Aspects internationaux du droit constitutionnel: contribution à la théorie de la fédération d’Etats. In: *Recueil des Cours*. Academie de Droit International de la Haye, Volume 294, 2002, pp. 39-166. pp. 71-72.

questões enfrentadas internacionalmente quando disciplinada a proteção do ser humano. Ilustra apenas porque não explica. Apenas lança luz em contexto mais complexo, mais adverso e mais imprevisível que o interno.

## **Internacional e o interno: sobre eficácia e efetividade**

Enquanto o direito internacional geral consegue ater-se aos aspectos adjetivos da convivência entre os sujeitos de direito e, indiretamente, acaba reconhecendo seus limites e deixando à política importante espaço, o direito internacional dos direitos humanos seria em sua essência valorativo e por natureza, portanto, aproximado da moral.

Tanto as declarações de direito quanto os pactos específicos e as convenções regionais que disciplinam a proteção da pessoa possuem um catálogo expressivo de direitos e garantias reconhecidos. Uma conquista inegável da humanidade, não há dúvida quanto a isso. A redação desses tratados e cartas políticas, entretanto, apresenta desafios de interpretação e pode, em momentos de avanço da política sobre campos que já se pensavam conquistados pelo direito, representar grave ameaça ao ser humano.

A aproximação da moral ao direito no momento de elaboração da norma, ou seja, da concreção das vontades cumpre os requisitos estruturais de validade, mas, quando observada na extração da normatividade, pode atender a interesses específicos e contradizer o inicialmente estruturado e, especificamente no direito internacional, pactuado.

Conforme apontado acima, o positivismo jurídico parte do pressuposto de separação entre a moral e o direito. O resgate dessa estrita separação pode ter efeitos, inclusive, no debate acerca da fragmentação do direito internacional<sup>39</sup>.

A falta de diálogo entre fontes normativas concebida por Hart, por exemplo, não serviria para sustentar as teorias fragmentárias tendo em vista que o fundamento de validade do direito internacional passa pela vontade dos sujeitos que a ele se submetem<sup>40</sup>. As propostas de fragmentação partem da segregação de matérias e da sugestão de que as fontes normativas não dialogariam, o que, na prática, não ocorre ou se dá de maneira apenas aparente, que acaba falseando análises superficiais ou simplistas.

Hart negava, de fato, ao direito internacional a condição de direito, mas o autor não tratava a situação como definitiva e deixava espaço para seu aperfeiçoamento estrutural. Paralelamente à imaturidade institucional e de controle jurisdicional, um dos desafios que ainda persistem no direito das gentes,

---

<sup>39</sup> O tema já foi tratado pelo autor em VASCONCELOS, Raphael Carvalho de. *Teoria do estado e a unidade do direito internacional* - domesticando o rinoceronte. Belo Horizonte: Arraes, 2016. Não há forma de se tratar do assunto sem indicar, ainda, o INTERNATIONAL LAW COMMISSION. *Report of the Study Group of the International Law Commission*. UN Doc A/CN.4/L.682. 2006.

<sup>40</sup> HART, H.L.A. *The concept of law*. Oxford: Clarendon Press, 1961.

sem que se afaste sua natureza jurídica, seria o de atender às expectativas por ele criadas.

Expectativas relacionadas, por exemplo, à regulamentação da relação entre os sujeitos de direito e, conseqüentemente, à prevenção de conflitos – que, nessa esfera, significam - em última instância - a guerra. As frustrações de expectativas, gize-se, não muito diferentes daquelas do direito em geral de satisfazer as demandas dos indivíduos e da sociedade como um todo.

As dificuldades para garantir sua eficácia não seriam, portanto, suficientes para retirar da ordem normativa global sua natureza jurídica, tendo em vista que o mesmo cenário se reproduz no contexto interno<sup>41</sup>. De certo, não se pode redarguir que internamente as limitações do direito são mais facilmente objeto de críticas e de correções.

Ainda no plano da efetividade, importante se faz destacar que o fundamento teórico na sanção, tratado quase como único pressuposto por análises rasteiras feitas sobre a refinada proposta kelseniana e reconduzido, no direito internacional, à retaliação e, principalmente, à guerra, precisa ser contextualizado e saneado com a simples ampliação do conceito de direito para além dos contornos puramente coercitivos<sup>42</sup>. Ultrapassar esse reducionismo significaria reconhecer, definitivamente, que a coerção não seria a única forma de dar efetividade ao direito e de fortalecer a atividade jurisdicional internacional.

Cabe referência, nesse ponto, à postura de Hart em relação ao instrumento clássico de coerção – a guerra. Tratando especificamente do direito internacional, e de sua fragilidade como sistema jurídico, sua teoria traz ao debate os fatores políticos envolvidos na decisão do uso da força pelos sujeitos de direito internacional. Situação que não se reproduz no contexto interno de um estado<sup>43</sup>.

Justamente os tribunais e cortes internacionais, quando atuam de forma responsável e percebem que o direito das gentes deve considerar a política mesmo após o cumprimento dos requisitos formais de validade das normas, possuem importante papel para a alteração desse paradigma de efetividade. Um órgão jurisdicional internacional que se concentra apenas na extração de normatividade

<sup>41</sup> Indicando que, ironicamente, a exigibilidade da sanção para o reconhecimento do direito internacional como direito parte, em regra, de não internacionalistas, WEIL, Prosper. *Le droit international en quete de son identité: cours général de droit international public*. In: *Recueil des Cours*. Academie de Droit International de la Haye, Volume 237, 1992-VI, pp. 09-370. p. 54.

<sup>42</sup> Cabem, aqui, considerações a respeito do conceito de efetividade, de seu uso neste trabalho e da diferença que a doutrina estabelece entre efetividade e eficácia. Eficácia diz respeito à possibilidade de um comando normativo ser racionalmente aplicado para solucionar questão determinada com base no direito. Trata-se, por exemplo, do aperfeiçoamento do estabelecido em tratado por corte ou tribunal na forma de decisão. O direito que cumpre a função mencionada seria, portanto, eficaz. A eficácia mencionada não se traduz necessariamente, contudo, em efetividade. Isto é, a extração de normatividade do ordenamento jurídico racionalmente fixada em sentença ou laudo não garante seu cumprimento pelos destinatários últimos do comando jurisdicional. Nesse sentido, BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. Rio: Renovar, 2006. pp. 82-83.

<sup>43</sup> HART, H.L.A. *The concept of law*. Oxford: Clarendon Press, 1961. pp. 211-215.

e ignora as limitações possíveis à implementação de sua decisão corre o risco de comprometer não apenas o direito internacional positivo, mas, principalmente, sua razão de existir como instituição decisória.

Internamente, o descumprimento de um comando jurisdicional é corrigido pelo próprio sistema, que possui formas de coibir a prática e de garantir a eficácia da decisão. Na esfera externa, o instrumental coercitivo é reduzido e a eficácia depende diretamente da adesão daquele para o qual a ordem se direciona<sup>44</sup>. Mas diversas são as formas de compelir o estado ao cumprimento de uma decisão internacional.

