

A APLICAÇÃO DO COSTUME INTERNACIONAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: UMA ANÁLISE À LUZ DAS TEORIAS HIERÁRQUICAS E HETERÁRQUICAS DO DIREITO INTERNACIONAL

THE APPLICATION OF INTERNATIONAL CUSTOMARY LAW IN THE BRAZILIAN LEGAL SYSTEM: AN ANALYSIS IN LIGHT OF THE HIERARCHICAL AND HETERARCHICAL THEORIES OF INTERNATIONAL LAW

Letícia Lopes Borja¹

Marco Bruno Miranda Clementino²

Thiago Oliveira Moreira³

RESUMO

Apesar da discussão acerca das relações entre normas de Direito Internacional e direito interno existir desde os primórdios da disciplina, as controvérsias em torno do tema persistem até os dias de hoje, dando origem a uma série de teorias de cunho hierárquico e heterárquico que tentam oferecer alternativas ao tópico. Contudo, citados debates frequentemente se restringem a abordagens concernentes às normas convencionais, deixando-se de lado, assim, normas oriundas de fontes não-escritas do Direito Internacional. Diante disso, a presente pesquisa propõe enquanto problemática o seguinte questionamento: a forma como as normas costumeiras são aplicadas pelos tribunais brasileiros deriva de um modelo hierárquico de relação entre o Direito Internacional e o Direito doméstico? Para responder tal indagação, foram elegidos os três objetivos específicos, quais sejam, (i) Compreender as teorias hierárquicas e heterárquicas no que diz respeito aos efeitos das normas internacionais nos ordenamentos jurídicos nacionais, bem como os riscos advindos da adoção de cada uma delas; (ii) Analisar o sistema brasileiro de incorporação e eficácia do direito internacional; e (iii) Investigar a aplicação do direito costumeiro internacional no direito brasileiro, incluindo seu eventual processo de incorporação, sua eficácia e sua posição dentro do ordenamento doméstico. Metodologicamente, utilizou-se de um método dedutivo e qualitativo, baseado na

¹ Bacharel (UFRN) e Mestranda em Direito (UFRN e USP). Assessora Jurídica Ministerial. E-mail: leticialborja@gmail.com

² Doutor em Direito (UFPE). Mestre em Direito (UFRN). Professor Associado da UFRN. Juiz Federal. E-mail: marco.bruno.miranda@ufrn.br.

³ Doutor e Mestre em Direito pela Universidade do País Basco. Mestre em Direito (UFRN). Professor Associado da UFRN. Coordenador do PPGD/UFRN. E-mail: thiago.moreira@ufrn.br.

pesquisa bibliográfica e documental de obras e textos normativos relacionados ao objeto de estudo. Ao final, concluiu-se que o costume internacional não demanda nenhum procedimento formal de incorporação para que seja válido no direito brasileiro, de modo que sua incorporação se dá por via judicial, a partir da identificação e delineamento da regra consuetudinária pelo magistrado à luz do caso concreto. Nesse contexto, constatou-se que o recurso às teorias heterárquicas de relação entre o Direito Internacional e o direito interno podem ser de grande valia ao julgador quando este se depara com uma possível norma costumeira, tendo em vista que deverá se valer do comportamento e interpretação levado a termo por outros tribunais, ordens jurídicas e instituições a fim de verificar, com o devido zelo, a existência dos dois elementos formadores do costume internacional.

Palavras-chave: Direito Internacional; Costume internacional; Teorias hierárquicas; Teorias heterárquicas.

ABSTRACT

Although the discussion about the relationship between international law and domestic law has existed since the beginnings of the discipline, controversies surrounding the topic persist to this day, giving rise to a series of hierarchical and heterarchical theories that attempt to offer alternatives to the topic. However, these debates are often restricted to approaches concerning conventional norms, thus leaving aside norms originating from unwritten sources of international law. In view of this, this research proposes the following question as a research problem: does the way in which customary norms are applied by Brazilian courts derive from a hierarchical model of relationship between international law and domestic law? To answer this question, three specific objectives were chosen, namely, (i) To understand the hierarchical and heterarchical theories with regard to the effects of international norms on national legal systems, as well as the risks arising from the adoption of each of them; (ii) To analyze the Brazilian system of incorporation and effectiveness of international law; and (iii) To investigate the application of international customary law in Brazilian law, including its possible incorporation process, its effectiveness and its position within the domestic legal system. Methodologically, a deductive and qualitative method was used, based on bibliographic and documentary research of works and normative texts related to the object of study. In the end, it was concluded that international custom does not require any formal incorporation procedure to be valid in Brazilian law, so that its incorporation occurs through judicial means, based on the identification and delineation of the customary rule by the judge in light of the specific case. In this context, it was found that the use of heterarchical theories

of the relationship between International Law and domestic law can be of great value to the judge when he is faced with a possible customary norm, given that he must make use of the behavior and interpretation carried out by other courts, legal systems and institutions in order to verify, with due care, the existence of the two elements that form international custom.

Keywords: International Law; International Customary Law; Hierarchical theories; Heterarchical theories.

Sumário: 1. Introdução; 2. As teorias hierárquicas e heterárquicas da relação do direito internacional com o direito doméstico; 3. A aplicação do direito internacional na ordem interna brasileira; 4. A aplicação do costume internacional pelo ordenamento brasileiro; 5. Conclusões; 6. Referências.

1 INTRODUÇÃO

A relação entre o Direito Internacional e o direito interno dos Estados é um dos temas mais discutidos pelos internacionalistas, haja vista as tensões que envolvem a ideia de supremacia constitucional e as pretensões de autoridade do direito internacional em um contexto complexo de soberania, interpretação legal e hierarquia normativa. Nessa seara, surgem indagações acerca da aplicação do costume internacional no direito brasileiro, especialmente no que diz respeito à possibilidade de aplicação direta das normas costumeiras ou a eventual necessidade de um processo de incorporação.

Diante desse panorama, a presente pesquisa propõe enquanto problemática o seguinte questionamento: a forma como as normas costumeiras são aplicadas pelos tribunais brasileiros deriva de um modelo hierárquico de relação entre o Direito Internacional e o Direito doméstico? O objetivo geral desta investigação consiste, portanto, em averiguar o modo de aplicação do direito costumeiro internacional no direito brasileiro, avaliando as vantagens e riscos referentes à efetiva proteção de direitos eventualmente veiculados por normas não escritas.

A fim de se atingir tal propósito, foram traçados três objetivos específicos, quais sejam, (i) Compreender as teorias hierárquicas e heterárquicas no que diz respeito aos efeitos das normas internacionais nos ordenamentos jurídicos nacionais, bem como os riscos advindos da adoção de cada uma delas; (ii) Analisar o sistema brasileiro de incorporação e eficácia do direito internacional; e (iii) Investigar a aplicação do direito costumeiro

internacional no direito brasileiro, incluindo seu eventual processo de incorporação, sua eficácia e sua posição dentro do ordenamento doméstico.

Nesse contexto, estabelece-se, enquanto hipótese inicial, a de que a prática brasileira de aplicação das normas costumeiras internacionais adota uma perspectiva hierárquica e monista do Direito Internacional, dispensando qualquer liturgia internalizadora, o que pode gerar dificuldades na proteção efetiva de eventuais direitos individuais em questão.

