



**PLURALISMO JURÍDICO: UMA NOVA PERSPECTIVA A RESPEITO DA
RELAÇÃO ENTRE OS SISTEMAS JURÍDICOS INTERNACIONAL E INTERNO**

*Legal pluralism: a new perspective concerning the relationship between
international and internal legal systems*

Angela Jank Calixto
angelajcalixto@gmail.com

Luciani Coimbra de Carvalho
lucianicoimbra@hotmail.com

RESUMO: A teoria do pluralismo jurídico pressupõe a interação e cooperação entre as diversas ordens jurídicas de forma não hierárquica, oferecendo uma nova perspectiva acerca da relação entre os ordenamentos jurídicos internacional e interno. Ante o maior inter-relacionamento entre os diversos sistemas jurídicos no cenário global e a consequente necessidade de cooperação jurídica, foi analisado o modelo do pluralismo jurídico, através de uma pesquisa bibliográfica, exploratória e descritiva e da utilização do método dedutivo, para verificar de que forma referido modelo, em contraposição às teorias do monismo e do dualismo jurídico anteriormente preponderantes, garante o devido respeito aos direitos humanos e soluções mais adequadas aos problemas constitucionais comuns que surgem entre os variados sujeitos de direito internacional. Efetuada uma análise das teorias do monismo e dualismo jurídico, bem como do processo de universalização da proteção conferida aos direitos humanos e da consequente relativização do conceito de soberania, verificou-se que a adoção do modelo do pluralismo jurídico oferece um melhor marco conceitual no cenário globalizado atual, já que possibilita um maior respeito à diversidade e um maior equilíbrio institucional, permitindo que as mais variadas instituições participem no processo de criação e aplicação do direito e se limitem e reforcem mutuamente.

PALAVRAS-CHAVE: Pluralismo jurídico; monismo; dualismo.

ABSTRACT: The theory of legal pluralism presupposes the interaction and cooperation between the different legal systems in a non-hierarchical way, offering a new perspective concerning the relationship between international and domestic legal systems. In view of the greater inter-relationship between the various legal systems in the global scenario and the consequent need of legal cooperation, the model of legal pluralism was analyzed through a bibliographic, exploratory and descriptive research and the use of the deductive method, to verify by which way said model, opposed to the previously prevailing theories of legal monism and legal dualism, ensures due respect to human rights and appropriate solutions to common constitutional issues that arise between the varied subjects of international law. After promoting an analysis of the theories of legal monism and legal dualism and of the process of universalization of the protection given to human rights and the consequent relativization of the concept of sovereignty, it was found that the adoption of the legal pluralism model offers a



better conceptual framework in the current globalized scenario, as it enables a greater respect of diversity and a greater institutional balance, allowing that the various institutions participate in the process of creation and application of the law and that they limit and reinforce themselves mutually.

KEY-WORDS: Legal pluralism; legal monism; legal dualism.

INTRODUÇÃO

Desde o advento e desenvolvimento do Direito Internacional clássico, a discussão acerca da relação entre o ordenamento jurídico interno e o internacional, da hierarquia existente entre os dois sistemas e da solução a ser dada no caso de conflito de normas entre os dois ordenamentos sempre foi uma constante.

Surgem teorias para explicar o relacionamento entre as diferentes ordens jurídicas, imperando por muitos anos entre os teóricos a doutrina do monismo jurídico, a qual defende a existência de uma estreita relação e hierarquia entre a ordem internacional e a interna, e a doutrina do dualismo jurídico, que prevê a completa separação entre os dois sistemas, asseverando não haver qualquer contato entre o sistema internacional e o nacional, as normas sendo totalmente independentes.

Em que pese tal fato, sobretudo desde o final do século XX e início do século XIX, as relações internacionais passaram por um processo acelerado de transformações, estas decorrentes especialmente do processo de universalização dos direitos humanos e, mais recentemente, ao fenômeno da globalização, os quais alteraram significativamente o papel e o âmbito de atuação do direito internacional e a relação deste com o direito nacional. Tais modificações colocaram em cheque as teorias clássicas acima evidenciadas, já que estas se tornaram insuficientes para explicar o momento atual de interdependência e cooperação entre os diversos ordenamentos jurídicos.

Dessa forma, com o advento de uma sociedade globalizada e interdependente e a consequente formação de um sistema multinível de proteção de direitos, superam-se conceitos retrógrados de soberania absoluta do Estado e de divisão do Direito em duas ordens distintas e independentes entre si (de um lado a nacional e, de outro, a internacional), para se entender que o direito deve ser visto como um todo, de modo a prevalecer a norma mais benéfica à pessoa humana, independentemente da origem do direito invocado para sua proteção.



No marco do Direito Internacional dos Direitos Humanos surgem novas teorias para explicar a relação entre o direito internacional e o direito interno, destacando-se, nesse trabalho, a teoria do pluralismo jurídico, a qual, ao reconhecer a existência de um sistema político integrado a vários níveis, os quais coexistem e se reforçam mutuamente, e preconizar a inexistência de hierarquia entre ordens jurídicas, é vista como a teoria mais bem apta, na atualidade, a descrever de que forma se dá o relacionamento entre os diversos sistemas de proteção de direitos existentes.

É justamente essa teoria do pluralismo jurídico que se visa estudar no presente trabalho, buscando evidenciar de que forma ela oferece um melhor marco conceitual para descrever a relação entre o ordenamento jurídico interno e a ordem internacional e garantir uma maior proteção dos direitos humanos no cenário global.

Para tanto, será analisado, em um primeiro momento, as teorias monista e dualista da relação entre o ordenamento jurídico interno e o internacional, para o fim de evidenciar as teorias anteriormente predominantes e demonstrar de que forma elas contrastam com o pluralismo jurídico. Após, serão demonstrados os fatores que levaram ao seu advento, como forma de se entender o porquê da defesa de referida teoria entre os teóricos. Por fim, adentrar-se mais especificamente no tema, visto que será analisada a teoria do pluralismo jurídico, sendo apresentadas suas características inerentes, de forma a evidenciar como ela melhor explica a relação existente entre os diversos ordenamentos jurídicos, superando as teorias clássicas anteriormente destacadas.