Fatores econômicos, potencializados por medidas sancionatórias, são o exemplo mais contundente apontado para garantir a efetividade. Mas mesmo esses procedimentos dependem da adesão dos sujeitos de direito internacional. A execução do laudo ou sentença internacional não ocorre *ex officio*. Um sujeito de direito internacional é autorizado a agir em retaliação, cabendo a ele, e não à corte ou ao tribunal que prolatou a decisão, a análise de conveniência e de oportunidade para fazê-lo<sup>45</sup>.

O mesmo modelo aplica-se às ações militares e ao exercício de direitos em relação a terceiros. A decisão de aderir cabe não apenas àquele a quem se dirige a decisão, mas a todos os membros da sociedade internacional habilitados a atuar de forma coercitiva.

Em termos práticos, observa-se a necessidade de contingenciamento específico, por exemplo, na esfera dos direitos humanos. E isso se deve à falta de consenso quanto ao conteúdo desses direitos. Não se pode negar a centralidade da temática na atualidade, mas sistemas de proteção dos direitos humanos precisam se preocupar com a formação de consensos e equilibrar a abrangência de sua extração de normatividade com a vontade de aderir do sujeito de direito internacional a qual se destina.

## **Órgãos jurisdicionais internacionais e as limitações do Direito**

Admitidas tais limitações à atuação típica dos órgãos jurisdicionais internacionais, ainda mais reduzidas seriam, conseqüentemente, as possibilidades de atuação concreta, isto é, de fixação de direitos e garantias individuais além dos limites da vontade expressada pelos sujeitos de direito internacional como partes

<sup>44</sup> DE VISSCHER, Charles. La codification du droit international. In: *Recueil des Cours*. Academie de Droit International de la Haye, Volume 6, 1925-I, pp. 325-455. p. 451.

<sup>45</sup> Alguns autores estabelecem diferenças entre os conceitos de corte e tribunal. Existem definições, mormente pautadas na língua inglesa, que indicam serem as cortes órgãos jurisdicionais de caráter judicial e os tribunais os órgãos jurisdicionais arbitrais. Ainda que em alguns momentos sejam feitas referências a cortes e/ou tribunais internacionais ao longo do texto, não se pretende estabelecer qualquer parâmetro distintivo definitivo entre os termos e as referências do tipo indicarão mormente a nomenclatura utilizada por órgãos na ordem internacional.

desses sistemas. Novamente, a aproximação da moral ao direito para promover hermenêutica ampliativa e, portanto, construtiva de normas não seria vedada aos tribunais e cortes internacionais, mas encontrariam barreiras importantes na aferição da capacidade que um comando decisório constitutivo de direitos teria de ser cumprido pelo sujeito ao qual se destine.

Em ramo do direito recheado de conceitos abertos, carentes de consenso sobre conteúdo, a dotação de normatividade ampliativa de conteúdos por órgãos jurisdicionais pode aflorar, mas o abandono do formalismo positivista, por mais bem-intencionado que seja, pode custar muito caro aos direitos humanos.

O referido abandono pode, na verdade, custar muito caro ao direito internacional como um todo. A timidez da expectativa de constituição de uma norma jurídica pode ser mais revolucionária do que o vanguardismo de uma norma declarada sem eficácia e efetividade.

O formalismo positivista tradicional, exemplificado nas duas teorias de direito trazidas, garante, portanto, ao direito internacional maior estabilidade, segurança e previsibilidade. A premissa da separação do direito da moral e as limitações interpretativas estabelecidas ao aplicador do direito a partir dela mostram-se bastante mais adequadas a um sistema desprovido de instrumentos eficientes para garantir sua efetividade.

No mesmo sentido, não procederia qualquer equiparação de construções valorativas vinculantes, como as de *jus cogens*, com o papel relevante do costume no direito internacional, indicado na centralidade dada por Kelsen à *pacta sunt servanda*, por exemplo. Na prática que dá ensejo a uma regra costumeira é reconhecida adesão que não existe necessariamente em norma material, cujo ato constitutivo é indicado, por fatores políticos, como tendo natureza meramente declaratória<sup>46</sup>.

Mais que isso, a separação entre o direito e a moral do positivismo mostra-se absolutamente compatível com o primado do ordenamento jurídico internacional proposto pelo autor austríaco. Isso se deve à desvinculação da necessidade de validade interna de uma norma internacional da responsabilidade internacional do estado e do pressuposto de submissão desse sujeito de direito mediante vontade expressada por seus representantes.

Kelsen vai além e estabelece parâmetros que, transportados à atualidade, evitariam o uso político de perspectivas valorativas englobadas pelo chamado pós-positivismo. O formalismo kelseniano afasta a possibilidade de se questionar a legitimidade de um representante de sujeito de direito internacional relacionada à forma com que a coesão jurídica – e a coerção – é garantida internamente<sup>47</sup>. A

<sup>46</sup> Sobre o problema não resolvido pelo positivismo desde que superada a abordagem jusnaturalista de Grotius para o costume, QUADRI, Rolando. Le fondement du caractère obligatoire du droit international public. In: *Recueil des Cours*. Academie de Droit International de la Haye, Volume 80, 1952-I, pp. 579-633. pp. 613-617.

<sup>47</sup> Sobre o monismo com primazia da ordem internacional, KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre – Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*. Leipzig und Wien: Franz Deuticke, 1934. pp. 147-150. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Coimbra: Armênio Amado, 1974. pp. 447-451.

aferição do caráter democrático de determinado regime de governo para legitimar a representação de um estado, por exemplo, não constitui condicionante para a adesão a norma internacional, salvo quando houver vontade soberanamente expressada em momento anterior<sup>48</sup>.

Também o positivismo jurídico segundo Hart se mostra compatível com as estruturas atuais do direito internacional. Suas críticas, principalmente, servem de parâmetro hábil a fundamentar o amadurecimento institucional do ordenamento global nos últimos cinquenta anos. A percepção do sistema jurídico internacional como primitivo tem em sua teoria fundamento na falta de institucionalidade que não permitia que fossem identificados órgãos dotados, por exemplo, de funções claramente legislativas no plano externo comum<sup>49</sup>.

A multiplicação de organizações internacionais, órgãos jurisdicionais e verdadeiros sistemas normativos especializados nos últimos anos claramente desatualiza a perspectiva original do conceito de direito e faz com que a teoria positivista hartiana não tenha que ser adaptada ou restringida para se adequar ao direito internacional<sup>50</sup>.

Algum estranhamento surge, na verdade, em relação ao pessimismo do autor, tendo em vista a existência de órgãos jurisdicionais comuns e de organizações internacionais consolidadas e em franco processo de consolidação à época<sup>51</sup>. Talvez por ceticismo insular, pode-se especular.

Mesmo não havendo unificação hierárquica e centralização no exercício legislativo internacional, os foros comuns multilaterais e regionais e os sistemas de tratados fazem parte de um mecanismo coeso cada vez mais habilitado a garantir as características de ordenação e unidade exigidas de um sistema de direito<sup>52</sup>. Noutro sentido, a participação cada vez maior do ser humano como sujeito ativo ou passivo de esquemas jurisdicionais internacionais pode servir de argumento contundente no confronto da realidade atual com a da época do conceito de direito<sup>53</sup>.