Metodologicamente, a pesquisa se pautará em um método dedutivo, partindo-se de conceitos pré-estabelecidos a fim de se atingir sua particularização dentro da problemática exposta. A abordagem utilizada foi a qualitativa, levando em conta a impossibilidade de quantificação da realidade investigada. Quanto aos procedimentos técnicos, será levada a termo uma pesquisa bibliográfica e documental de obras e textos normativos relacionados ao objeto de estudo. O parâmetro linguístico utilizado foram os idiomas português, inglês e francês, e as fontes consultadas incluíram livros, teses, dissertações e artigos, sem um período cronológico delimitado. Posteriormente, será realizada uma breve pesquisa jurisprudencial no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF), a fim de selecionar os casos mais célebres envolvendo normas costumeiras internacionais a partir da palavra-chave “costume internacional” e, assim, aferir o posicionamento da Corte quanto à aplicação do costume no ordenamento interno.

Por sua vez, a realização da presente pesquisa se justifica, em primeiro lugar, pela relevância do tema, tendo em vista que o modo de aplicação do costume internacional pelo ordenamento jurídico brasileiro pode significar, a depender do caso, uma maior ou menor proteção aos direitos envolvidos. Além disso, também se destaca o ineditismo da investigação, especialmente na parte que toca à análise do costume internacional à luz das teorias heterárquicas. Se, no Brasil, a literatura acadêmica acerca destas já é escassa a nível de normas convencionais, ainda mais raro é encontrar trabalhos que as abordem em face de regras internacionais não escritas, o que abre uma lacuna na produção científica da temática, gerando assim a emergência de sua apuração. Ao final, espera-se poder expandir o conhecimento existente acerca do tema, oferecendo-se contribuições e perspectivas relevantes ao entendimento do objeto sob análise.

2 AS TEORIAS HIERÁRQUICAS E HETERÁRQUICAS DA RELAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL COM O DIREITO DOMÉSTICO

O tema das relações entre os direitos domésticos e o Direito Internacional vem sendo discutido nos tribunais e na academia há mais de um século⁴, e envolve tanto um aspecto teórico – consistente no estudo da hierarquia do Direito Internacional ante o direito interno – quanto um aspecto prático – relativo à efetiva solução dos conflitos porventura surgidos entre as normas internacionais e as do direito doméstico⁵.

A importância do tema relaciona-se à circunstância de que o correto entendimento das relações entre o Direito Internacional e o direito interno termina por revelar a própria essência daquele, o que não impede de se verificar a persistência de uma acirrada divergência doutrinária, inexistente talvez em qualquer outra matéria pertencente ao campo do Direito Internacional Público⁶.

Cronologicamente, o dualismo foi a primeira teoria desenvolvida acerca da relação entre o Direito Internacional e o direito interno, tendo como precursor o jurista alemão Heinrich Triepel, e posterior reforçamento por autores como Santi Romano. Para o primeiro⁷, o direito interno – entendido como todo o direito estabelecido no interior de uma comunidade nacional – e o Direito Internacional são distintos tanto porque emanam de fontes diferentes, quanto porque regem objetos também diferentes. Para ele, o direito interno rege as relações entre os indivíduos e entre os indivíduos e o Estado, e mesmo quando as regras se referem a relações entre indivíduos e Estados estrangeiros, estas se apresentam no papel de simples particulares. Já o Direito Internacional público regula relações entre Estados perfeitamente iguais, o que exclui, nesse sentido, as relações entre um Estado federal e seus Estados-membros, os quais se submetem ao primeiro.

No que diz respeito à diversidade de fontes, o autor entende que a fonte do direito interno é a vontade do próprio Estado, enquanto que a fonte do Direito Internacional é a vontade comum dos Estados, nascida da união das vontades particulares, por ele chamada de *Vereinbarung*⁸. Dessas conclusões ele extrai o fundamento de que o Direito Internacional Público e o direito interno são não somente ramos distintos do direito, como também sistemas jurídicos diferentes.

⁴ ROSSI, Juliano Scherner. A operação interna dos tratados internacionais. **Revista da ESMESC**, [S.l.], v. 21, n. 27, p. 325-352, 2014. p. 326.

⁵ MAZZUOLI, Valério. **Curso de direito internacional público**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 99.

⁶ Bahia, Saulo José Casali. Relações do Direito Internacional com o direito interno. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, Brasília, v. 8, n. 3, p. 51-82, 1996. p. 51.

⁷ TRIEPEL, Karl Heinrich. As relações entre o direito interno e o direito internacional. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, [S.l.], n. 6, 1966. p. 10-11.

⁸ *Ibid*, p. 14-15.

Uma regra de origem internacional, contudo, pode ser convertida em conteúdo de um a regra de direito interno, ou, melhor dizendo, “reproduzida sob forma modificada”, cujo conteúdo não é o mesmo. Assim, a publicação de um tratado internacional pelo governo de um Estado não tem por efeito atribuir ao tratado sua validade interna. O tratado internacional continua sendo tratado internacional, ainda quando seja publicado em jornal oficial. Não é o tratado, é a norma estatal, criada talvez pelo simples meio de publicação do tratado, que é obrigatória para os súditos do Estado, e não o tratado internacional em si.

Posteriormente, Kelsen, enquanto principal expoente da corrente monista, e em crítica aos pensamentos de Triepel, atenta ao fato de que afirmar que o direito interno e internacional decorrem de duas fontes distintas implicaria em negar a natureza jurídica do direito internacional, reduzindo-o a uma espécie de moral ou direito natural. Assim, do ponto de vista dualista, não se poderia nem mesmo falar de um “Direito Internacional”.

Além disso, o dualismo implica também na negação do caráter jurídico dos Estados estrangeiros, pois uma única ordem estatal seria realmente válida. Qualquer outro sistema – seja ele o direito internacional ou outra ordem estatal – não poderia ser igualmente uma ordem obrigatória. É, na visão de Kelsen, uma espécie de “egotismo”.

Seguindo sua crítica à doutrina dualista, Kelsen afirma que, na base da ideia de que os dois direitos são aplicados a objetos distintos – ou seja, que o direito interno regula as relações entre os indivíduos e dos indivíduos com o Estado, e que o direito internacional regula as relações entre os Estados – encontra-se um conjunto de erros. Isso porque não existem dois objetos diferentes de regulamentação jurídica. Afinal, no fundo, relações entre o Estado e os indivíduos ou entre os Estados são apenas relações jurídicas entre indivíduos, cujas obrigações ou direitos são imputados ao Estado.

Tecidas tais críticas, o autor apresenta as duas vertentes da construção monista, sendo elas aquela com primazia do direito interno, e aquela com primazia do Direito Internacional. No que diz respeito à primeira, Kelsen explica que o direito interno e o direito internacional derivam da mesma fonte, que é a vontade do Estado. Assim, o direito internacional é simplesmente uma parte da ordem estatal que regulamenta as relações do Estado considerado com os outros Estados.