Com relação ao procedimento metodológico, será realizada, quanto aos fins, uma pesquisa exploratória e descritiva, já que se buscará apresentar um panorama geral acerca das teorias do monismo, do dualismo e, com um maior enfoque, do pluralismo jurídico, sendo utilizado o método dedutivo para tanto. Quanto aos meios, será realizada uma pesquisa bibliográfica, a partir de material coletado essencialmente de livros, artigos científicos, dissertações, teses de doutorado e revistas científicas.

1. A relação entre o ordenamento jurídico interno e o internacional: as teorias do monismo e dualismo jurídico

O problema da eficácia e aplicabilidade do Direito Internacional na ordem jurídica interna dos Estados constitui questão bastante debatida no cenário global. Isso porque, como



pontuado por Mazzuoli (2015), a busca pela definição da relação entre o ordenamento jurídico interno e o internacional decorre justamente de uma necessidade teórica de definir a hierarquia entre as duas ordens jurídicas e de um aspecto prático, qual seja, de se determinar qual a solução a ser dada a conflitos que porventura surjam entre a normativa internacional e as regras do direito doméstico.

Para a resolução do impasse surgido pelo reconhecimento da existência não somente de ordens estatais mas também de uma ordem jurídica internacional, várias teorias surgiram para explicar a relação entre tais ordenamentos. Destacam-se duas em especial, a teoria monista e a teoria dualista do direito, teorias estas que apesar de terem sido construídas com base no Direito Internacional Clássico, até hoje, mesmo com a mudança radical da sociedade internacional, como se verá, continuam a exercer grande influência no pensamento dos teóricos do direito, sendo elas estudadas como referencial teórico para a compreensão da relação entre o ordenamento jurídico interno e o direito internacional (MENEZES, 2007).

A teoria do dualismo jurídico foi desenvolvida a partir das ideias lançadas por Carl Heirich Triepel, em 1899, na Obra *Volkerrecht und Landesrecht*, pensador este que foi seguido por vários doutrinadores, entre eles Oppenheim, Strupp e Dionízio Anzilotti.

Triepel é considerado o fundador do denominado “dualismo radical”, para o qual o direito interno de cada Estado e o Direito Internacional constituem dois sistemas independentes e distintos, embora igualmente válidos. Para o autor, portanto, o direito internacional público e o direito interno são não somente partes ou ramos distintos do direito, como também sistemas jurídicos diferentes. Constituem eles dois círculos em íntimo contato que jamais se superpõem (TRIEPEL, 1966)

A separação entre as ordens jurídicas se deve ao fato de serem diferentes as fontes, os sujeitos e o campo de atuação de cada ordem jurídica. Com relação à diversidade de fontes, as do direito internacional correspondem aos tratados e costumes internacionais (derivados da vontade coletiva dos Estados), enquanto as do direito interno correspondem às leis e costumes internos (decorrente da vontade imperativa do Estado sobre os particulares). Já no tocante ao campo de atuação de cada ordem, salienta Triepel (1996) que ao direito internacional cabe tão somente a regulação das relações entre os Estados soberanos no plano internacional, enquanto que ao direito interno cabe a regulação da conduta do Estado para com os indivíduos presentes em seu território. Por fim, quanto aos sujeitos de cada ordem, somente o Estado



seria sujeito do Direito Internacional, enquanto o indivíduo corresponderia ao sujeito do direito interno.

Com base em tais ideias, como as fontes e normas do Direito Internacional não exercem qualquer influência sobre as normas de direito interno e vice-versa, não há qualquer conflito entre referidas normas. Dessa forma, quando um Estado assume um compromisso exterior, o está aceitando tão somente como fonte do Direito Internacional, a norma externa apenas passando a deter valor jurídico no âmbito do Direito interno no caso de essa norma internacional ser transformada em norma interna, o que se dá pelo processo da adoção ou transformação (MAZZUOLI, 2015).

Assim, tratando-se de sistemas distintos, não há, para os dualistas, a supremacia de uma ordem sobre a outra, ambas existindo de forma independente. Nesse sentido afirma Menezes (2007, p. 136), o qual ressalta que “de nenhum modo se pode dizer que o Direito Interno recebe sua validade do Direito internacional, pois estando os dois ordenamentos em esfera de igual importância e hierarquia, fazem parte de sistemas jurídicos independentes e autônomos”.

Para os dualistas, pois, os dois sistemas são mutuamente excludentes, de modo que os compromissos internacionais assumidos por um Estado não detêm o efeito de gerar atos automáticos na ordem jurídica interna, exceto no caso de esta norma ser recepcionada pelo ordenamento interno, caso em que não haveria que se falar em conflito entre a norma interna e a internacional, mas sim em conflito entre duas disposições nacionais.

Com base na teoria desenvolvida por Triepel, portanto, os órgãos e autoridades nacionais apenas são obrigados a aplicar o direito interno, mesmo que este seja contrário ao internacional, já que o direito externo vincularia tão-somente seus sujeitos, ou seja, os próprios Estados (TRIEPEL, 1925).

Já a teoria do monismo jurídico parte de uma concepção diametralmente oposta à teoria do dualismo, visto que parte não da ideia da existência de duas ordens distintas e independentes, mas sim da concepção de uma unicidade do conjunto de normas jurídicas internas e internacionais, baseadas na identidade de fontes e sujeitos e em uma relação hierarquizada. Ou seja, parte do pressuposto de que o Direito Internacional e o Direito Interno são dois ramos do Direito dentro de um mesmo sistema jurídico (MAZZUOLI, 2015).

De acordo a tese do monismo, as ordens interna e internacional pertencem a um sistema jurídico uno, de modo que tanto o direito interno quanto o internacional estariam



aptos a reger as relações jurídicas que surgem entre os indivíduos. Tal fato torna desprocurado, para a aplicação das normas internacionais no âmbito interno, qualquer processo de transformação das normas internacionais em normas internas, já que a partir do momento em que são aceitas pelos Estados, passam a ter aplicabilidade imediata no ordenamento jurídico doméstico.