<sup>48</sup> SCHEUNER, Ulrich. L'influence du droit interne sur la formation du droit international. In: *Recueil des Cours*. Academie de Droit International de la Haye, Volume 68, 1939-II, pp. 95-206. p. 197.

<sup>49</sup> HART, H.L.A. The concept of law. Oxford: Clarendon Press, 1961. pp. 230-231. CLAPHAM, Andrew. Brierly's law of nations. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 103. Nem jurisdicionais, podendo-se, para tanto, aplicar LOCKE, John. *Two treatises of government*. London: Guernsey Press, 1986. p. 160. e ROUSSEAU, Jean-jacques. *Du contrat social*. Paris: Union Générale d'Éditions, 1973. pp. 199-200.

<sup>50</sup> CASELLA, Paulo Borba. Evolução institucional do direito internacional: à luz do cinquentenário do conceito de direito de Hart (1961). In: *Revista Brasileira de Filosofia*. Ano 60, Vol. 236, janeiro-junho, 2011. pp. 313-329. p. 316.

<sup>51</sup> CASELLA, Paulo Borba. Evolução institucional do direito internacional: à luz do cinquentenário do conceito de direito de Hart (1961). In: *Revista Brasileira de Filosofia*. Ano 60, Vol. 236, janeiro-junho, 2011. pp. 313-329. p. 315.

<sup>52</sup> DE VISSCHER, Charles. La codification du droit international. In: *Recueil des Cours*. Academie de Droit International de la Haye, Volume 6, 1925-I, pp. 325-455. p. 449.

<sup>53</sup> CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. The access of individuals to international

Bastante consistentes são, de fato, as críticas ao atual funcionamento das instituições globais<sup>54</sup>. Críticas que denunciam, por exemplo, a captura de organizações internacionais por interesses políticos específicos ou o uso da burocracia comum para atender parcela de seus membros. Todas as percepções do gênero giram em torno da relação entre política e direito e, ao invés de buscar compreender essa relação e administrá-la, propõe seu combate.

Ainda no que se refere à institucionalidade, o reconhecimento de regras secundárias no direito internacional não deve, contudo, aproximá-lo da moral. De certo, o amadurecimento institucional do ordenamento jurídico global – mencionado anteriormente – dissolve a barreira apontada por Hart para que o direito internacional seja considerado um sistema jurídico pleno e possa dar margem à aplicação das mesmas elaborações teóricas axiológicas recorrentes nas ordens particulares atualmente.

Se já enormes são os desafios dos consensos valorativos internos que instruem a principiologia pós-positivista, na esfera internacional eles se ampliam e intensificam. As teorias universalistas acabam sendo frequentemente acusadas de escamotear interesses políticos particulares<sup>55</sup>. A moralidade máxima nada mais seria, sob tal perspectiva, do que simples política<sup>56</sup>.

O próprio autor inglês elenca uma série de fatores que dificultariam a aproximação da moral ao direito internacional. Transportados à atualidade, os problemas observados encaixam-se com bastante facilidade no embate entre o universalismo e o relativismo cultural dos direitos humanos<sup>57</sup>. Em termos práticos, a própria aplicação de normativa internacional internamente pode representar desafio. Se por um lado, costuma-se apontar tal dinâmica como consagração do direito comum, limitados são ainda os mecanismos capazes de garantir o não surgimento de um direito geral localmente adaptado e temperado. No limite, antinomias hermenêuticas na leitura da mesma norma por duas competências jurisdicionais distintas<sup>58</sup>.

---

justice. *The Collected Courses of the Academy of European Law*, vol. XVIII/1. Nova Iorque: Oxford University Press, 2011.

<sup>54</sup> As críticas são tantas que um dos maiores nomes do direito internacional privado na atualidade, professor titular aposentado da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, sentiu-se compelido a consolidar sua percepção do direito internacional público na atualidade em DOLINGER, Jacob. *The case for closing the UN: international human rights: a study in hypocrisy*. Jerusalem: Gefen Publishing House, 2016.

<sup>55</sup> SANTOS, Boaventura de Souza. Uma concepção multicultural de direitos humanos. In: *Lua Nova: Revista de Cultura e Política* 39, 1997.

<sup>56</sup> WALZER, Michael. *Thick and thin, moral argument at home and abroad*. Notre Dame: undp, 1994.

<sup>57</sup> HART, H.L.A. *The concept of law*. Oxford: Clarendon Press, 1961. pp. 221–226.

<sup>58</sup> CARVALHO RAMOS, André de. Direitos humanos: a crise dos tratados internacionais nacionais e a teoria do duplo controle. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, v. 15, n. 357, p. 31-32, 2011.

Guerra. A guerra sempre foi a força motriz do direito internacional<sup>59</sup>. Toda a produção normativa entre nações, povos e estados foi construída, direta ou indiretamente, para regulamentar ou para evitar a guerra<sup>60</sup>. Na contemporaneidade fundamentalmente para evitar conflitos armados ao ponto de torná-los um ilícito internacional submetido a um regime de excepcionalidade.

Tem-se em relação à guerra, na verdade, notável exemplo de restrições impostas à sua permissividade com base em dilemas de moralidade. Afastam-se, por certo, arroubos utópicos que posicionem a proibição da guerra de conquista como consagração do discurso da proteção do ser humano. As sucessivas regulamentações do uso da força, até sua completa restrição, deveram-se mais ao necessário equilíbrio entre as soberanias do que a perdas humanas. Isso mesmo quando a morte ganhou dimensão contundente e serviu de referência ao direito internacional da guerra.

O século XX cristalizou muito bem a dinâmica descrita<sup>61</sup>. Ao final da primeira guerra mundial, a sociedade internacional buscou evitar que conflito daquela envergadura se repetisse. Não apenas uma estrutura associativa internacional foi criada, a Sociedade das Nações, mas também houve a intenção de criar um compromisso abolindo o uso da guerra como meio de solução de controvérsias internacionais entre os signatários: o Pacto Briand-Kellogg.

Ambas as iniciativas não prosperaram e conflito ainda mais devastador ocorreu entre 1939 e 1945. A organização da ordem global, por meio da criação da Organização das Nações Unidas e da incorporação em sua carta das linhas gerais do pacto da década de 1920, foi posteriormente permeada pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, instrumento não vinculativo de caráter eminentemente político que consolidou aspectos valorativos e axiomáticos norteadores dos movimentos pós-tudistas, que consideravam o positivismo jurídico insuficiente para administrar a ordem internacional.

Paralelamente aos eventos históricos, teóricos do direito que aproximavam a moralidade de suas propostas ganharam espaço e multiplicaram-se as teorias que buscavam estabelecer padrões lógicos à aplicação de princípios e empoderavam os atores envolvidos nas decisões<sup>62</sup>. Referenciais alheios ao direito e ao seu

<sup>59</sup> SIMMA, Bruno. From bilateralism to community interest in international law. In: *Recueil des Cours*. Academie de Droit International de la Haye, Volume 250, 1994-VI, pp. 217-384. pp. 258-259.

<sup>60</sup> A afirmação não é irresponsável. Entende-se que toda e qualquer norma de direito das gentes existe para regulamentar a relação entre sujeitos de direito internacional e, portanto, para evitar conflitos e o exemplo mais contundente de conflito é a guerra.

