

# **XI ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI CHILE - SANTIAGO**

**PROCESSO, JURISDIÇÃO E TEORIAS DA JUSTIÇA**

**CRISTIANO BECKER ISAIA**

**GABRIELA OLIVEIRA FREITAS**

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

**Diretoria - CONPEDI**

**Presidente** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

**Diretora Executiva** - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

**Vice-presidente Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

**Vice-presidente Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

**Vice-presidente Sudeste** - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

**Representante Discente:** Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

**Conselho Fiscal:**

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

**Secretarias**

**Relações Institucionais:**

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

**Comunicação:**

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

**Relações Internacionais para o Continente Americano:**

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

**Relações Internacionais para os demais Continentes:**

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

**Eventos:**

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

**Membro Nato** - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

P963

Processo, Jurisdição e Teorias da Justiça [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Cristiano Becker Isaia; Gabriela Oliveira Freitas – Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-559-1

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: Saúde: Direitos Sociais, Constituição e Democracia na América Latina

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Internacionais. 2. Processo. 3. Jurisdição. XI Encontro Internacional do CONPEDI Chile - Santiago (2: 2022: Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



# XI ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI CHILE - SANTIAGO

## PROCESSO, JURISDIÇÃO E TEORIAS DA JUSTIÇA

---

### **Apresentação**

O XI Encontro Internacional do CONPEDI foi realizado nos dias 13, 14 e 15 de outubro de 2022, na cidade de Santiago no Chile, com a temática “Direitos Sociais, Constituição e Democracia na América Latina”. Após 2 anos de realização dos eventos em ambientes virtuais, finalmente, foi possível retomar à realização deste evento em formato presencial, fato que registramos com grande felicidade, não só por marcar o encerramento de um triste momento histórico, mas também pela grandiosidade dos debates realizados diante da interação pessoal entre Acadêmicos, Mestres e Doutores.

Os artigos apresentados no Grupo de Trabalho “Processo, Jurisdição e Teorias da Justiça” proporcionaram valiosos debates e contribuições teóricas para a pesquisa do Direito Processual, ilustrando o estado da arte do pensamento jurídico-processual atual. A construção do Estado Democrático de Direito e as modificações sociais e tecnológicas da sociedade contemporânea exigem a revisitação de institutos processuais. E, por isso, a partir dos artigos apresentados, verifica-se a grande relevância do estudo da tecnologia alinhada ao Direito Processual, de modo a buscar, na atual sociedade da informação, uma evolução da atividade jurisdicional, em equilíbrio com o acesso à jurisdição e com o devido processo legal. Assim, foram abordadas temáticas como inteligência artificial, virtualização da jurisdição, políticas de informatização, *amicus curiae*, justiça restaurativa, teorias da decidibilidade, dentre outros.

Mesmo após decorridos 6 anos de vigência do Código de Processo Civil de 2015, vê-se que algumas alterações nele trazidas são continuamente objeto de debate, com destaque para a questão dos precedentes e a atuação dos Tribunais Superiores, dentre outros. Nesse passo, foi objeto de destaque deste GT a preocupação dos processualistas com as novidades que emergem no cenário jurídico, seja por construções jurisprudenciais e doutrinárias, como é o caso do processo estrutural, seja por deliberações legislativas, como é o exemplo da desjudicialização da execução civil.

É com satisfação que apresentamos a toda comunidade jurídica os artigos que compuseram o Grupo de Trabalho de “Processo, Jurisdição e Teorias da Justiça” do XI Encontro Internacional do CONPEDI, que certamente será um importante contributo para a pesquisa jurídica.

Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Gabriela Oliveira Freitas

Universidade Fumec

Prof. Dr. Cristiano Becker Isaia

Universidade Federal de Santa Maria

# **RACIONALIDADE E ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA PERANTE AS NORMAS DE JUS COGENS**

## **RATIONALITY AND LEGAL ARGUMENTATION BEFORE JUS COGENS STANDARDS**

**Andréa Arruda Vaz  
Silmara Aparecida de Lima  
Tais Martins**

### **Resumo**

O presente artigo objetiva a investigação acerca da importância da interpretação e argumentação jurídica dentro de parâmetros de racionalidade e coerência. A pesquisa apresenta a interpretação, considerando todo o entorno legal, estrutural, social, ético e cultural da norma, entre outros elementos. Ainda, o artigo apresenta a importância da aplicação de métodos interpretativos para solucionar conflitos a partir de casos concretos e inclusive, considerando o aparato normativo internacional e a existência de normas de jus cogens. A discussão a respeito da inclusão de uma racionalidade na interpretação normativa se constrói a partir da consideração do aparato principiológico e da necessidade de preservar a integridade normativa. Ademais, a norma deve ser interpretada considerando todo o aparato que lhe circunda, de modo a produzir os melhores efeitos, a melhor aplicabilidade, de forma justa e equitativa. Quando o assunto é a norma internacional, os métodos interpretativos assumem um papel ainda mais relevante, ademais, a estrutura normativa internacional, comporta uma complexidade e um aparato estrutural amplo, específico e cuja imperatividade de algumas normas, é reconhecida.