Desse modo, afirma-se que não há, para os monistas, “duas ordens jurídicas estanques, como querem os dualistas, cada uma com âmbito de validade dentro de sua órbita, mas um só universo jurídico, coordenado, regendo o conjunto de atividades sociais dos Estados, das organizações internacionais e dos indivíduos” (MAZZUOLI, 2015, p. 100).

No que tange à hierarquia entre as ordens jurídicas, a tese monista se subdivide, alguns doutrinadores entendendo que as normas internas devem prevalecer em caso de conflito (monismo estatal), enquanto outros asseveram que as normas de Direito Internacional devem ser reconhecidas como superiores (monismo internacionalista). Nesse sentido, discorre Ferrajoli:

Según una primera concepción, *monista-estatalista*, que se remonta a Hegel y se afirma, sobre todo, entre los internacionalistas del siglo XIX, el ordenamiento internacional no existiría como ordenamiento sin sólo como ordenamiento derivado del estatal [...] Igualmente monista, pero diametralmente opuesta, es la teoría *monista-internacionalista* de la unidad del derecho, fundada em la primacía del derecho internacional y no del estatal. (FERRAJOLI, 2011, p. 473).¹

Segundo o monismo nacionalista, cujas bases filosóficas remontam ao pensamento de Hegel², o Direito Internacional é simplesmente uma consequência do direito interno, devendo ser reconhecido o primado deste sobre aquele. Dá-se especial atenção à soberania de cada Estado, levando-se em consideração o princípio da supremacia da Constituição Estatal, de forma que o Direito internacional somente é obrigatório porque o direito interno o reconhece como vinculante. Nesse aspecto,

[...] o Direito Internacional só tem valor internamente sob o ponto de vista do ordenamento *interno* do Estado, pois é a ordem jurídica estatal (a Constituição do Estado) que prevê quais são os órgãos competentes para a

¹ Segundo uma primeira concepção, monista-estatalista, que se remonta a Hegel e se afirma, sobretudo, entre os internacionalistas do século XIX, o ordenamento internacional não existiria como ordenamento originário, mas sim como ordenamento derivado do estatal [...] Igualmente monista, porém diametralmente oposta, é a teoria monista-internacionalista da unidade do direito, fundada na primazia do direito internacional e não do estatal (tradução nossa).

² Para o filósofo, o Estado era um Ente cuja *imperium* era irrestrito e absoluto, a *lei suprema* sobre a Terra.



Congresso Internacional de Direitos Humanos

MIGRAÇÃO E DIREITOS
HUMANOS NAS FRONTEIRAS

07 A 09 DE NOVEMBRO DE 2016

UCDB - UNIVERSIDADE CATÓLICA DOM BOSCO
UFMS - UNIVERSIDADE FEDERAL DE MATO GROSSO DO SUL

celebração de tratado e como esses órgãos podem obrigar, internacionalmente, em seu nome, a Nação soberana (MAZZUOLI, 2015, p. 101).

Conforme citada teoria, a soberania de um Estado jamais é limitada pelas normas de direito internacional, apenas sendo limitada pela soberania de outro Estado, ou seja, pela esfera de atuação reservada a outra ordem nacional.

Já com relação à corrente do monismo internacionalista, esta foi desenvolvida principalmente pela Escola de Viena, possuindo como maiores expoentes Kelsen, Verdross e Josef Kunz e firmando-se no cenário internacional a partir da Segunda Guerra Mundial. Referida tese passa a possuir destaque no cenário internacional, mormente ante o fato de se defender que a observação dos tratados e demais normas internacionais seria uma necessidade vital para garantir a estabilidade sistêmica e evitar conflitos entre os sujeitos do direito internacional (ARIOSI, 2004).

Segundo a corrente monista, o direito interno deriva do direito internacional, ordem esta hierarquicamente superior. Dessa forma, havendo conflito entre uma norma interna e outra internacional, a norma internacional, segundo esta corrente, deve sempre prevalecer, a norma interna devendo ser declarada nula, já que a internacional traça os limites da competência e da jurisdição doméstica estatal.

A teoria desenvolvida por Kelsen é a que se destaca. Apesar de a princípio o teórico não ter se posicionado acerca de qual norma deveria prevalecer, se a internacional ou a interna, tendo o teórico primeiramente denominado sua teoria de “Teoria da Livre Escolha”, a partir da influência exercida por Verdross, Kelsen sai de seu indiferentismo, passando a considerar a *Grundnorm*, a norma superior, como uma norma de Direito Internacional, representada pela norma consuetudinária *pacta sunt servanda* (MELLO, 2000).

Nesse sentido, defende Kelsen (2000) que o Direito internacional forma a base da ordem jurídica nacional. Isso porque, ao estimular que um indivíduo ou grupo de indivíduos devam ser consideradas autoridades jurídicas e legítimas, o Direito Internacional acaba por delegar as ordens jurídicas nacionais, determinado as esferas de validade das mesmas.

Dessa forma, consoante a corrente monista internacionalista, o direito interno não poderia, de modo algum, contradizer as normas e princípios do direito internacional. Como pontuado por Queiroz (2009, p. 122), o direito interno, segundo a teoria monista do direito, não prevalece “sobre as obrigações contraídas por um dos seus sujeitos, quer estas derivem de normas de direito internacional convencional, normas e princípios de direito internacional



comum ou geral ou princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações civilizadas”, de modo que se um Estado contrai uma obrigação internacional, deve, caso necessário, adequar suas normas internas para o devido cumprimento de tais obrigações.

Confere-se, pois, ao *jus cogens* o status normativo hierárquico máximo, este condicionando as produções normativas nacionais e deslocando a ideia de supremacia constitucional para o segundo plano (SOUSA, 2013).

Em contraposição ao dualismo radical defendido por Triepel e ao monismo radical de Kelsen, destaca-se a existência de teorias conciliatórias, como as desenvolvidas por Alfred Verdross, António Truyol y Serra e Gustav Adolf Walz. Tais teorias, contudo, não serão analisadas pormenorizadamente neste trabalho, ante o foco do presente artigo, que visa demonstrar o surgimento da tese do pluralismo jurídico na sociedade contemporânea e sua oposição às teorias monistas e dualistas ora apresentadas.