<sup>61</sup> YUEN-LI, Liang. Le développement et la codification du droit international. In: *Recueil des Cours*. Academie de Droit International de la Haye, Volume 73, 1948-II, pp. 407-532.

<sup>62</sup> Como ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994. ALEXY, Robert. *Direitos fundamentais no estado constitucional democrático*. Revista de Direito Administrativo, São Paulo, n. 217, 1999, p. 55-66. DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977. DWORKIN, Ronald. *Matter of principle*. Cambridge: Harvard University Press, 1985. DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. Cambridge/London: Harvard University Press, 1986. DWORKIN, Ronald. *Sovereign virtue*:

cientificismo formal positivista - sociólogos, antropólogos, cientistas políticos e outros - foram popularizados entre os juristas e tiveram seus esquemas teóricos adaptados, transpostos e interpretados sob os parâmetros do direito.

Para exemplificar as propostas de superação do positivismo, autor bastante festejado pelo constitucionalismo brasileiro contemporâneo enquadra-se muito bem nas considerações que aqui são feitas. A aplicação da teoria consolidada por Ronald Dworkin no Império do Direito ao direito das gentes não pode, de certo, ser atribuída ao autor norte-americano que, diferentemente do que se observa em Kelsen e Hart, não tratou especificamente do prisma internacional<sup>63</sup>.

Não se pode, na verdade e entretanto, observar a opção de não tratar diretamente do direito internacional como uma omissão. Dworkin não tratou do tema de maneira específica porque o debate em torno do enquadramento do sistema normativo global aos parâmetros gerais do direito encontrava-se definitivamente superado. Todo e qualquer questionamento teórico dirigido ao direito internacional, aplica-se ao direito em seu conjunto e a diferença estaria, conforme se defende, na maior honestidade com que referidos dilemas são tratados pela disciplina das gentes<sup>64</sup>.

Referido autor concentra suas atenções no ofício do julgador e mitiga a amplitude da discricionariedade, vinculando-a ao direito. Referida perspectiva não afasta, contudo e pelo contrário, a moralidade da atuação judicial<sup>65</sup>. Dworkin contradiz diretamente a regra de reconhecimento de Hart criticando seu suporte eminentemente fático e afirma que sob a mesma não seria considerado o papel dos princípios e sua força vinculante para o direito<sup>66</sup>. A chave do que propõe Dworkin encontra-se justamente no abandono da separação entre direito e moral

---

*the theory and practice of equality*. Cambridge/London: Harvard University Press, 2002. DWORKIN, Ronald. *Is democracy possible here?* Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2006. RAWLS, John. *A theory of justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1971.

<sup>63</sup> A coletânea de artigos *Taking Rights Seriously*, publicada por Dworkin em 1977, pode ser considerada um ataque contundente ao positivismo jurídico - principalmente ao modelo proposto por Hart. Em *Law's Empire*, de 1986, o autor apresentou suas propostas de forma melhor organizada e consolidou sua teoria do direito.

<sup>64</sup> Mais que isso, o *common law* - inglês - é frequentemente apontado como tendo sido pioneiro na adoção da perspectiva monista com prevalência do direito das gentes. Tal compreensão mostra-se, contudo, equivocada. O sistema de *common law*, na verdade, foi o primeiro a autorizar a aplicação do direito internacional pelo juiz nacional. Contexto que dá relevo, portanto, ao papel do julgador - teorizado por Dworkin - para o direito e, especificamente para o que aqui se investiga, para o direito das gentes. Nesse sentido, VISSCHER, Paul De. *Les tendances internationales des constitutions modernes*. In: *Recueil des Cours*. Academie de Droit International de la Haye, Volume 80, 1952-I, pp. 522-524.

<sup>65</sup> Dworkin afirma essencialmente que haveria apenas uma resposta correta para os casos difíceis - *hard cases*. De forma bastante nítida, por exemplo, em DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977. pp. 279-290. Observa-se, nesse sentido, que a única resposta correta dependeria de um caso concreto, ou seja, das especificidades do problema analisado. A única resposta correta existiria, assim, apenas quando devidamente contextualizada.

<sup>66</sup> DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977. p. 84.

- marcante no positivismo jurídico - e na superação dos critérios de validade como instrumento para a solução de incongruências. O teórico propõe, em síntese, um novo modelo interpretativo que observa o direito como prática social<sup>67</sup>.

Elemento essencial da técnica hermenêutica proposta seria a separação definitiva entre os conceitos de regra e princípio. Enquanto as regras teriam condições pré-determinadas de aplicação e se submeteriam, portanto, à mera extração de normatividade, os princípios, com sua “textura aberta”, conformariam instrumento de concretização de direitos.

A centralidade dos princípios na proposta interpretativa de Dworkin busca denunciar a artificialidade da rígida separação entre direito e moral e organizar essa relação sob parâmetros jurídicos<sup>68</sup>. Interessante observar que, especificamente quanto aos princípios, o modelo hierárquico descrito pelo autor os divide em políticas, que se relacionariam com questões de bem-estar coletivo, e princípios propriamente ditos, ligados a questões de direitos individuais - os quais seriam os únicos capazes de fundamentar decisões judiciais que concretizassem direitos e abandonassem a mera extração de normatividade<sup>69</sup>. Essa classificação instrumentaliza o núcleo de sua teoria: o conceito de coerência. O direito como integridade pode ser, na verdade, sintetizado na coerência.

Para Dworkin, a estrita discricionariedade judicial hartiana não garantiria a coerência por não se encontrar vinculada a axiomas pré-estabelecidos. O juiz hércules do autor norte-americano não se atém apenas à extração de normatividade e pode, na prática, exercer concreção<sup>70</sup>.

O direito seria uma obra literária e o juiz estaria, como está o escritor, comprometido com a manutenção da coerência do texto quando instado a agregar novos parágrafos ao romance<sup>71</sup>. A integridade relativiza, portanto, conceitos básicos do convencionalismo que separa a criação da aplicação do direito e apresenta-se como alternativa ao utilitarismo ao tentar sistematizar a prática dos magistrados.

<sup>67</sup> *Law's Empire* estabelece um modelo hermenêutico de três fases: pré-interpretativa, interpretativa e pós-interpretativa. Na primeira delas haveria a identificação das normas aplicáveis ao caso concreto, na segunda, um processo valorativo que levaria em conta a moralidade, e na terceira, haveria a possibilidade de formulação de reformas da interpretação posta anteriormente, o que representaria uma hermenêutica construtiva do direito bem distante do modelo da discricionariedade judicial plena do positivismo de Hart. DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. Cambridge/London: Harvard University Press, 1986. p. 05. *Ibid.* p. 65.

<sup>68</sup> RODRIGUEZ, César. *Teoría del derecho y decisión judicial em torno al debate entre H.L.A. Hart y R. Dworkin*. In: Hart y R. Dworkin. *La decisión judicial*. Siglo del Hombre Editores, 1997. Descreve muito bem o sistema interpretativo proposto pelo autor norte-americano apontando que enquanto as regras teriam caráter conclusivo, em dinâmica de “tudo ou nada”, os princípios seriam não conclusivos e se submeteriam à sistemática de “ponderação e peso”.