**Palavras-chave:** Palavras-chave: argumentação, Imperatividade, Jus cogens, Princípio, Racionalidade

### **Abstract/Resumen/Résumé**

This article aims to investigate the importance of legal interpretation and argumentation within parameters of rationality and coherence. The research presents the interpretation, considering the entire legal, structural, social, ethical and cultural environment of the standard, among other elements. Still, the article presents the importance of applying interpretative methods to resolve conflicts based on concrete cases and even considering the international normative apparatus and the existence of jus cogens rules. The discussion regarding the inclusion of a rationality in the normative interpretation is built from the consideration of the principiological apparatus and the need to preserve normative integrity. In addition, the standard must be interpreted considering the whole apparatus that surrounds it, in order to produce the best effects, the best applicability, in a fair and equitable manner. When it comes to the international standard, interpretive methods assume an even more relevant role. Moreover, the international normative structure comprises a complexity and a

broad, specific structural apparatus, whose imperativeness of some standards is recognized. The theory of argumentation and normative interpretation is in charge of proposing to the interpreter an analysis considering not only the norm set, but also the objectives for which a given norm was developed, the principiological, social and cultural apparatus that is part of the environment to which such norm is inserted; yet, not disregarding the specific case.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Keywords: argumentation, Imperativity, Jus cogens, Principle, Rationality

## 1. INTRODUÇÃO

O presente artigo, tem como objetivo abordar a questão da argumentação e racionalidade enquanto instrumentos para interpretação da norma, de forma coerente, coesa e cuja sua integridade seja mantida. A pesquisa demonstrará a importância da utilização da interpretação e da argumentação jurídica, dentro de uma racionalidade e partir do caso concreto e uma previsão normativa específica.

No caso em tela, a pesquisa se ocupa de explorar a importância da argumentação e interpretação jurídica como elementos para aplicação da norma internacional e ante a existência das normas de *jus cogens*.

A pesquisa perpassará por uma breve abordagem a respeito das fontes e princípios que regem o Direito Internacional. Ademais, quando se aborda a necessidade de uma interpretação coesa, integrada e cooperativa da norma, tem que se compreender a importância da norma internacional.

O problema de pesquisa se assenta no questionamento a respeito da importância da interpretação e argumentação jurídica racional, coerente e coesa da norma. A argumentação é algo presente no cotidiano, a teoria da argumentação surge no meio jurídico ligada ao meio do discurso, visando questionar e expor fatos. Assim como a necessidade de investigação acerca da imperatividade das normas internacionais e necessidade de resolução de conflito de princípios nas normas internacionais. Em tempo, ainda, a pesquisa busca analisar a importância da interpretação e argumentação jurídica para resolver conflitos normativos no plano da norma internacional e a existência de normas de *jus cogens*. Em síntese, a metodologia utilizada na construção do artigo será a pesquisa bibliográfica, descritiva, exploratória e metodológica.

Para tanto, a revisão bibliográfica fora realizada tanto em literatura nacional quanto em literatura jurídica estrangeira, visto que existe uma escassez de materiais e estudos Brasileiros aprofundados em *jus cogens*. Uma vez que, se busca estabelecer o sentido e o alcance das normas jurídicas, como também compreendê-las de acordo com as situações sociais.

Foram encontrados mais de 40 mil artigos sobre a temática proposta, sendo de sua maioria internacionais. Deste modo, utiliza-se o método de exclusão daqueles que não estavam dentro dos objetivos propostos pelo tema, chegando à inclusão de 150 estudos que estavam dentro da concepção deste artigo.

O primeiro capítulo tratará, de maneira sintetizada, a teoria da argumentação jurídica e sua racionalidade, apresentando a compreensão de reconhecimento da argumentação jurídica. Serão trazidos definições e conceitos que esclareçam, totalmente, a principiologia jurídica da

visão de certos autores. E, finalmente, procura demonstrar a relevância da argumentação jurídica através dos direitos e normas dentro da sociedade.