2. O surgimento da tese do pluralismo jurídico

O principal elemento que colocou em xeque as visões monistas e dualistas da relação entre o ordenamento interno e a ordem jurídica internacional corresponde ao fortalecimento dos Direitos Humanos no cenário global, com o conseqüente processo de constitucionalização do direito internacional, fato que levou à imprescindibilidade de superação do discurso da prevalência de um ordenamento sobre o outro.

No período-pós guerra, a proteção aos direitos humanos passou a constituir uma das principais preocupações no cenário internacional, como resposta às atrocidades cometidas durante a guerra. Verifica-se, nesse cenário, a ocorrência de um processo de internacionalização desses direitos, com o fim de se prevenir a ocorrência de novas atrocidades (PIOVESAN, 2013).

Com a universalização dos direitos humanos, é possível observar a progressiva superação de determinadas concepções antes adotadas como primordiais pelo Estado, dentre elas destacando-se o conceito de Estado Soberano e as discussões relativas à dualidade monista-dualista entre o ordenamento jurídico interno e a ordem internacional.

No que tange à ideia de soberania, esta deixa de ser vista como uma qualidade que o Estado possui, dentro de sua competência jurídica, de ser supremo, independente e definitivo. Dessa forma, o Poder Constituinte deixa de ser um sistema autônomo que gravita em torno da



soberania do Estado, já que a abertura ao diálogo internacional passa a exigir do direito interno a observância de princípios materiais de política e de direito internacional (CANOTILHO, 2000).

O reconhecimento de que os seres humanos têm direitos protegidos no âmbito internacional conduziu à noção de que no caso de negação a esses direitos deve haver a responsabilidade internacional do Estado violador, o que acaba por limitar a noção tradicional de soberania estatal. Há, pois, uma relativização e flexibilização dessa soberania, em prol da proteção dos direitos humanos (PIOVESAN, 2015, p. 67).

Dessa forma, o indivíduo passa a ser considerado sujeito de direito internacional, passando a ser ele o protagonista da proteção na esfera internacional, a soberania ficando em segundo plano. Desse modo, o conceito de soberania, hoje, é entendido como um conceito relativo de modo que

[...] los órganos supranacionales puedan actuar en la protección de los derechos humanos, possibilitando que, en caso de violación a estos derechos, el sistema pueda reaccionar y prevalezca el derecho internacional de los derechos humanos sobre el derecho interno, siempre en la defensa de la persona humana, haciendo con que la norma más favorable pueda prevalecer (PÉREZ, 2011, p. 153).³

Diante de tal fato, também não cabe mais a simples discussão existente acerca das teorias dualista e monista do direito, entendendo-se que cada questão submetida à apreciação das cortes constitucionais deve ser analisada no caso concreto, de forma a averiguar a norma mais favorável à proteção do indivíduo.

Quanto a essa superação, Cançado Trindade (1999) ressalta que a polêmica clássica entre monistas e dualistas revela-se baseada em falsas premissas, não mais cabendo insistir na primazia das normas de direito internacional ou de direito interno, já que a primazia deverá sempre ser a da norma, seja internacional ou nacional, que melhor proteja os direitos humanos. Como pontua Alarcón (2012, p. 63), “a dicotomia clássica entre monismo e dualismo se revela improcedente e carente de qualquer visagem de utilidade, se observarmos o assunto em perspectiva de satisfação dos mais elementares direitos humanos”.

³ [...] os órgãos supranacionais podem atuar na proteção dos direitos humanos, possibilitando que, em caso de violação a esses direitos, o sistema possa reagir e prevalecer o direito internacional dos direitos humanos sobre o direito interno, sempre na defesa da pessoa humana, fazendo com que a norma mais favorável possa prevalecer (tradução nossa).



Reconhece-se a existência de direitos comuns cuja proteção é mais importante que a garantia dos interesses do Estado, quais sejam, os direitos humanos, os quais passam a ser vistos como princípios básicos da comunidade internacional. Dessa forma, a partir da proteção dos direitos humanos, estabelecem-se limites aos atos que podem ser praticados, legalmente, pelos governos estatais dentro de sua jurisdição interna. Nesse sentido, esclarece Alvarado que

[...] la humanización, y con ella la idea de comunidade internacional, ha puesto de presente que la voluntad de los Estados ya no es fuente suficiente de legitimidade y ha señalado a los derechos humanos como fundamento esencial del ordenamiento jurídico; el constitucionalismo hace suya esta preocupación y assume tal reivindicación” (ALVARADO, 2015a, p. 200).⁴

A consagração de valores comuns cuja proteção incumbe a toda a comunidade internacional destaca a necessidade de coordenação entre os diversos ordenamentos com o fim primordial de concretização da salvaguarda aos direitos humanos. Desse modo, modifica-se a visão que o ordenamento internacional tinha do direito nacional e vice-versa, ressaltando a necessidade de articulação entre os regimes para a consecução de objetivos comuns.

É importante frisar, nesse ponto, que apesar de desde a segunda metade do século XX já se vislumbrar no cenário internacional a necessidade de uma maior proteção aos direitos humanos, é somente a partir do processo de globalização, no final daquele século e início do século XIX, que o fenômeno do pluralismo jurídico, objeto de estudo nesse trabalho, ganha importância, graças ao fortalecimento do Direito Internacional como meio de regência das condutas humanas.

Esse fortalecimento se deveu à necessidade, à época pós-guerra fria, de regular as tensões internacionais surgidas no período e diante da proliferação, no século XIX, de crises ambientais, sociais, econômicas e políticas ao redor do globo (RAMOS, 2012).

Ante o processo de globalização e as consequências dele resultante, passa-se a reconhecer a incapacidade do direito nacional e da concepção clássica de direito internacional, bem como se verifica o surgimento de novos atores e temas de interesse no cenário internacional e a intensificação do processo de humanização do direito. Como pontuado por Alvarado:

⁴ [...] a humanização e com ela a ideia de comunidade internacional, firmou que a vontade dos Estados já não é fonte suficiente de legitimidade e destacou os direitos humanos como fundamento essencial do ordenamento jurídico; o constitucionalismo faz sua essa preocupação e assume tal reivindicação (tradução nossa).