<sup>69</sup> ALEXÝ, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994. p. 99. critica a classificação proposta por Dworkin.

<sup>70</sup> DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. Cambridge/London: Harvard University Press, 1986. p. 338. DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977. pp. 279-290.

<sup>71</sup> DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. Cambridge/London: Harvard University Press, 1986. p 229.

Crítica pode ser feita à aplicação em sistemas de *civil law* - como o brasileiro - de teorias que concentram grande importância e poder nos julgadores. A concreção do direito pelo judiciário é intrínseca ao sistema de *common law*, que não separa contundentemente o judiciário da função legislativa<sup>72</sup>. A falta de cuidado na transposição de teorias pode levar os aplicadores do direito a excessos perigosos. Excessos, por exemplo, nas escolhas políticas camufladas de princípios.

Internamente, a aproximação da moral ao direito tem no judiciário soldado ativo e corajoso. Mas guerras não são ganhas apenas com coragem. Estratégia é fundamental. O judiciário tomou para si, em ordens jurídicas como a brasileira e a colombiana, o ofício de concretizar direitos e assumiu tarefas que, segundo os padrões de validade do positivismo, corresponderiam ao órgão investido de funções legislativas<sup>73</sup>.

Escritos de Dworkin, Alexy, Habermas e Rawls circularam com bastante popularidade após a constituição de 1988 no Brasil. O Judiciário passou, então, a realizar as escolhas políticas que, por inércia, omissão ou ineficiência, não eram realizadas pelo Legislativo. Para tanto, os esquemas teóricos pós-tudistas serviam de verniz capaz de revestir o estritamente político com roupagem jurídica. Princípios e axiomas serviram de vestimenta.

O fenômeno interno descrito chegou a ser ensaiado na ordem internacional, mas seus limites estruturais impediram o avanço e a consagração desse movimento<sup>74</sup>.

Nenhum outro ramo do direito reconhece seus limites com tanta facilidade como o direito internacional. Quando as relações desandam, as dúvidas afloram e a força prefere, os estudiosos e agentes do direito das gentes confessam seus limites<sup>75</sup>. Não é a primeira vez que se afirma, mas não custa reforçar, que o direito internacional é a mais honesta das especialidades do direito. O direito internacional, pelas próprias limitações estruturais - aperfeiçoadas, mas persistentes, não se sente confortável lançando mão de escapes teóricos para justificar o injustificável - como frequentemente o direito interno testemunha na elasticidade insustentável de construções teóricas ou princípios que nada mais fazem do que justificar realidades políticas.

<sup>72</sup> Tratando das peculiaridades do *common law* - e dos profissionais de direito que atuam em sistemas de *common law* - sob a perspectiva do direito internacional de maneira, contudo, absolutamente aplicável ao direito como um todo, SCHWARZENBERGER, Georg. The fundamental principles of international law. In: *Recueil des Cours*. Academie de Droit International de la Haye, Volume 87, 1955-I, pp. 191-385. p. 200. Também HEILBORN, Paul. Les sources du droit international. In: *Recueil des Cours*. Academie de Droit International de la Haye, Volume 11, 1926-I, pp. 01-63. p. 29.

<sup>73</sup> JARAMILLO, Javier Tamayo. *La decisión judicial*: Tomo I. Bogotá: DIKE, 2011. JARAMILLO, Javier Tamayo. *La decisión judicial*: Tomo II. Bogotá: DIKE, 2011.

<sup>74</sup> VERDROSS, Alfred von. Les principes généraux du droit dans la jurisprudence internationale. In: *Recueil des Cours*. Academie de Droit International de la Haye, Volume 52, 1935-II, pp. 191-251. p. 219. WRIGHT, Quincy. The strengthening of international law. In: *Recueil des Cours*. Academie de Droit International de la Haye, Volume 98, 1959-III, pp. 01-295. p. 226.

<sup>75</sup> Sobre a relação direta entre poder e força, FLEINER-GERSTER, Thomas. *Teoria geral do estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 246.

A aproximação da moral ao direito exige argumentação teórica capaz de sustentar a fundamentação desse casamento. A honestidade na aferição da promiscuidade da política com o direito para além da elaboração da norma ou dos limites da extração de sua normatividade exige apenas franqueza. Essa assunção não seria, contudo, uma rendição. Assumir significa reconhecer os limites do direito das gentes para atuar de forma a aperfeiçoar suas habilidades sistêmicas para ultrapassá-los. O direito internacional pode fazer uso do formalismo do positivismo tradicional para equilibrar as dinâmicas de poder e evitar os empecilhos que as análises valorativas impõem à dinâmica internacional.

O positivismo jurídico tradicional serve mais ao direito internacional que às teorias pós-positivistas. A universalização de aspectos formais conforme escolha mais realista que a idealização da homogeneização do conteúdo material de um corpo normativo ou dos consensos sobre princípios e sobre sua aplicação<sup>76</sup>. O grande desafio que se impõe à aproximação da moral ao direito seria o de estabelecer de forma legítima qual moralidade seria incorporada aos padrões normativos.

Esse é o desafio dos direitos humanos. No direito material, facilmente podem ser identificados e denunciados padrões morais específicos que - revestidos de argumentos jurídicos - nada mais seriam que escolhas políticas<sup>77</sup>. A realidade descrita não seria, de fato, inexoravelmente ruim. Apenas precisaria ser analisada com honestidade. A franqueza em relação ao caráter político do conteúdo uniformizador que se pretende dar ao direito material internacional - não apenas dos direitos humanos - pode garantir o respeito às diferenças mesmo quando o objetivo claro seria o de eliminá-las.

Admitir que o estabelecimento de padrões normativos universais conforma escolha política significa fazer uma faxina nas cortinas colocadas à frente das dinâmicas de poder e exige o resgate do formalismo positivista que regulamenta a validade daquilo que se produz a partir dos acordos celebrados.

Que os direitos humanos sejam defendidos, mas que essa defesa seja feita com honestidade. A aproximação da moral ao direito em contexto global deve ter como base algum tipo de legitimidade voluntarista - produto das dinâmicas do poder - que se mostre capaz de estabelecer os padrões de moralidade que permitam plena aplicação de axiomas ao objetivamente fixado em norma. Ainda que a partir de estruturas alheias ao conteúdo desses acordos.

Não se pode descartar o chamado pós-positivismo jurídico, mas dele deve ser exigida honestidade quanto ao padrão de moralidade escolhido para ser considerado inerente ou definitivo. Para a referida escolha, o direito precisa recorrer ao positivismo tradicional e aos seus esquemas de validade rígidos. A inflexão que pode ser percebida atualmente no direito interno ainda não ocorreu no ordenamento internacional porque seus esquemas de concreção não permitem a ampla produção normativa por instrumentos jurisdicionais.

<sup>76</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional* – Tomo III. Rio: Renovar, 2005. p. 17.

<sup>77</sup> DOUZINAS, Costas. *The End of Human Rights*. Oxford: Hart, 2000.