Quanto à segunda vertente, o autor discorre que se os Estados são iguais em direito e possuem o mesmo valor na ordem internacional, isso implica em dizer que acima dos Estados existe uma ordem jurídica que delimita seu domínio de validade, proibindo qualquer intervenção no domínio uns dos outros ou estabelecendo no mínimo certas condições, não reconhecendo em nenhum deles uma superioridade de qualquer direito. Implica, portanto, na

primazia do direito internacional. Para que o direito internacional seja um verdadeiro direito, deve possuir uma validade objetiva, isto é, independente da vontade dos sujeitos obrigados, e, portanto, suas normas não são estabelecidas e não podem ser anuladas da mesma forma que aquelas do direito interno, pela vontade do Estado. Ou seja, o direito internacional é necessariamente superior ao direito interno e a ordem jurídica interna é obrigatoriamente parte integrante da ordem jurídica internacional.

Apesar da tradicionalidade e antiguidade das supramencionadas teorias, as mesmas não estão imunes à crítica. Afinal, o contexto que alimentava o monismo e o dualismo mudou, e esta mudança traz consigo a necessidade de pensar uma nova forma de compreender o assunto⁹, especialmente diante dos novos anseios do contexto jurídico atual, permeado pela pluralidade de tribunais internacionais, expansão qualitativa e quantitativa do Direito Internacional, interconexão das ordens jurídicas estatais em matéria de direitos fundamentais e separação de poderes¹⁰.

Assim, o surgimento de novos atores internacionais, de regimes jurídicos transnacionais e mesmo de processos de supranacionalidade, acaba tornando insuficiente as teorias que partem de um paradigma hierárquico, subjugando determinada ordem jurídica a outra, de maneira linear e vertical, sem que haja a possibilidade de uma análise horizontal e em rede¹¹.

Nesse panorama, a doutrina contemporânea vem apresentando novas formas de observar a relação do fenômeno constitucional das ordens estatais com a ordem jurídica internacional, em decorrência da compreensão tardia dos efeitos da descentralização da sociedade sobre o sistema jurídico estatal¹². São as chamadas teorias heterárquicas, as quais, em rápida síntese, negam a primazia a qualquer tipo de ordem, exigindo uma convivência interdependente entre os ordenamentos envolvidos em determinado conflito normativo¹³.

A primeira delas a ser aqui descrita é a do Estado constitucional cooperativo, termo cunhado por Peter Häberle em obra de mesmo nome. Segundo o autor, tal Estado seria aquele que encontra a sua identidade no Direito Internacional, no entrelaçamento das relações

⁹ ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea. Zombis Vs. Frankenstein: Sobre las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno. **Estudios Constitucionales**, a. 14, n. 1, p. 15-60, 2016. P. 17.

¹⁰ LOPES FILHO, Francisco Camargo Alves; MOREIRA, Thiago Oliveira. Transconstitucionalismo, direito internacional e direito interno: uma nova forma de enxergar a moldura jurídica de Kelsen?. **Revista FIDES**, v. 11, n. 2, p. 154-176, 2021. p. 155.

¹¹ *Ibid*, p. 155.

¹² BORGES, Thiago Carvalho. **Relação heterárquica entre o direito internacional e o direito interno dos Estados**. 300 f. 2020. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020. p. 191.

¹³ LOPES FILHO; MOREIRA, *op. cit*, p. 155.

internacionais e supranacionais, na percepção da cooperação e na responsabilidade internacional, bem como no campo da solidariedade¹⁴.

O Estado Constitucional Cooperativo¹⁵ quebra, portanto, com a diferenciação rígida entre “interno” e “externo”, a primazia do direito interno ou internacional, e o monopólio das fontes do direito, desenvolvendo, assim, um direito comum de cooperação, em que há efeito recíproco entre relações externas e ordem constitucional nacional¹⁶. Todavia, o próprio Häberle admite que tal modelo de Estado ainda está em processo de desenvolvimento, não sendo um objetivo alcançado, mas sim um caminho a ser percorrido¹⁷.

A segunda teoria heterárquica a ser exposta é a do pluralismo constitucional, o qual parte da ideia de que o sistema internacional não tem supremacia sobre os sistemas nacionais, e, portanto, deve interagir em termos de igualdade com os mesmos¹⁸. Dessa forma, existiriam diversas ordens jurídicas aplicáveis a um mesmo problema, sem que haja um mecanismo claro de hierarquia ou preferência que estabeleça se deve prevalecer as interpretações das cortes nacionais ou das internacionais, devendo essas, na verdade, estabelecer um diálogo a fim de criar uma visão debatida e compartilhada¹⁹.

A teoria do constitucionalismo multinível²⁰, por sua vez, parte de bases semelhantes à do pluralismo constitucional, no sentido de que reconhece que todos os níveis compõem o mesmo sistema e se articulam entre si, importando mais como se protege os direitos sob tutela do que o *locus* ou a fonte de onde deriva a proteção²¹. A isto se soma a ideia de “governança multinível”, que implica um processo de integração no qual a mesma matéria se sujeita, de

¹⁴ HÄBERLE, Peter. **Estado constitucional cooperativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 4.

¹⁵ Para um estudo sobre o tema, *vide*: MOREIRA, Thiago Oliveira. **A Abertura do Estado ao Direito Internacional e a Jurisdição Cooperativa: uma análise a partir do pensamento de Peter Häberle**. In.: MENEZES, Wagner (Org.). *Direito Internacional em Expansão. Anais do XIV CBDI*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016, p. 40 – 59.

¹⁶ *Ibid*, p. 12.

¹⁷ *Ibid*, p. 70.

¹⁸ URUEÑA, René. Luchas locales, cortes internacionales: una exploración de la protección multinivel de los derechos humanos en América Latina. **Revista Derecho del Estado**, [S.l.], n. 30, p. 301-328, 2013. p. 315.

¹⁹ *Ibid*, p. 317.

²⁰ Para um estudo sobre o tema, *vide*: GURGEL, Yara Maria Pereira LINS, Ricardo Galvão de Sousa; MOREIRA, Thiago Oliveira. **O Constitucionalismo Multinível de Ingolf Pernice: uma análise de pontos e contrapontos**. In.: Cadernos de Direito Actual, N° 15, 2021, p. 186 - 203.

²¹ CONCI, Luiz Guilherme Arcaro; VÉRAS, Gustavo Rodrigues. Constitucionalismo multinível, sistema heterárquico e diálogo entre cortes no constitucionalismo latino-americano. **Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos**, [S. l.], v. 14, n. 2, p. 180–202, 2023. p. 196.

maneira simultânea, à regulamentação adotada por instituições a nível subnacional, nacional e supranacional²².

Já a teoria da interconstitucionalidade, levando em conta a concorrência, convergência, justaposição e conflito de várias constituições e de vários poderes constituintes no mesmo espaço político, propõe uma forma específica de interorganização política e social que possa unificar dentro do campo do constitucionalismo, uma ou várias cartas que convirjam na tutela dos Estados envolvidos²³. Nesse panorama, em sua obra “Brancosos e interconstitucionalidade”, Canotilho²⁴ elenca enquanto os elementos básicos de tal teoria a (i) autodescrição e autossuficiência nas constituições nacionais; (ii) caráter inter organizativo; (iii) interculturalidade; (iv) interparadigmaticidade constituinte; e (v) intersemioticidade constitucional²⁵.