[...] la globalización nos obliga, entre otros, a concebir una forma de equilibrar y controlar el ejercicio del poder más allá de las fronteras estatales y más allá del modelo estado-céntrico; la incapacidad del Estado, del derecho nacional y la tradicional concepción de derecho internacional para afrontar los nuevos retos, nos obliga a re-pensar el alcance de la soberanía y las relaciones entre el derecho nacional y el derecho internacional; la aparición de nuevos actores nos conduce a la creación de nuevas formas de reconocimiento, de involucramiento y de control de los mismos; los nuevos temas de interés y sus nuevos escenarios nos llevan a pensar en la forma de mantener la coherencia del derecho internacional; la humanización nos obliga a reconocer un nuevo eje del ordenamiento internacional y, por lo tanto, una nueva manera de construir, enfocar y hacer eficaz este sistema legal (ALVARADO, 2015a, p. 167).⁵

Tais fatos levaram ao advento da constitucionalização do Direito Internacional, este entendido como uma mudança de perspectiva e uma mudança na agenda política global que pretende dotar o direito internacional de características constitucionais, ao preconizar a aplicação de princípios constitucionais, como a legalidade, *checks and balances* e a proteção dos direitos humanos e da democracia na ordem jurídica internacional, como uma forma de melhorar a efetividade de referida ordem jurídica (PETERS, 2006).

Evidencia-se, dessa forma, a necessidade de configurar o ordenamento jurídico internacional de forma harmônica em torno de valores comuns da humanidade, a partir da releitura do voluntarismo estatal até então imperante (ALVARADO, 2015a). Nesse contexto, percebe-se que cada Estado, individualmente, não é mais o único protagonista, que seus interesses não constituem mais o único objeto de proteção e que sua vontade não se trata mais da única fonte de legitimidade.

Questões constitucionais, antes de interesse de determinado Estado, passam a ser de interesse de uma comunidade de países reunidos por meio de um tratado ou, até mesmo, de toda a comunidade internacional, já que o processo de globalização acabou por criar uma comunidade multicêntrica, formando um sistema de níveis múltiplos, em que o direito estatal, embora continue sendo relevante, é apenas um desses níveis (ARAÚJO, 2015).

⁵ A globalização nos obriga, entre outros, a conceber uma forma de equilibrar e controlar o exercício do poder além das fronteiras estatais e além do modelo estatal-cêntrico; a incapacidade do Estado, do direito nacional e a tradicional concepção de direito internacional para afrontar os novos retos, nos obriga a repensar o alcance da soberania e as relações entre o direito nacional e o direito internacional; a aparição de novos atores nos conduz à criação de novas formas de reconhecimento de envolvimento e de controle dos mesmos; os novos temas de interesse e seus novos cenários nos levam a pensar em uma forma de manter a coerência do direito internacional; a humanização nos obriga a reconhecer um novo eixo do ordenamento internacional e, portanto, uma nova maneira de construir, enfocar e fazer eficaz este sistema legal (tradução nossa).



A fragmentação do direito constitucional e a conseqüente impossibilidade de pensar em um ordenamento jurídico único no cenário internacional levam ao reconhecimento de que a única forma de se alcançar os objetivos visados pela constitucionalização do direito internacional é por meio do reconhecimento de um pluralismo jurídico, ou seja, de um processo escalonado que articule os diversos níveis de proteção dos direitos (horizontal, vertical e funcional), dando lugar a um sistema de redes constitucionais e não um regime constitucional único (ALVARADO, 2015a).

Desse modo, devido às constantes transformações no cenário jurídico global, torna-se cada vez mais evidente a interdependência entre os ordenamentos jurídicos nacionais e o direito internacional. Segundo Alvarado (2015b), este vínculo é particularmente relevante no campo dos direitos humanos, no qual, devido à crescente interação entre juízes nacionais e internacionais, hoje se pode falar não em sistemas nacionais ou internacionais de proteção, mas sim de modelos multiníveis de tutela, cujo êxito depende da articulação do direito constitucional com o direito internacional dos direitos humanos.

A defesa da tese do pluralismo jurídico surge, pois, devido à necessidade de se articular o trabalho dos juízes de diversos ordenamentos para a consecução de um objetivo comum, qual seja, a proteção dos direitos humanos, seja em nível local, nacional, regional, supranacional ou internacional.

Assim, evidencia-se que direito contemporâneo passa por um novo processo de transição, o qual acompanha a própria globalização, processo este que é influenciado pela ampliação da complexidade dos direitos nacionais dos Estados e do direito internacional e tem como resultado a alteração da lógica normativa do direito internacional clássico (VARELLA, 2014).

3. Pluralismo jurídico e a relação entre o ordenamento jurídico interno e internacional

Vivemos, atualmente, um período de estreitamento das relações internacionais, fato que tem levado à formação de um sistema jurídico mais integrado e cooperativo no cenário internacional. Observa-se que cada vez mais o direito internacional tem se tornado um elemento de coesão, tendo por fim o estabelecimento de uma maior cooperação entre os diversos atores do sistema global e de uma harmonização entre a ordem jurídica interna e a internacional, e, ao mesmo tempo, um elemento de tensão, já que coloca em evidência as



contradições existentes entre as diversas ordens jurídicas internas e a ordem internacional (ARIOSI, 2004).

Como destacado, graças ao processo de humanização do direito e ao fortalecimento do constitucionalismo que se pode afirmar que atualmente o direito internacional e o direito interno compartilham o mesmo objetivo, qual seja, a proteção do indivíduo (ALVARADO, 2015a). Isso porque os Direitos Humanos fixam um padrão normativo material mínimo, ou melhor, *standards* materiais mínimos, para ambas as instâncias, como forma de se assegurar a proteção do homem em todos os aspectos.

O direito internacional assume características do direito Estatal e o direito interno se abre ao direito internacional dos direitos humanos, facilitando a interdependência dos diversos níveis de proteção e a interação entre seus operadores. Nesse novo cenário, se desenvolveu uma linha de investigação que propõe um novo modelo de estruturação do poder público, o pluralismo constitucional, o qual se define como “un conjunto de ordenamientos jurídicos que interactúan, cada uno con su própria constituición, pero sin que estén jerárquicamente ordenados”⁶ (PÉREZ, 2011, p. 12).