O direito internacional ainda está em momento anterior. Ainda não cruzou a fronteira da extração de normatividade dos acordos - mesmo ensaiando essa dinâmica. Os desafios e equívocos do constitucionalismo - o brasileiro é um grande exemplo - podem auxiliar a compreensão desse momento e evitar que o direito das gentes reproduza seus erros.

Não se deve afirmar que as teorias valorativas - que trazem a moralidade ao direito - não se aplicariam ao direito das gentes definitivamente. O que se afirma é que tais teorias exigem coesão a respeito dos conteúdos da moralidade a ser levada em consideração. Nos contextos internos, existe - em regra - coesão social capaz de permitir esse tipo de abordagem valorativa do direito. No ordenamento global ainda não.

Coesão moral exige consensos políticos. E tais consensos ainda não são possíveis na dinâmica de poder internacional. Exceção poderia ser verificada nos ambientes regionais de integração. O sistema regional europeu, por exemplo, teve bastante sucesso na harmonização dos máximos locais com os mínimos atingidos no consenso regional<sup>78</sup>. Mas, claramente e por mais que se reconheça o papel do órgão jurisdicional regional na construção da integração da Europa, os mínimos morais verificados fundam-se em tratados estruturados como compromissos bastante positivistas que vinculam suas partes<sup>79</sup>.

A integridade, caso se aplique teoricamente à prática regional no contexto descrito, dependeu de formalismo positivista para ganhar espaço e aflorar. Em estruturas especiais em relação ao geral, podem ser identificados, portanto, acordos políticos que estabilizam conteúdos de moralidade e poderiam permitir o transpasso do positivismo tradicional ao positivismo valorativo pós-tudista. Mas essa é, claramente, uma exceção à regra geral da ordem internacional. Como será proposto adiante, talvez esse seja o dilema do *jus cogens*.

## Considerações finais

A modernidade e o positivismo jurídico não se encontram nas origens do direito internacional, mas o resgate das discussões teóricas sobre sua condição de direito mostra-se extremamente importante. Referenciais teóricos tradicionais permitem, na verdade, tanto a compreensão das atuais dinâmicas do direito das gentes como são também capazes de auxiliar o aperfeiçoamento de suas premissas e estruturas.

Os referenciais teóricos de Hans Kelsen e H.L.A. Hart mostram-se absolutamente habilitados ao que se propõe e plenamente capazes, portanto, de

---

<sup>78</sup> Sobre a substituição do paradigma soberano da independência pelos ideais de integração, SCHWARZENBERGER, Georg. The fundamental principles of international law. In: *Recueil des Cours*. Academie de Droit International de la Haye, Volume 87, 1955-I, pp. 191-385. p. 214.

<sup>79</sup> A questão teórica ganha contornos fáticos no atual processo de saída - ainda incerto - do Reino Unido da União Europeia. Sobre os mínimos - morais -, WALZER, Michael. *Thick and thin, moral argument at home and abroad*. Notre Dame: undp, 1994.

sustentar formulações relacionadas à fundamentação do direito internacional. Em apertada síntese e sob a perspectiva do participante da ordem global - mormente do estado como sujeito por excelência -, Hart apresenta construção centrada na vontade e vinculada à adesão, isto é, à expressão do desejo político de fazer parte, enquanto Kelsen, ao menos no que se refere às bases formais, percebe o sujeito automaticamente submetido à dinâmica política e, conseqüentemente, ao direito internacional.

Participar não implica, na teoria do autor austríaco, submissão absoluta e o perfeito funcionamento do sistema. A validade de regra impositiva depende no direito das gentes igualmente de sanção - como em sua proposta para o direito em geral - e - na ausência de instituições centrais capazes de coibir descumprimentos - de identificação da coerção na guerra e nas represálias.

Submissão automática ao sistema não significa tampouco adesão tácita ao conteúdo material do conjunto normativo. A participação obrigatória não pode ser igualada à sujeição automática a deveres como muitas vezes busca-se estruturar, por exemplo, o chamado *jus cogens*. Especificamente quanto ao *jus cogens*, sua admissão afasta as construções teóricas voluntaristas e dificulta a adoção de abordagens juspositivistas tradicionais.

Diversas são as formas por meio das quais possível se faz criticar, de fato, as concepções positivistas do direito das gentes. A grande dificuldade de incorporação de axiomas ao direito fazendo uso da técnica positivista - sem abandonar a pretensão de se evitar a fundamentação externa - nesse caso, política - para o jurídico - conforma na atualidade importante dilema do direito como um todo e, também, do direito internacional.

Sem que se considere a validade do que se propõe para o direito como um todo e concentrado o enfoque na topografia de poder peculiar da ordem internacional, seja por voluntarismo ou em razão das tensões entre os sujeitos quanto aos axiomas identificados no direito, tem-se que a política precisa ser admitida como fator central do sistema jurídico internacional. Trata-se de premissa central ao que aqui se propõe.

O Estado - como sujeito internacional de direitos e de obrigações por excelência - ainda responde fundamentalmente pela eficácia do direito das gentes. A dependência que a eficácia - e, também, a efetividade - tem do voluntarismo estatal conduz seu enquadramento teórico com maior facilidade ao positivismo jurídico. O sujeito de direitos não apenas se submete ao conjunto normativo, ele também é responsável pela criação, aplicação, manutenção e cumprimento das regras.

Mas questionamentos estruturais à dinâmica entre direito e política não se aplicam apenas ao ordenamento normativo global. O direito como um todo se vê confrontado pela política e encontra exemplo marcante na concreção constitucional atípica promovida por cortes constitucionais com base em princípios. A dinâmica apontada reproduz-se, ressalte-se, no direito das gentes, claramente, nas limitações impostas pela coordenação à disciplina da proteção do

ser humano, por exemplo. O judiciário interno tem meios para tornar o decidido impositivo. O direito internacional, com suas adversidades intrínsecas, não.

As limitações políticas não retiram, contudo, do direito das gentes seu caráter jurídico. Impossível se faz, contudo, negar suas peculiaridades sistêmicas. Nesse sentido, observa-se que a textura aberta dos princípios constitucionais permite atuação política indireta porque tem a subordinação garantindo-lhe viabilidade. A amplitude conceitual dos direitos humanos, caso utilizada como instrumento de atuação política de órgãos jurisdicionais comuns pode, em contexto diverso, ameaçar o sistema de direito.

Independentemente das ameaças representadas pelos fatores políticos, a maturidade do sistema mundial de direito pode ser identificada, por outro lado, quando analisada sua institucionalidade e seus aspectos estruturais. A falta de hierarquia e de centralização não inviabiliza a coesão atualmente verificada e capaz de atribuir ao sistema características de ordenação e unidade.

As restrições apontadas pelo positivismo jurídico tradicional à aproximação do direito à moral podem ser atualmente transportadas com extrema facilidade ao embate entre o universalismo e o relativismo cultural dos direitos humanos. A necessidade política de incorporação de consensos pretensamente incontroversos ao direito, formulados como princípios, decorreu de contextos históricos vinculados pela doutrina ao extremo formalismo que caracterizava a teoria do direito.