O transconstitucionalismo, por seu turno, é caracterizado como uma relação transversal permanente entre ordens jurídicas em torno de problemas constitucionais comuns, como é o caso das questões que envolvem os direitos fundamentais e direitos humanos, por exemplo²⁶. Todavia, não se trata de pregar a ideia de um “Estado Mundial” ou de uma “Constituição Mundial”, mas sim que as ordens estatais, internacionais e supranacionais dialoguem pelas suas próprias decisões²⁷.

Por fim, o diálogo interjurisdiccional, que também parte de uma concepção jurídica heterárquica, corresponde à interação entre tribunais para além dos limites territoriais dos Estados, desencadeada entre juízes e tribunais nacionais, regionais, supranacionais e internacionais ou entre tribunais internacionais – tanto regionais quanto supranacionais²⁸. Tal diálogo, nesse cenário, deve ser incentivado de modo a evitar que as cortes, tanto domésticas quanto internacionais, tornem-se ilhas, bem como para reforçar o arcabouço de

²² URUEÑA, *op cit*, p. 303.

²³ RESENDE, Carlos Alberto. **Inter e transconstitucionalismo**: a análise transversal no Supremo Tribunal Federal. 151f. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito Público) - Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2011. p. 24.

²⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Brancosos e interconstitucionalidade**: Itinerários dos Discursos sobre a Historicidade Constitucional. 2^a ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 268-279.

²⁵ Para um estudo do tema no Brasil, *vide*: MAGALHÃES, Daniel; MOREIRA, Thiago Oliveira. **A (possível) relação interconstitucional entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito brasileiro a partir da teoria da Interconstitucionalidade**. In.: ALVES, Fabrício et. al. (Orgs.). Direito aplicado: inovação e sociedade. Vol. 2. Natal: Polimátia, 2023, p.160–180.

²⁶ RIBEIRO, Daniela Menegotti; ROMANCINI, Malu. A teoria da interconstitucionalidade: uma análise com base na América Latina. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 12, n. 2, 2015 p. 159-174. p. 165.

²⁷ PEREIRA, Ricardo Diego Nunes. O Transconstitucionalismo: Atualidades Constitucionais. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**, [S.I.], n. 68, p. 231-237, 2018. p. 234.

²⁸ FERREIRA, Carlos Wagner Dias. **Diálogo transjudicial dos direitos humanos fundamentais**: sistema único de proteção judicial dos direitos humanos fundamentais. 2019. 400 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Direito Público, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2019. p. 165.

fundamentação das decisões judiciais, tornando-as cada vez mais democráticas e direcionadas à preservação de direitos humanos²⁹.

Esta breve exposição das teorias heterárquicas – a qual não pretende, em nenhum momento, exaurir os fundamentos de cada uma – evidencia o quanto limitadas são as discussões referentes à relação entre Direito Internacional e direito interno, quando estas se restringem à dicotomia dualismo/monismo. Em verdade, apesar dessas duas correntes teóricas tradicionais serem aquelas adotadas pela maioria expressiva dos autores brasileiros, estas se mostram muitas vezes incapazes de responder à complexidade do Direito Internacional contemporâneo, em função da sua debilidade descritiva e das insuficientes prescrições para a solução dos atuais conflitos normativos, caracterizados pelo distanciamento de soluções hierárquicas³⁰.

Tendo esses aspectos em vista, a próxima seção deste trabalho se dedicará a analisar como o ordenamento jurídico brasileiro se posiciona quanto à relação entre o Direito Internacional e o direito doméstico, tanto em seu texto constitucional quanto no pronunciamento de seus tribunais.

3 A APLICAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL NA ORDEM INTERNA BRASILEIRA

A opção por quaisquer das teorias apresentadas no capítulo anterior depende do sistema constitucional de cada país, e esta opção, por sua vez, depende da consideração que faça este país sobre a conveniência de preservar sua soberania íntegra³¹. A princípio, essa opção deverá ser feita a nível constitucional, pois o poder constituinte, em qualquer Estado, é o precípua detentor da soberania.

Com efeito, a interação entre a Constituição e o Direito Internacional é inevitável no atual cenário de globalização, cabendo aos Estados não mais apenas estabelecer como matérias essenciais as Constituições a organização política, a separação dos poderes e a

²⁹ PINTO, Maira Arcoverde Barreto; CLEMENTINO, Marco Bruno Miranda. O diálogo interjurisdicional e a efetivação dos direitos humanos à proteção de dados e à autodeterminação. **Revista FIDES**, v. 15, n. 1, p. 175-196, 1 jul. 2024. p. 12.

³⁰ MAGALHÃES, Breno Baía. **Pluralismo constitucional interamericano:** a leitura plural da constituição de 1988 e o diálogo entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. 2015. 385f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Pará, Instituto de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Belém, 2015. p. 22-23.

³¹ BAHIA, Saulo José Casali. Relações do Direito Internacional com o direito interno. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, Brasília, v. 8, n. 3, p. 51-82, 1996. p. 58.

proteção dos direitos fundamentais, mas também utilizarem-nas como instrumento de acoplamento da ordem interna para com a externa³².

Nesse cenário, a Constituição brasileira, ainda que seja criticada por ser muito analítica, repetitiva e alçar ao nível constitucional matérias, em princípio, de lei ordinária, deixou de disciplinar a relação entre direito interno e direito internacional, criando uma lacuna pouco compreensível para os dias de hoje³³.

Assim, por muitos anos não foi consenso o sistema adotado no Brasil em relação ao Direito Internacional e interno, de modo que, até pouco tempo, os juristas e doutrinadores debatiam sobre a qual teoria o Brasil se filiava³⁴. A maior parte da doutrina nacional, contudo, sustenta que o Estado brasileiro adota uma espécie de “dualismo moderado”, uma vez que os compromissos internacionais só geram efeitos se recepcionados por figuras normativas que respeitem o processo legislativo constitucional³⁵. O caráter moderado, nesse sentido, advém da desnecessidade de repetir o conteúdo do tratado internacional em uma lei proveniente da ordem jurídica interna³⁶.

Tal alinhamento, todavia, não foi delineado no texto constitucional, mas sim por meio de julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em 1971³⁷, por meio do qual a Corte pacificou o entendimento de que para aplicação de um tratado internacional não seria necessária à repetição de seu conteúdo em uma lei ordinária, sendo apenas indispensável um procedimento legislativo que culminasse com a ratificação e posterior promulgação do tratado pelo Presidente da República³⁸.

Quando se desvia o olhar para a hierarquia assumida pelos tratados internacionais no ordenamento jurídico interno brasileiro, mais especificamente, depara-se com uma estrutura escalonada, com subdivisões que não existem no âmbito internacional³⁹. A partir da Emenda

³² MOREIRA, Thiago Oliveira. **A aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos pela jurisdição brasileira.** Natal/RN: EDUFRN, 2015.p. 84.

³³ ROSSI, Juliano Scherner. A operação interna dos tratados internacionais. **Revista da ESMESC**, [S.l.], v. 21, n. 27, p. 325-352, 2014. p. 326.