A partir do pluralismo jurídico, a relação entre os ordenamentos se constrói de forma conjunta e compartilhada, os ordenamentos se complementando e harmonizando para o cumprimento de suas funções constitucionais. Reconhece-se a coexistência e genuinidade de diversas ordens jurídicas concomitantemente, as quais reconhecem a legitimidade da outra dentro de sua esfera de competência sem reconhecer, entretanto, a superioridade constitucional sobre a outra (QUEIROZ, 2009).

Com a formação de um sistema de níveis múltiplos, há a “superación del tratamiento provinciano de problemas constitucionales por los Estados, sin que eso nos lleve a la creencia, en la *ultima ratio*, del derecho internacional público”⁷ (NEVES, p. 723), já que tanto as ordens nacionais quanto as internacionais podem equivocar-se quando confrontadas com questões constitucionais, inclusive com problemas de direitos humanos.

Assim, supera-se a noção de hierarquia entre os diversos ordenamentos jurídicos ou de separação entre o direito interno e o internacional, para reconhecer a coordenação entre os sistemas. Nas palavras de Neil Walker:

⁶ Um conjunto de ordenamentos jurídicos que interatua, cada um com sua própria constituição, mas sem que estejam hierarquicamente ordenados (tradução nossa).

⁷ Superação do tratamento provinciano dos problemas constitucionais pelos Estados, sem que isso nos leve à crença, da *ultima ratio*, do direito internacional público (tradução nossa).



Constitutional pluralism recognizes that in the post-Westphalian world there exists a range of different constitutional sites and processes configured in a heterarchical pattern, and seeks to develop a number of empirical indices and normative criteria which allow us to understand this emerging configuration and assess the legitimacy of its development (WALKER, 2002, p. 337).⁸

No marco do constitucionalismo multinível, ou pluralismo constitucional, a ideia de um texto constitucional único não tem razão de ser, de modo que se fala na construção de uma rede, ou seja, de um “conjunto de normas, ubicadas a diversos niveles, que se articulan para lograr la garantia de la dignidade humana a través de la organización y limitación del poder”⁹ (ALVARADO, 2015a, p. 287). Desse modo, passa-se a regular as relações entre os diversos níveis a partir da observância a princípios e objetivos constitucionais comuns e não segundo uma norma última, seja ela de direito internacional, regional ou nacional.

O pluralismo jurídico, assim, oferece um melhor marco conceitual para a análise dos problemas e para a formulação de propostas, do que seguir reclamando a autoridade última do Estado ou a sua reconstrução a nível supranacional. Referido conceito se prende a um teor formalista, mas sim prescreve a necessidade de análise dos diversos dispositivos normativos existentes, sejam esses nacionais ou internacionais, para, a partir do estabelecimento de um diálogo, buscar a norma ou interpretação do direito que melhor garanta a efetividade dos Direitos Humanos.

Desta feita, supera-se o monismo kelsiano para se reconhecer a existência de um pluralismo jurídico ou pluralismo constitucional: ao invés de hierarquia e supremacia de um ordenamento sobre o outro, há uma mútua consideração, reconhecimento e cooperação, para o fim de se atender objetivos constitucionais comuns. Do mesmo modo, supera-se a teoria do dualismo, já que reconhece a coordenação e harmonia entre os ordenamentos jurídicos e não sua completa separação. Nesse sentido, bem esclarece Ferrajoli:

Esto hace ciertamente insostenible a tenor del derecho vigente, y quizá tambien indeseable, cualquier forma de monismo, no solo estatal sino tambien internacional. Pero, despues de la institucion de las Naciones Unidas y de la aprobacion y ratificacion de pactos y convenciones de derechos humanos por parte de un numero creciente de Estados, es igualmente insostenible la concepcion dualista conforme a la cual el derecho

⁸ Pluralismo constitucional reconhece que no mundo pós-Westfaliano existe um campo de diferentes sítios constitucionais e processos configurados em um padrão não hierárquico. E busca desenvolver um número de índices empíricos e critérios normativos que nos permite entender essa configuração emergente e acessar a legitimidade de seu desenvolvimento (tradução nossa).

⁹ [...] um conjunto de normas, ubicadas a diversos níveis, que se articulan para lograr a garantia da dignidade humana através da organização e limitação do poder (tradução nossa).



internacional y los diversos derechos estatales se configurarían como ordenamientos separados, cada uno único y exclusivo respecto de los demás. La imagen del derecho internacional que expresa el *pluralismo de los ordenamientos* que lo componen es, por el contrario, la de una *red* compleja y diversamente integrada por instituciones u sistemas jurídicos, articulada en distintos niveles normativos (FERRAJOLI, 2011, p. 475).¹⁰

Nesse cenário multinível e pluralista, a supremacia de normas e princípios constitucionais não depende da pertença de referidas normas ou princípios a um determinado sistema de fontes, mas sim de “su capacidad para truncar la aplicación de otra norma como resultado de un ejercicio dialéctico contextual para el que poco importa la existencia de jerarquias normativas fijas”¹¹ (ALVARADO, 2015a, p. 194).

Compreende-se, dessa forma, que os agentes internos e externos não atuam de forma independente, mas sim que se inserem em um cenário muito mais complexo de coordenação e complementaridade, no qual não existe hierarquia, mas sim no qual se busca a cooperação e o diálogo para assegurar a aplicação da norma mais favorável à proteção da pessoa humana.