Os esforços para revestir essas escolhas de características jurídicas se deram não apenas por meio da formulação de estruturas lógicas, mas também a partir de consensos - expressos ou tácitos - entre os participantes do discurso. O êxito possível no contexto interno de subordinação não se reproduziu com facilidade na coordenação exigida pelo voluntarismo soberano.

Moral e direito apenas se aproximam como técnica jurídica quando sustentáveis sob perspectiva teórica. No ordenamento interno, a argumentação jurídica mostra-se - atualmente menos que outrora - capaz de fornecer os fundamentos de direito necessários ao discurso. Na esfera internacional, por outro lado, a fundamentação teórica pode ser capaz de dar eficácia ao direito, mas não lhe garante plena efetividade. Os limites à concreção de normativa internacional ou à possibilidade de concreção atípica por extração de normatividade confrontam o aplicador do direito de maneira muito contundente com a política. E as limitações apontadas impõem-lhe a honestidade.

A separação entre moral e direito como dogma do positivismo tradicional imprime a suas teorias maior funcionalidade para o direito das gentes. Separar a moral do direito significa fundamentalmente separar a construção jurídica dos aspectos políticos que lhe são inerentes. A abordagem exigida pelo direito internacional da técnica juspositivista tende a se distanciar na atualidade, entretanto e de maneira contundente, da fórmula originalmente proposta.

Os desafios do pós-positivismo e sua quase absoluta inaplicabilidade a um contexto de coordenação como o do direito internacional reconduzem, conforme

aqui proposto, o direito - e especificamente o direito internacional - ao positivismo jurídico. Essa recondução não prosperaria, contudo, caso não incorporasse os ensinamentos trazidos pela aproximação da moral ao direito, é dizer, da política ao direito.

Se, nas teorias tradicionais e mesmo para o direito das gentes, a separação indicada estava contida em formulação eminentemente construtiva e propositiva, seu uso na forma como se propõe à ordem mundial atual teria características descritivas e instrumentalizaria diagnósticos.

Quando originalmente estruturadas, as teorias positivistas buscavam justificar a validade e a obrigatoriedade das normas jurídicas exclusivamente com base em premissas de direito. O desvio de finalidade dessas propostas formalistas exigiu reformulações capazes de incorporar consensos valorativos, os quais, por sua vez e em análise restrita ao contexto internacional, permitiram confusão da esfera jurídica com a política inerente às relações de poder que o direito pretende organizar.

A incorporação sistemática de valores acabou revelando em diversas de suas dinâmicas, portanto, a promiscuidade existente de forma inerente entre o direito e a política e sugerindo não apenas a inviabilidade da rígida separação, mas também a impossibilidade de se ocultar escolhas políticas no discurso jurídico.

O uso da técnica tradicional que propõe a separação do direito da moral não estaria habilitado, portanto, à justificação - superada em seu momento. Teóricos como Kelsen e Hart e suas estruturas teóricas podem, entretanto, auxiliar a prospecção dos limites políticos do direito das gentes e informar alternativas capazes de instrumentalizar seu aperfeiçoamento estrutural e teórico.

Moral e direito, isto é, direito e política devem não apenas conviver, mas, inclusive, trabalhar de maneira coesa sob perspectiva normativa. Exige-se, para tanto, contudo e preliminarmente, a aplicação de perspectivas de isolamento da esfera jurídica como fórmula para a identificação de seus limites. Uma vez verificado o que é genuinamente direito e o que seria genuinamente política, possível se faz trabalhar a zona cinzenta. Zona à qual a maior parte do direito das gentes insiste em pertencer.

## Referências

- ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA, G.E. do; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de direito internacional público**. São Paulo: Saraiva, 2011.
- ALEXY, Robert. **Direitos fundamentais no estado constitucional democrático**. Revista de Direito Administrativo, São Paulo, n. 217, 1999, p. 55-66.
- ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994.
- ARÉCHAGA, Eduardo Jiménez; ARBUET-VIGNALI, Heber; PUCEIRO ROPOLL; Roberto. *Derecho internacional público* – Tomo I. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2005.
- BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. Rio: Renovar, 2006.

- BARROSO, Luís Roberto. **Temas de direito constitucional** – Tomo II. Rio: Renovar, 2003.
- BARROSO, Luís Roberto. **Temas de direito constitucional** – Tomo III. Rio: Renovar, 2005.
- BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.
- BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **O direito na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.
- BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade; por uma teoria geral da política**. Rio: Paz e Terra, 1987.
- BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 1995.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.
- BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política** – Vol. 1. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2010.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. The access of individuals to international justice. *The Collected Courses of the Academy of European Law*, vol. XVIII/1. Nova Iorque: Oxford University Press, 2011.
- CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003.
- CARVALHO RAMOS, André de. Direitos humanos: a crise dos tratados internacionais nacionais e a teoria do duplo controle. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, v. 15, n. 357, 2011.
- CASELLA, Paulo Borba. **BRIC: Uma perspectiva de cooperação internacional**. São Paulo: Atlas, 2011.
- CASELLA, Paulo Borba. Conceito de sistema, contexto internacional e pós-modernidade. In: ADEODATO, João Maurício; BITTAR, Eduardo C. B. (Org.) - **Filosofia e Teoria Geral do Direito: estudos em homenagem a Tércio Sampaio Ferraz Junior por seu septuagésimo aniversário**. São Paulo: Quartier Latin, 2011.
- CASELLA, Paulo Borba. Evolução institucional do direito internacional: à luz do cinquentenário do conceito de direito de Hart (1961). In: **Revista Brasileira de Filosofia**. Ano 60, Vol. 236, janeiro-junho, 2011. pp. 313-329.
- CASSESE, A.. Modern constitutions and international law. In: *Recueil des Cours*. Academie de Droit International de la Haye, Volume 192, 1985-III, pp. 331-476.
- CLAPHAM, Andrew. Brierly's law of nations. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- DAMROSCH, Lori Fisler. Enforcing international law through non-forcible measures. In: *Recueil des Cours*. Academie de Droit International de la Haye, Volume 269, 1997, pp. 09-250.
- DE VISSCHER, Charles. La codification du droit international. In: *Recueil des Cours*. Academie de Droit International de la Haye, Volume 6, 1925-I, pp. 325-455.
- DESCARTES, René. **Discurso sobre o método**. Porto Alegre: L&PM, 2009
- DOLINGER, Jacob. Dignidade: o mais antigo valor da humanidade. Os mitos em torno da declaração universal dos direitos do homem e da constituição brasileira de 1988. As ilusões do pós-modernismo/pós-positivismo. A visão judaica. **Revista do Direito Constitucional e Internacional**. Ano 18, v. 70, p. 60-61, jan.-mar/2010.
- DOLINGER, Jacob. The case for closing the UN: *international human rights: a study in hypocrisy*. Jerusalem: Gefen Publishing House, 2016.
- DOUZINAS, Costas. *The End of Human Rights*. Oxford: Hart, 2000.
- DWORKIN, Ronald. *Is democracy possible here?* Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2006.
- DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. Cambridge/London: Harvard University Press, 1986.
- DWORKIN, Ronald. *Matter of principle*. Cambridge: Harvard University Press, 1985.
- DWORKIN, Ronald. *Sovereign virtue: the theory and practice of equality*. Cambridge/London: Harvard University Press, 2002.
- DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977.