³⁴ SILVA, D. E. Análise da relação do direito internacional e direito interno brasileiro. **Revista Conexão na Amazônia** , [S. l.], v. 3, n. 2, p. 59–75, 2023. p. 72.

³⁵ RESENDE, Carlos Alberto. **Inter e transconstitucionalismo:** a análise transversal no Supremo Tribunal Federal. 151f. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito Público) - Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2011. p. 46.

³⁶ MOREIRA, Thiago Oliveira. **A aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos pela jurisdição brasileira.** Natal/RN: EDUFRN, 2015. p. 156.

³⁷ Brasil. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 71.154/PR.** Relator: Min. Oswaldo Trigueiro. Brasília, 04/08/1971. Publicado em 25/08/1971.

³⁸ *Ibid*, p. 156.

³⁹ BICHARA, Jahyr-Philippe; ROCHA, Isly Queiroz Maia. A relação entre o direito internacional e o direito brasileiro: algumas considerações numa perspectiva Kelseniana. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, [S. l.], v. 124, p. 169-188, 2021. p. 177.

Constitucional nº 45/2004, os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, passaram a ser equivalentes às emendas constitucionais⁴⁰. Já os tratados de direitos humanos aprovados antes da citada emenda, bem como aqueles que não alcançaram o supramencionado quórum, possuem status supralegal, isto é, acima das normas infraconstitucionais, mas abaixo da Constituição, conforme entendimento do STF⁴¹. Os tratados internacionais que versam sobre direito tributário, por seu turno, também possuem um status diferenciado por força de disposição expressa do art. 98 do Código Tributário Nacional, o qual prevê que “Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha”.

Os demais tratados, por sua vez, conservam status de legislação infraconstitucional, conforme delineado pelo STF no julgamento do Recurso Extraordinário 80.004/SE, em 1977. Tratava-se, no caso, de um conflito envolvendo a Lei Uniforme de Genebra sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias, que entrou em vigor com o Decreto nº 57.663 de 1966, e uma lei interna posterior, o Decreto-lei nº 427 de 1969. Prevaleceu, ao final do julgamento, a norma nacional, valendo-se o STF da regra *lex posterior derogat priori*, de modo se estabeleceu assim a tese da paridade normativa entre lei interna e tratado internacional, com a utilização do critério cronológico para a resolução dos conflitos entre leis internas e tratados internacionais⁴².

O referido julgamento é considerado pela doutrina o *leading case* da jurisprudência brasileira na adoção do monismo (ou dualismo) moderado. Na prática, contudo, a classificação do ordenamento brasileiro desta maneira carece de sentido teórico, uma vez que não é mais possível afirmar que as soluções para os conflitos entre fontes internas e internacionais sejam decorrências naturais e obrigatórias da adoção de uma ou outra concepção⁴³. Ao fim e ao cabo, a classificação do sistema brasileiro como monista moderado ou dualista moderado parece indicar o mesmo significado, apesar de que, pela diversidade de critérios, estar-se-ia a comparar “bananas com maçãs”, de acordo com Binenbojm⁴⁴.

⁴⁰ Brasil. **Constituição Federal de 1988**. Brasília: Senado Federal, 1998. Art. 5º, § 3º.

⁴¹ Brasil. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 466.343/SP**. Relator: Min. Cézar Peluso. Julgado em 03/12/2008.

⁴² KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. Hierarquia dos tratados internacionais em face do ordenamento jurídico interno: um estudo sobre a jurisprudência do STF. **Revista da Esmafe**, [S.l.], p. 145-164, 2007. p. 151.

⁴³ BINENBOJM, Gustavo. Monismo e dualismo no Brasil: uma dicotomia afinal irrelevante. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 9, 2000. p. 181.

⁴⁴ *Ibid*, p. 182.

A afirmação de que o Brasil adota um sistema monista moderado também se revela incorreta quando analisada do ponto de vista de que não apenas tratados são fontes do direito internacional, mas também os costumes e os princípios gerais de direito, nos termos do art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça⁴⁵, o qual é tradicionalmente reconhecido como o rol exemplificativo das fontes de Direito Internacional⁴⁶. Nesse sentido, considerando-se que não há nenhuma exigência legal de transformação das normas internacionais não escritas em lei especial de direito interno para que possam valer a nível doméstico, e nem tampouco entendimento jurisprudencial que assim imponha, percebe-se que o comportamento monista/dualista moderado do Estado brasileiro no que tange à aplicação dos tratados não é o mesmo quando se fala de outras fontes do Direito Internacional. Desse modo, seria reducionista – para dizer o no mínimo – rotular o Brasil como um país monista/dualista moderado, quando a conduta do Estado é diferente a depender da fonte jurídica internacionalista considerada.

Destarte, percebe-se que a sociedade internacional passa a exigir novos instrumentos jurídicos que possibilitem uma resposta efetiva à regulamentação de uma ordem mundializada e mais integrada, o que o Direito Internacional clássico, da forma que foi concebido, não consegue mais dar, alterando a relação e a forma de aplicação do Direito Internacional pelos Estados e a relação jurídico-normativa entre o Direito Internacional e o Direito Interno⁴⁷.

Nessa tela, vários são os autores que propõe uma superação do citado paradigma monista/dualista, tendo em conta que o desenvolvimento do Direito Internacional, sua institucionalização e seus novos atores exigem que os princípios vetores do constitucionalismo sejam observados também nessa esfera internacionalista. Assim, os países são levados a gradualmente se abrirem para o Direito Internacional e a fortalecerem e se harmonizarem com múltiplos ordenamentos em diferentes planos⁴⁸.

Ramalho⁴⁹, por exemplo, otimisticamente acredita que é viável que a teoria do Estado Constitucional Cooperativo de Peter Häberle deixe de ser uma mera possibilidade e se torne uma realidade. Porém, entende que, para tanto, é preciso que o Estado Constitucional

⁴⁵ Brasil. Decreto nº 19.841, de 22 de outubro de 1945. Promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência da Organização Internacional das Nações Unidas. [S.l.], 1945.

⁴⁶ PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado**. 2. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2010. p. 69.

⁴⁷ MENEZES, Wagner. O direito internacional contemporâneo e a teoria da transnormatividade. **Revista Pensar**, Fortaleza, v. 12, p. 134-144, 2007. p. 142-143.

⁴⁸ CARVALHAL, Ana Paula Zavarize. **Constitucionalismo em tempos de globalização**: a soberania nacional em risco?. 2014. 305f. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. p. 245-246.

⁴⁹ RAMALHO, Alex Saito. **O direito à segurança na era virtual**: as implicações no Direito Constitucional. 2017. 201f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017. p. 148.

Cooperativo tenha como fórmula básica um modelo de concretização da Constituição no plano da jurisdição constitucional (aliado à concretização no âmbito dos poderes legislativo e executivo) que busque o diálogo entre Cortes Constitucionais com utilização do Direito Constitucional Comparado e, principalmente, encontre fórmulas de ressonância das decisões das Cortes Internacionais no plano interno.