É importante frisar o entendimento da renomada teórica Paola Alvarado quanto ao tema, já que deixa ela bastante clara a superação dos conceitos de monismo e dualismo anteriormente tratados. Ao tratar da rede judicial interamericana, esclarece a autora que um dos grandes impactos na sua formação é a modificação da forma como se concebe a relação entre o direito internacional e o direito interno. Vejamos:

La conformación de la red es, a su vez, causa y consecuencia de la mutación que experimenta la relación entre estos dos ordenamientos. Ella da cuenta, ante todo, de su mutua permeabilidad e interdependencia y de la necesidad de que sus actores interactúen y se reconozcan como agentes de un mismo cometido cuya efectividad depende de la armonización de los dos sistemas. Así, la articulación de la red judicial a través del diálogo demuestra que ante que compartimentos estancos (dualismo) o que estructuras jerárquicamente consolidadas (monismo), derecho internacional de los derechos humanos y derecho constitucional son parte de un pluriverso

¹⁰ Isto faz certamente insustentável o teor do direito vigente, e quiçá também indesejável, qualquer forma de monismo, não só estatal mas também internacional. Porém, depois da instituição das Nações Unidas e da aprovação e ratificação de pactos e convenções de direitos humanos por parte de um número crescente de Estados, é igualmente insustentável a concepção dualista conforme a qual o direito internacional e os diversos direitos estatais se configurariam como ordenamentos separados, cada um único e exclusivo a respeito dos demais. A imagem do direito internacional que expressa o *pluralismo dos ordenamentos* que o compões é, pelo contrário, a de uma rede complexa e diversamente integrada por instituições ou sistemas jurídicos, articulada em distintos níveis normativos (tradução nossa).

¹¹ [...] sua capacidade para truncar a aplicação de outra norma como resultado de um exercício dialético contextual para ele que pouco importa a existência de hierarquias normativas fixas (tradução nossa).



normativo que permite la articulación de la estructura multinivel de protección (ALVARADO, 2015a, p. 282-283).¹²

O pluralismo jurídico supera as discussões acerca das teorias monistas e dualistas para a resolução de conflitos entre o direito internacional e o direito interno, já que ao reconhecer que tanto uma ordem quanto a outra veicula conteúdos referentes à proteção dos direitos humanos, preconiza a resolução de eventuais conflitos entre as duas ordens não através da supremacia de uma ordem sobre a outra, mas sim a partir do diálogo entre as duas fontes do direito e a aplicação da norma que mais proteja o sujeito (AGUIAR, 2014).

É importante observar que a teoria do pluralismo jurídico não é isenta de críticas. Como discorre Pérez (2011), as principais objeções ao modelo pluralista podem ser agrupadas em duas categorias: a alegação de ofensa à seguridade jurídica e violação ao princípio democrático.

Assevera-se, pois, que o modelo pluralista afastaria a segurança jurídica, já que se caracteriza pela ausência de uma fonte última de validade das normas (ao contrário do modelo kelsiano de normas). Assim, com o inter-relacionamento entre os diferentes sistemas jurídicos, ficaria difícil prever qual seria a norma aplicável em caso de conflito, em prejuízo à seguridade jurídica. Do mesmo modo, aduz-se que referido modelo afastaria a aplicação do princípio democrático, já que, ao legitimar a aplicação de um direito não derivado de fontes nacionais, autoriza a aplicação de um direito não legítimo, visto que não fundamentado no consentimento dos indivíduos sujeitos às normas estatais.

Em que pese tais objeções, estas não possuem o condão de afastar a necessidade atual de um maior inter-relacionamento entre os Estados. Isso porque, conforme lição de Pérez (2011), ao se situar o Estado no presente contexto da globalização, não se deve simplesmente levar em consideração tais princípios, estritamente ligados ao modelo constitucional de base estatal. Deve-se entender que no mundo globalizado existe uma maior interdependência entre os Estados, sendo necessária a colaboração entre eles para a regulação de situações jurídicas comuns.

¹² A conformação da rede é, por sua vez, causa e consequência da mutação que experimenta a relação entre estes dois ordenamentos. Ela dá conta, ante tudo, de sua mútua permeabilidade e interdependência e da necessidade de que seus atores interatuem e se reconheçam como agentes de um mesmo cometido cuja efetividade depende da harmonização dos sistemas. Assim, a articulação da rede judicial através do diálogo demonstra que antes de compartimentos estancos (dualismo) ou de estruturas hierarquicamente consolidadas (monismo), o direito internacional dos direitos humanos e o direito constitucional são partes de um pluriverso normativo que permite a articulação da estrutura multinível de proteção (tradução nossa).



Salienta-se, nesse aspecto, que o pluralismo jurídico traz maior benefícios à sociedade como um todo, ao permitir a supremacia da norma mais favorável à pessoa, seja ela internacional ou interna. Possibilita-se a flexibilização do direito, o que permite uma mais rápida adaptação às mudanças do mundo globalizado; a maior inclusão do Estado nação no mundo global; o maior respeito à diversidade; e o maior equilíbrio institucional (*checks and balances*), já que possibilita que as mais diversas instituições participem do processo de criação e aplicação do direito e se limitem mutuamente (PÉREZ, 2011).

Dessa forma, pode-se afirmar que o pluralismo jurídico, em contraposição às teses anteriormente predominantes, melhor se adequa a realidade presente, marcado pelo fortalecimento do direito internacional dos direitos humanos, já que promove meios de se assegurar a prevalência da norma que mais garanta a proteção do indivíduo e assegura um sistema mais cooperativo, de forma a superar as discussões relativas à dualidade monista-dualista, para concentrar-se na efetiva proteção do indivíduo no cenário global.

CONCLUSÃO

O pluralismo jurídico, em contraposição às teorias do monismo e dualismo anteriormente imperantes quando do estudo do direito internacional clássico, oferece uma melhor resposta à relação entre o ordenamento jurídico interno e a ordem jurídica internacional, visto que leva em consideração a realidade atual em que vivemos, na qual se evidencia o surgimento de problemas constitucionais comuns entre os diferentes Estados e Organismos Internacionais e na qual se busca a concretização da proteção conferida à pessoa humana.

O reconhecimento da existência de um pluralismo de ordens jurídicas, as quais se inter-relacionam e interagem de forma coordenada e não hierárquica visando a resolução de problemas relativos à violação de direitos humanos que surgem no cenário global, é um imperativo na sociedade contemporânea, visto que garante a devida primazia da defesa do indivíduo como sujeito de direito tanto no ordenamento jurídico interno quanto internacional, sendo ele protagonista da proteção conferida pelo sistema jurídico como um todo.