- EMERSON, Ralph Waldo. *Essays and lectures*. New York: The Library of América, 1982.
- FLEINER-GERSTER, Thomas. **Teoria geral do estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Nau, 2002.
- FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. São Paulo: Graal, 2009.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. 33ª ed. Petrópolis: Vozes, 2007.
- GIRAUD, Emile. Le droit international public et la politique. In: *Recueil des Cours*. Academie de Droit International de la Haye, Volume 110, 1963-III, pp. 419-809.
- GUGGENHEIM, Paul. Contribution à l'histoire des sources du droit des gens. In: *Recueil des Cours*. Academie de Droit International de la Haye, Volume 94, 1958-II, pp. 01-84.
- HART, H.L.A. *The concept of law*. Oxford: Clarendon Press, 1961.
- HEILBORN, Paul. Les sources du droit international. In: *Recueil des Cours*. Academie de Droit International de la Haye, Volume 11, 1926-I, pp. 01-63.
- HIGGINS, Rosalyn. *Problems and process: international law and how we use it*. Oxford: Clarendon Press, 1994.
- INTERNATIONAL LAW COMMISSION. *Report of the Study Group of the International Law Commission*. UN Doc A/CN.4/L.682. 2006.
- JARAMILLO, Javier Tamayo. *La decisión judicial*: Tomo I. Bogotá: DIKE, 2011. JARAMILLO, Javier Tamayo. *La decisión judicial*: Tomo II. Bogotá: DIKE, 2011.
- JELLINEK, Georg. *Das Recht des modernen Staates*. Berlin: Verlag von O. Häring, 1900.
- KELSEN, Hans. Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public. In: *Recueil des Cours*. Academie de Droit International de la Haye, Volume 14, 1926-IV, pp. 227-331.
- KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre – Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*. Leipzig und Wien: Franz Deuticke, 1934.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Coimbra: Armênio Amado, 1974.
- KELSEN, Hans. Théorie du droit international public. In: *Recueil des Cours*. Academie de Droit International de la Haye, Volume 110, 1953-III, pp. 01-203.
- KOSKENNIEMI, Martti. *From apology to utopia: the structure of international legal argument*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2005.
- KOSKENNIEMI, Martti. The Politics of International Law – 20 Years Later. *The european journal of international law*. Vol. 20 nº 1 EJIL 2009.
- KOSKENNIEMI, Martti. The politics of international law. *The european journal of international law* 1, 4 - 1990.
- LOCKE, John. *Two treatises of government*. London: Guernsey Press, 1986. p. 160.
- ROUSSEAU, Jean-jacques. *Du contrat social*. Paris: Union Générale d'Éditions, 1973.
- MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges de; PONTES, Jean. Hans Kelsen e a Prevalência do Direito Internacional: um lugar para a Grundnorm. In: Florisbal de Souza Del Olmo; Valesca Raizer Borges Moschen. (Org.). *Direito Internacional*. 1ed. Florianópolis: CONPEDI, 2015, v. , p. 1-16.
- MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Curso de direito internacional público** – v 1. Rio: Renovar, 1994.
- QUADRI, Rolando. Le fondement du caractère obligatoire du droit international public. In: *Recueil des Cours*. Academie de Droit International de la Haye, Volume 80, 1952-I, pp. 579-633.
- RAWLS, John. *A theory of justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1971.
- REUTER, Paul. Principes de droit international public. In: *Recueil des Cours*. Academie de Droit International de la Haye, Volume 103, 1961-II, pp. 425-656.
- RODRIGUEZ, César. Teoría del derecho y decisión judicial em torno al debate entre H.L.A. Hart y R. Dworkin. In: *Hart y R. Dworkin. La decisión judicial*. Siglo del Hombre Editores, 1997.

- ROUSSEAU, Jean-jacques. *Du contrat social*. Paris: Union Générale d'Éditions, 1973.
- SANTOS, Boaventura de Souza. Uma concepção multicultural de direitos humanos. *In: Lua Nova: Revista de Cultura e Política* 39, 1997.
- SCHEUNER, Ulrich. L'influence du droit interne sur la formation du droit international. *In: Recueil des Cours*. Academie de Droit International de la Haye, Volume 68, 1939-II, pp. 95-206.
- SCHWARZENBERGER, Georg. The fundamental principles of international law. *In: Recueil des Cours*. Academie de Droit International de la Haye, Volume 87, 1955-I, pp. 191-385.
- SIMMA, Bruno. From bilateralism to community interest in international law. *In: Recueil des Cours*. Academie de Droit International de la Haye, Volume 250, 1994-VI, pp. 217-384.
- TAVERNIER, Paul. L'identification des règles fondamentales, un problème résolu? *In: TOMUSCHAT, Christian. THOUVENIN, Jean-Marc. (Eds.) The fundamental rules of the international legal order: jus cogens and obligations erga omnes*. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2006.
- TELLES JUNIOR, Goffredo. **Iniciação na ciência do direito**. São Paulo: Saraiva, 2002. pp. 3-11. e MASCARO, Alysson Leandro. **Introdução ao estudo do direito**. São Paulo: Atlas, 2011.
- TOMUSCHAT, Christian. Obligations arising for states without or against their will. *In: Recueil des Cours*. Academie de Droit International de la Haye, Volume 241, 1993
- VASCONCELOS, Raphael Carvalho de. **Teoria do estado e a unidade do direito internacional** - domesticando o rinoceronte. Belo Horizonte: Arraes, 2016.
- VELASCO, Manuel Diez de. *Instituciones de derecho internacional público* – Tomo I. Madrid: Editorial Tecnos, 1978.
- VERDROSS, Alfred von. Les principes généraux du droit dans la jurisprudence internationale. *In: Recueil des Cours*. Academie de Droit International de la Haye, Volume 52, 1935-II, pp. 191-251. p. 219.
- VISSCHER, Paul De. Les tendances internationales des constitutions modernes. *In: Recueil des Cours*. Academie de Droit International de la Haye, Volume 80, 1952-I, pp. 511-578.
- VITÓRIA, Francisco de. **Os índios e o direito da guerra: de indies et de jure belli relectiones**. Ijuí: UNIJUI, 2006.
- WALZER, Michael. *Thick and thin, moral argument at home and abroad*. Notre Dame: undp, 1994.
- WEIL, Prosper. Le droit international en quete de son identité: cours général de droit international public. *In: Recueil des Cours*. Academie de Droit International de la Haye, Volume 237, 1992-VI, pp. 09-370.
- WRIGHT, Quincy. The strengthening of international law. *In: Recueil des Cours*. Academie de Droit International de la Haye, Volume 98, 1959-III, pp. 01-295.
- YUEN-LI, Liang. Le développement et la codification du droit international. *In: Recueil des Cours*. Academie de Droit International de la Haye, Volume 73, 1948-II, pp. 407-532.
- ZOLLER, Elisabeth. Aspects internationaux du droit constitutionnel: contribution à la théorie de la fédération d'Etats. *In: Recueil des Cours*. Academie de Droit International de la Haye, Volume 294, 2002, pp. 39-166.