Como se trata de algo ainda em construção, várias doutrinas se desenvolvem, algumas com características muito semelhantes, mas com nomes distintos, na tentativa de explicar e, assim, orientar o caminho a ser seguido⁵⁰. É o campo do direito pós-nacional, transnacional, das constituições em rede, do interconstitucionalismo, do constitucionalismo multinível e do transconstitucionalismo, todas partindo de um mesmo pressuposto, que é a pluralidade de ordenamentos jurídicos⁵¹. Nesse cenário, os juízes estão assumindo, cada vez mais, a tarefa de construir as formas de relacionamento e harmonização entre os diferentes ordenamentos jurídicos e, assim, moldando as formas como os próprios planos se relacionam e dividem o poder.

Tecidos tais comentários gerais acerca da aplicação do Direito Internacional e o direito interno no Brasil, a próxima seção deste trabalho passará a focar numa fonte específica do Direito Internacional, isto é, o costume internacional, cujas particularidades demandam um olhar mais atento por parte do pesquisador.

4 A APLICAÇÃO DO COSTUME INTERNACIONAL PELO ORDENAMENTO BRASILEIRO

Conforme se depreende da seção anterior, as discussões relativas à interação entre o Direito Internacional e o direito interno, no Brasil, frequentemente se restringem aos efeitos e hierarquia dos tratados internacionais na ordem interna, ignorando-se, assim, o fato de que as normas internacionais também podem provir de fontes não-escritas, como o costume e os princípios gerais de direito. Afinal de contas, a relação entre o Direito Internacional e o direito interno versa sobre a totalidade do sistema jurídico internacional e nacional – e não sobre nenhuma espécie normativa particular⁵², de modo que qualquer teoria ou debate sobre o assunto deve englobar não apenas as regras convencionais, mas também aquelas de caráter costumeiro e principiológico.

⁵⁰ CARVALHAL, *op. cit.*, p. 246.

⁵¹ CARVALHAL, *op. cit.*, p. 246.

⁵² MALDONADO, Nicolau de Albernaz. **O costume internacional no direito brasileiro**. 2020. 119f. Monografia (Bacharelado em Direito) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2020. p. 37.

Reflexo desse alheamento é o fato de que poucas são as Constituições que disciplinam a aplicação do costume internacional no ordenamento doméstico. Nessa seleta lista de exemplos se encontram a Constituição da África do Sul, que em sua seção 232 confere ao costume internacional efeito vinculante, salvo se inconsistente com a Constituição ou com um ato do Parlamento⁵³; e a Constituição das Filipinas, que em seu art. 2º, seção 2, confere aos princípios gerais de direito internacional efeito direto⁵⁴, os quais são interpretados pela jurisprudência filipina como se referindo aos costumes internacionais⁵⁵.

Entretanto, diferente das mencionadas cartas constitucionais, o Constituinte brasileiro deixou de disciplinar a internalização das normas oriundas de fontes do Direito Internacional diversas dos tratados internacionais, preferindo sempre se referir à negociação, aprovação, incorporação, e ratificação de tratados internacionais, e permanecendo omissa no que tange especificamente a processualística de incorporação do Direito Internacional Consuetudinário⁵⁶. Contudo, em que pese não haja disposição constitucional expressa – e tampouco a legislação aponte quaisquer pistas ou soluções para a questão – tal omissão não impediu que o Supremo Tribunal Federal, bem como outros tribunais pátrios, aplicasse diretamente o costume internacional aos processos internos⁵⁷.

Em verdade, rotineiramente as cortes brasileiras utilizam normas costumeiras na resolução dos casos a elas submetidos, especialmente aqueles que envolvem a regra da imunidade jurisdicional, a qual o Brasil se vincula por força consuetudinária, tendo em vista a inexistência de tratado sobre a matéria do qual o país seja parte, nem tampouco legislação interna que discipline o tema. Sobre o assunto, vale mencionar que, em breve pesquisa realizada no banco de julgados do Tribunal Superior do Trabalho (TST) a partir da palavra-chave “imunidade de jurisdição”, verificou-se que o termo figura num total de 1.195 (um mil cento e noventa e cinco) acórdãos e 522 (quinhentas e vinte e duas) decisões monocráticas, o que demonstra que a inexistência de um processo formal de incorporação não tem obstaculizado a aplicação do costume na prática jurisdicional.

⁵³ No original: “Customary international law is law in the Republic unless it is inconsistent with the Constitution or an Act of Parliament”. Republic of South Africa. **The Constitution of the Republic of South Africa**. Adopted on 8 may 1996 and amended on 11 October 1996.

⁵⁴ No original: “The Philippines [...] adopts the generally accepted principles of international law as part of the law of the land [...].” Republic of the Philippines. **The 1987 Constitution of the Republic of Philippines**.

⁵⁵ CASIS, Rommel J. Domesticating international law: resolving the uncertainty and incongruence. **Philippine Yearbook of International Law**, [S.I.], p. 128-154, 2020. p. 133.

⁵⁶ MOREIRA, Thiago Oliveira. **A aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos pela jurisdição brasileira**. Natal/RN: EDUFRN, 2015. p. 159.

⁵⁷ RAMOS, André de Carvalho. Pluralidade das ordens jurídicas: uma nova perspectiva na relação entre o direito internacional e o direito constitucional. **Revista da Faculdade de Direito da USP**, [S.I.], vl. 106/107, p. 497-524, 2012. p. 506.

Da mesma forma, em pesquisa realizada no banco de julgados do STF a partir das palavras-chave “costume internacional” e da combinação dos termos “costume” e “internacional”, todos os 11 (onze) julgados encontrados não mencionaram qualquer processo formal específico de incorporação das normas costumeiras então em análise,

Ao fim e ao cabo, a única diferença na incorporação do costume, quando em comparação aos tratados, é que aquele é incorporado por via da ação judicial, enquanto este é transformado por meio da ação do executivo e legislativo⁵⁸. De fato, o executivo e o legislativo têm pouquíssimo escopo para evitar ser vinculado ao direito internacional consuetudinário ou para influenciar o conteúdo das obrigações consuetudinárias, de modo não há razão para temer a manipulação executiva do costume como um mecanismo para contornar o parlamento⁵⁹. Da mesma forma, não há razão para pensar que o uso judicial direto de normas consuetudinárias internacionais infringe o domínio do legislativo, pois não há razão fundamental pela qual a incorporação do direito internacional ao direito municipal deva ser considerada uma função legislativa e não judicial⁶⁰.

O principal argumento contra a incorporação direta do direito consuetudinário parece ser sua incerteza, pois pode ser muito difícil para os tribunais nacionais identificarem a existência e os contornos da regra consuetudinária⁶¹. No entanto, tal incerteza não pode ser um obstáculo fatal, pois quase todos os países do mundo aplicam diretamente o direito consuetudinário, cabendo ao juiz a tarefa de verificar o conteúdo de uma regra de direito consuetudinário, seja por meio do recurso a decisões judiciais, tratados, doutrina ou legislação interna de outros Estados⁶².

Tal aplicabilidade imediata do costume no ordenamento brasileiro, consoante já confirmado pela jurisprudência, mostra-se consistente com o próprio caráter das normas internacionais costumeiras. Afinal de contas, diferentemente dos tratados, os Estados não podem escolher se irão se vincular a determinado costume ou não, e tampouco necessitam de qualquer ato formal para que concordem com uma regra consuetudinária emergente.