A partir do momento em que se entende que, diante da globalização e da importância conferida à proteção dos direitos humanos, atualmente não há como um Estado existir de forma isolada e independente, torna-se necessária a criação de ferramentas para garantir a



colaboração e coordenação entre eles para a regulação de situações jurídicas comuns. É nesse sentido que a teoria do pluralismo jurídico preconiza a resolução de eventuais conflitos a partir do diálogo entre as fontes do direito, não com a supremacia de uma ordem sobre a outra, mas a partir de um processo de coordenação, pelo qual se visa a aplicação da norma que mais proteja o sujeito contra eventuais violações a seus direitos.

Neste aspecto, com o pluralismo jurídico preservam-se as instituições vigentes, evitando a supremacia de uma ordem sobre a outra, ao mesmo tempo em que garante a interação entre as diversas ordens para o aprendizado recíproco e a garantia da proteção aos direitos humanos. Pressupõe-se, apenas, a interação, sob o pretexto não de assegurar a autoridade última de uma ordem, mas sim de permitir a adaptação do direito às mudanças do mundo globalizado e um maior equilíbrio institucional (*checks and balances*), com o intuito último de assegurar a observância do princípio *pro homine*.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Marcos Pinto. Relações dialógicas como instrumentos de expansão e realização dos direitos humanos no mundo contemporâneo. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, v.14, n. 14, p. 281-295, 2014.

ALARCÓN, Pietro de Jesus Lora. Constituição e Direito Intergentium: a ductilidade *pro homine* e o possível *jus commune* para os desafios jurídicos contemporâneos. In: PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; DIMOULIS, Dimitri. (Org.). **Direito Constitucional e Internacional dos Direitos Humanos**. Belo horizonte: Forum, 2012.

ALVARADO, Paola Andrea Acosta. **Del diálogo interjudicial a la constitucionalización del derecho internacional**: la red judicial latinoamericana como prueba y motor del constitucionalismo multinivel. 2015. Tese (Doutorado em Direito Internacional e Relações Internacionais) – Universidade Complutense de Madrid, Instituto Universitário de Investigación Ortega e Gasset, Madrid, 2015a.

ALVARADO, Paola Andrea Acosta. El diálogo judicial interamericano, un camino de doble vía hacia la protección efectiva. In: MEZZETTI, Luca. CONCI, Luiz Guilherme (Org.). **Diálogo entre cortes**: a jurisprudência nacional e internacional como fator de aproximação de ordens jurídicas em um mundo cosmopolita. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2015b.

ARAÚJO, Victor Costa de. O transconstitucionalismo na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: uma análise sob a ótica da teoria dos direitos fundamentais. 2015. 197 f. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2015.

ARIOSI, Mariangela de F. As relações entre o direito internacional e o direito interno. **Revista Jurídica Virtual**, v. 06, n. 63, ago. 2004.



CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Livraria Alverina, 2000.

FERRAJOLI, Luigi. **Principia Iuris**: Teoria del Derecho y de la Democracia. Volume II. Tradução: Perfecto Andres Ibanez; Carlos Bayon; Marina Gascon; Luis Prieto Sanchis y Alfonso Ruiz Miguel. Madrid: Editorial Trotta, 2011. Título original: *Principia iuris: Teoria del Diritto e Della Democrazia*. 676p.

KELSEN, Hans. Teoria Geral do Estado e do Direito. Tradução Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 9 edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. 12 edição. Rio de Janeiro: Renovar 2000.

MENEZES, Wagner. O direito internacional contemporâneo e a teoria da transnormatividade. **Revista Pensar**, Fortaleza, v. 12, p.134-144, mar. 2007.

NEVES, Marcelo. Transconstitucionalismo, con especial referencia a la experiencia latinoamericana. Disponível em: <http://www.ufjf.br/siddharta_legale/files/2014/07/marcelo-neves-transconstitucionalismo.pdf> Acesso em: 22 de outubro de 2016.

PETERS, Anne. Compensatory Constitutionalism: the function and potential of fundamental international norms and structures. **Leiden Journal of International Law**, Leiden, v. 19, p. 579-610, 2006.

PÉREZ, Aida Torres. En defensa del pluralismo constitucional. In: ECEIZABARRENA, Juan Ignacio U.; BERECIARTU, Gurutz Jáuregui. **Derecho Constitucional Europeo**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. Direitos humanos e diálogo entre jurisdições. In: MEZZETTI, Luca. CONCI, Luiz Guilherme (Org.). **Diálogo entre cortes**: a jurisprudência nacional e internacional como fator de aproximação de ordens jurídicas em um mundo cosmopolita. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2015.

QUEIROZ, Cristina. **Direito internacional e relações internacionais**. Coimbra: Coimbra, 2009.

RAMOS, André de Carvalho. Pluralidade das ordens jurídicas: uma nova respectiva na relação entre o direito internacional e o direito constitucional. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 106/107, p. 497-524, jan./dez. 2011/2012.



Congresso Internacional de Direitos Humanos

MIGRAÇÃO E DIREITOS
HUMANOS NAS FRONTEIRAS

07 A 09 DE NOVEMBRO DE 2016

UCDB - UNIVERSIDADE CATÓLICA DOM BOSCO
UFMS - UNIVERSIDADE FEDERAL DE MATO GROSSO DO SUL

SOUSA, Ileide Sampaio de. Tratados Internacionais de direitos humanos e conflitos com o vértice do ordenamento jurídico nacional: a utilização do princípio *pro homine* na ponderação de colisões normativas que envolvam direitos humanos. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2013.

TRIEPEL, Karl Heinrich. As relações entre o direito interno e o direito internacional. **Revista da Faculdade de Direito**, Belo Horizonte, MG, ano XVII, n. 6, p. 06-64, out. 1966.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. O legado da declaração universal de 1948 e o futuro da proteção internacional dos direitos humanos. In: FIX-ZAMUDIO, Hector. **México y las declaraciones de derechos humanos**. Cidade do México. UNAM, Ciudad de México, 1999.

VARELLA, Marcelo D. **Direito Internacional Público**. 5 edição. São Paulo: Saraiva, 2014.

WALKER, Neil. The idea of constitutional pluralism. **The modern law review**, v. 65, n. 3, 2002. p. 317-359.