Com efeito, uma norma costumeira pode surgir mesmo quando muitos ou mesmo a maioria dos Estados não fazem “nada”, uma vez que se entende que as nações “aceitam

⁵⁸ CASIS, *op. cit*, p. 136.

⁵⁹ DONAGHUE, Stephen. Balancing sovereignty and international law: the domestic impact of international law in Australia. *Adelaide Law Review*, [S.l.], v. 17, p. 213-267, 1995. p. 261.

⁶⁰ *Ibid*, p. 261.

⁶¹ *Ibid*, p. 261.

⁶² *Ibid*, p. 261.

tacitamente”, sendo seu consentimento inferido do silêncio⁶³. Esta formulação reflete um compromisso normativo para facilitar a criação de regras legais que se apliquem a todas as nações, aspecto este que diferencia, em mais um ponto, os costumes dos tratados, haja vista que estes somente alcançam a universalidade, se é que alcançam, após décadas de árdua ratificação país por país⁶⁴.

Dessa forma, considerando o protagonismo dos julgadores na identificação e aplicação do costume internacional, emerge a necessidade de os órgãos jurisdicionais internos transformarem o manejo de normas internacionais em uma prática mais corriqueira, especialmente em casos que envolvam direitos humanos. Assim, mais do que a simples aplicação de tratados e costumes internacionais, os juízes devem utilizá-los como ferramentas de interpretação do direito interno, o que torna imperioso o conhecimento sólido do Direito Internacional, incluindo-se aí os entendimentos das cortes e tribunais internacionais⁶⁵.

Nesse cenário, as teorias heterárquicas acerca da interação entre Direito Internacional e direito interno podem ser de grande valia, especialmente no processo de identificação e delimitação das normas costumeiras. Sabe-se, afinal, que por suas particularidades, o costume é muito mais difícil de ser aplicado em comparação às normas escritas, posto que, diferentemente de um tratado, via de regra é necessário provar sua existência e vigência por meio da demonstração da presença dos seus dois elementos constitutivos – isto é, a prática geral, uniforme e reiterada, e a percepção de que tal prática é obrigatória⁶⁶.

Em que pese tal processo de identificação carregue consigo certa complexidade, essa tarefa pode ser facilitada, por exemplo, a partir da compreensão e aplicação do diálogo interjurisdiccional, já explicado em brevidade na primeira sessão deste trabalho. Por meio dele, os juízes poderiam verificar como – e se – outros tribunais já reconheceram ou deixaram de reconhecer determinada prática geral como costume, incorporando, alargando ou refutando sentidos construídos e sedimentados em precedentes judiciais estrangeiros proferidos anteriormente⁶⁷. Além disso, as próprias decisões judiciais podem servir como prova da

⁶³ HELFER, Laurence R.; WUERTH, Ingrid B. Customary International Law: An Instrument Choice Perspective. *Michigan Journal of International Law*, [S.l.], v. 37, n. 4, p. 563-609, 2016. p. 570.

⁶⁴ *Ibid*, p. 570.

⁶⁵ MOREIRA, Thiago Oliveira. **A aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos pela jurisdição brasileira**. Natal/RN: EDUFRN, 2015. p. 219.

⁶⁶ MALDONADO, Nicolau de Albernaz. **O costume internacional no direito brasileiro**. 2020. 119f.

Monografia (Bacharelado em Direito) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2020. p. 42.

⁶⁷ FERREIRA, Carlos Wagner Dias. **Diálogo transjudicial dos direitos humanos fundamentais:** sistema único de proteção judicial dos direitos humanos fundamentais. 2019. 400 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Direito Público, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2019. p. 193.

prática de determinados Estados para fins de comprovação do elemento material do costume internacional.

Nesse quadro, vale citar que a Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas (CDI), em seu *Draft conclusions on identification of customary international law*, reconhece explicitamente que

Decisões de cortes e tribunais sobre questões de direito internacional, em particular aquelas decisões nas quais a existência de regras de direito internacional consuetudinário é considerada e tais regras são identificadas e aplicadas, podem oferecer orientação valiosa para determinar a existência ou não de regras de direito internacional consuetudinário. O valor de tais decisões varia muito, no entanto, dependendo tanto da qualidade do raciocínio (incluindo principalmente a extensão em que resulta de um exame completo de evidências de uma suposta prática geral aceita como lei) quanto da recepção da decisão, em particular pelos Estados e na jurisprudência subsequente. Outras considerações podem, dependendo das circunstâncias, incluir a natureza do tribunal ou corte; o tamanho da maioria pela qual a decisão foi adotada; e as regras e os procedimentos aplicados pelo tribunal ou corte [...]⁶⁸.

Nesse panorama, é interessante perceber que as observações feitas pela CDI quanto à identificação do costume internacional a partir de decisões judiciais refletem, em substância, algumas daquelas levantadas por Ferreira⁶⁹ ao tratar da teoria do diálogo interjurisdicional, o que reforça, até certo ponto, como a compreensão das teorias heterárquicas de relação entre o Direito Internacional e o direito interno pode auxiliar na adequada identificação e aplicação das normas costumeiras internacionais.

5 CONCLUSÃO

Com base no que foi apresentado, resta evidente que as normas costumeiras internacionais, ao contrário das normas convencionais, não requerem qualquer procedimento formal de incorporação para que sejam válidas e eficazes no direito brasileiro, de modo que

⁶⁸ No original: “*Decisions of courts and tribunals on questions of international law, in particular those decisions in which the existence of rules of customary international law is considered and such rules are identified and applied, may offer valuable guidance for determining the existence or otherwise of rules of customary international law. The value of such decisions varies greatly, however, depending both on the quality of the reasoning (including primarily the extent to which it results from a thorough examination of evidence of an alleged general practice accepted as law) and on the reception of the decision, in particular by States and in subsequent case law. Other considerations might, depending on the circumstances, include the nature of the court or tribunal; the size of the majority by which the decision was adopted; and the rules and the procedures applied by the court or tribunal [...]*”. International Law Commission. *Draft conclusions on identification of customary international law, with commentaries. Yearbook of the International Law Commission*, v. II, 2018. p. 149.

⁶⁹ FERREIRA, *op. cit.*, p. 165-265.

sua incorporação se dá por via judicial, a partir da identificação e delineamento da regra consuetudinária pelo magistrado à luz do caso concreto.

Nesse contexto, constatou-se que o recurso às teorias heterárquicas de relação entre o Direito Internacional e o direito interno podem ser de grande valia ao julgador quando este se depara com uma possível norma costumeira, tendo em vista deverá se valer do comportamento e interpretação levado a termo por outros tribunais, ordens jurídicas e instituições a fim de verificar, com o devido zelo, a existência dos dois elementos formadores do costume internacional.

Por fim, a título de observação, importa frisar que a análise aqui desenvolvida das teorias hierárquicas e heterárquicas de relação entre o Direito Internacional e o direito interno não pretendeu ser exaustiva. Pelo contrário, buscou-se tão somente trazer aspectos gerais e sintéticos de cada uma das teorias, sem se aprofundar nas críticas de cada autor, tendo em vista que o objetivo se restringia a apresentar as bases teóricas conceituais que serviriam de fundamento para o restante do estudo em foco.

REFERÊNCIAS

ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea. Zombis Vs. Frankenstein: Sobre las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno. **Estudios Constitucionales**, a. 14, n. 1, p. 15-60, 2016.

BAHIA, Saulo José Casali. Relações do Direito Internacional com o direito interno. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, Brasília, v. 8, n. 3, p. 51-82, 1996.

BICHARA, Jahyr-Philippe; ROCHA, Isly Queiroz Maia. A relação entre o direito internacional e o direito brasileiro: algumas considerações numa perspectiva Kelseniana. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, [S. l.], v. 124, p. 169-188, 2021.

BINENBOJM, Gustavo. Monismo e dualismo no Brasil: uma dicotomia afinal irrelevante. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 9, 2000.

BORGES, Thiago Carvalho. **Relação heterárquica entre o direito internacional e o direito interno dos Estados**. 300 f. 2020. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020. p. 191.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 71.154/PR**. Relator: Min. Oswaldo Trigueiro. Brasília, 04/08/1971. Publicado em 25/08/1971.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 466.343/SP**. Relator: Min. Cézar Peluso. Julgado em 03/12/2008.

Brasil. **Constituição Federal de 1988**. Brasília: Senado Federal, 1998.

Brasil. **Decreto nº 19.841**, de 22 de outubro de 1945. Promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência da Organização Internacional das Nações Unidas. [S.l.], 1945.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Branços e interconstitucionalidade**: Itinerários dos Discursos sobre a Historicidade Constitucional. 2^a ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 268-279.

CARVALHAL, Ana Paula Zavarize. Constitucionalismo em tempos de globalização: a soberania nacional em risco?. 2014. 305f. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. p. 245-246.

CASIS, Rommel J. Domesticating international law: resolving the uncertainty and incongruence. **Philippine Yearbook of International Law**, [S.l.], p. 128-154, 2020.

CONCI, Luiz Guilherme Arcaro; Véras, Gustavo Rodrigues. Constitucionalismo multinível, sistema heterárquico e diálogo entre cortes no constitucionalismo latino-americano. **Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos**, [S. l.], v. 14, n. 2, p. 180–202, 2023. p. 196.

DONAGHUE, Stephen. Balancing sovereignty and international law: the domestic impact of international law in Australia. **Adelaide Law Review**, [S.l.], v. 17, p. 213-267, 1995.

FERREIRA, Carlos Wagner Dias. **Diálogo transjudicial dos direitos humanos fundamentais**: sistema único de proteção judicial dos direitos humanos fundamentais. 2019. 400 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Direito Público, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2019.

GURGEL, Yara Maria Pereira LINS, Ricardo Galvão de Sousa; MOREIRA, Thiago Oliveira. **O Constitucionalismo Multinível de Ingolf Pernice: uma análise de pontos e contrapontos**. In.: Cadernos de Direito Actual, N° 15, 2021, p. 186 - 203.

HÄBERLE, Peter. **Estado constitucional cooperativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 4.

HELPFER, Laurence R.; WUERTH, Ingrid B. Customary International Law: An Instrument Choice Perspective. **Michigan Journal of International Law**, [S.l.], v. 37, n. 4, p. 563-609, 2016.

International Law Commission. Draft conclusions on identification of customary international law, with commentaries. **Yearbook of the International Law Commission**, v. II, 2018.

KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. Hierarquia dos tratados internacionais em face do ordenamento jurídico interno: um estudo sobre a jurisprudência do STF. **Revista da Esmafe**, [S.l.], p. 145-164, 2007. p. 151.

LOPES FILHO, Francisco Camargo Alves; MOREIRA, Thiago Oliveira. Transconstitucionalismo, direito internacional e direito interno: uma nova forma de enxergar a moldura jurídica de Kelsen?. **Revista FIDES**, v. 11, n. 2, p. 154-176, 2021. p. 155.

MAGALHÃES, Breno Baía. **Pluralismo constitucional interamericano:** a leitura plural da constituição de 1988 e o diálogo entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. 2015. 385f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Pará, Instituto de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Belém, 2015.

MAGALHÃES, Daniel; MOREIRA, Thiago Oliveira. **A (possível) relação interconstitucional entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito brasileiro a partir da teoria da Interconstitucionalidade.** In.: ALVES, Fabrício et. al. (Orgs.). Direito aplicado: inovação e sociedade. Vol. 2. Natal: Polimati, 2023, p.160–180.

MALDONADO, Nicolau de Albernaz. **O costume internacional no direito brasileiro.** 2020. 119f. Monografia (Bacharelado em Direito) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2020.

MAZZUOLI, Valério. **Curso de direito internacional público.** 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

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

MOREIRA, Thiago Oliveira. **A aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos pela jurisdição brasileira.** Natal/RN: EDUFRN, 2015.

MOREIRA, Thiago Oliveira. **A Abertura do Estado ao Direito Internacional e a Jurisdição Cooperativa: uma análise a partir do pensamento de Peter Häberle.** In.: MENEZES, Wagner (Org.). Direito Internacional em Expansão. Anais do XIV CBDI. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016, p. 40 – 59.

PEREIRA, Ricardo Diego Nunes. O Transconstitucionalismo: Atualidades Constitucionais. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**, [S.l.], n. 68, p. 231-237, 2018.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado.** 2. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2010.

RAMALHO, Alex Saito. **O direito à segurança na era virtual:** as implicações no Direito Constitucional. 2017. 201f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

RAMOS, André de Carvalho. Pluralidade das ordens jurídicas: uma nova perspectiva na relação entre o direito internacional e o direito constitucional. **Revista da Faculdade de Direito da USP**, [S.l.], v1. 106/107, p. 497-524, 2012.

RESENDE, Carlos Alberto. **Inter e transconstitucionalismo:** a análise transversal no Supremo Tribunal Federal. 151f. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito Público) - Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2011.

Republic of South Africa. **The Constitution of the Republic of South Africa.** Adopted on 8 may 1996 and amended on 11 October 1996.7

Republic of the Philippines. **The 1987 Constitution of the Republic of Philippines.**

RIBEIRO, Daniela Menengoti; ROMANCINI, Malu. A teoria da interconstitucionalidade: uma análise com base na América Latina. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 12, n. 2, 2015 p. 159-174.

ROSSI, Juliano Scherner. A operação interna dos tratados internacionais. **Revista da ESMESC**, [S.l.], v. 21, n. 27, p. 325-352, 2014.

SILVA, D. E. Análise da relação do direito internacional e direito interno brasileiro. **Revista Conexão na Amazônia** , [S. l.], v. 3, n. 2, p. 59–75, 2023.

TRIEPEL, Karl Heinrich. As relações entre o direito interno e o direito internacional. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, [S.l.], n. 6, 1966.

URUEÑA, René. Luchas locales, cortes internacionales: una exploración de la protección multinivel de los derechos humanos en América Latina. **Revista Derecho del Estado**, [S.l.], n. 30, p. 301-328, 2013.