O segundo capítulo, é responsável pelo estudo das normas de *jus cogens* e sua imperatividade, por tanto, o mesmo foi-se dividido em duas partes: Na primeira parte fora abordado o comparativo da norma internacional e a de *jus cogens* ligadas a sua imperatividade, onde trata de casos em que a Corte reconhece – ou não – as normas de *jus cogens*, entretanto, entende-se que não seria o caso de aplica-las, não limitando os Estados; Por conseguinte, a segunda parte do capítulo abordará casos em que a Corte reconhece a existência das *jus cogens* e emprega, indo de encontro ao poder soberano.

## **2. A racionalidade e argumentação jurídica como instrumentos para interpretação da norma**

Aqui, abordar-se-á a questão da argumentação e racionalidade enquanto instrumentos para interpretação da norma, de forma coerente e cuja sua integridade seja mantida. Para tal “o relevante é notar que o critério é construído argumentativamente, por meio de reflexão e construção teórica metodologicamente regulada” (MACEDO JUNIOR, 2013, p. 206). A construção de uma aplicação da norma coerente, justa e com equidade perpassa pela interpretação metodológica da mesma, de forma a seguir critérios e construir reflexões válidas para aquele caso, a partir da mesma norma.

Assim “o traço distintivo de uma prática argumentativa é justamente o fato de que ela pressupõe a existência de argumentos sobre as próprias práticas” (MACEDO JUNIOR, 2013, p. 206). Ademais, as próprias práticas argumentativas possuem critérios e argumentos que a tornam válidas e racionais dentro de um sistema interpretativo, que integra um emaranhado de normas, regras e princípios sobre determinado elemento jurídico.

Macedo Júnior, citando o pensamento de Dworkin, a respeito da interpretação de práticas jurídicas, menciona que o direito se constitui num fórum de princípios, ou seja, “o espaço de debate político-moral acerca dos temas relevantes para uma comunidade. O exercício do poder político tem como o seu *point* a sua intencionalidade, guiado pelo objetivo de justiça política” (MACEDO JUNIOR, 2013, p. 213). O direito, enquanto espaço de debates políticos-morais enfrentados em determinada comunidade, necessita de uma interpretação racional e pautada em parâmetros que o sustentam, dentro de determinado sistema normativo. E é a partir de tais parâmetros que o direito se utiliza da interpretação das práticas jurídicas relevantes para a comunidade em questão. Ademais, não há razão de ser para o direito, seus



enlaces interpretativos, se não se pressupor a necessidade de concretização de direitos e garantias no seio da sociedade.

Sob tal viés, Moraes explica que as teorias deliberativas contribuem para a formação do debate e para o estabelecimento de uma lógica argumentativa que deve permear o diálogo entre poderes. Para tal é necessário, segundo o autor, que se permita a construção de consensos, se utilizando da argumentação e visando uma interpretação constitucional e também maior efetivação de direitos (MORAES; LEAL, p. 14).

O argumento como instrumento para a construção de consensos, inclusive para fins de estabelecer consensos para a interpretação e aplicação da própria constituição vigente, pois esta necessita, ao final, de uma aplicação efetiva e de impacto na sociedade em que ela vige.

Ainda “na perspectiva da democracia deliberativa, mostra-se relevante desenvolver uma análise acerca dos direitos fundamentais essenciais à cooperação democrática” (MACHADO, p. 2). A interpretação da norma e aplicação do direito ao caso concreto, demandam construções teóricas que para além da harmonia principiológica, congreguem com a democracia e com os direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição. Ademais, a partir de uma argumentação pautada nos direitos e garantias fundamentais ao ser humano, se estabelece conexão imediata com os preceitos democráticos e a promoção de uma sincronia entre a norma, os princípios, e especialmente os relacionados à democracia.

O emaranhado jurídico de uma sociedade deve convergir e guardar uma coerência lógica e sinfônica, seja com a Constituição, seja com as normas internacionais, costumes e outros princípios basilares os quais sustentam uma sociedade juridicamente.

Para aplicação de uma racionalidade jurídica, é importante compreender que “a interpretação é a atividade que procura imprimir uma vontade ao texto a ser interpretado, de modo que esse possa incidir no caso concreto” (SOUZA, p. 2). Não obstante a interpretação por si só não seja suficiente para encampar uma aplicabilidade da norma de modo isolado e sem considerar os acontecimentos no entorno da norma e até mesmo os acontecimentos e momentos sociais, pois estes, podem interferir na interpretação e argumentação ali posta.

A interpretação da norma deve ponderar o todo entorno e a sua imersão social, assim como, para além disso, o respeito as suas hierarquias e demais preceitos a que se assenta. A função da interpretação não é das mais fáceis, mas é justamente o ponto de equilíbrio que trará sustentação a processo legislativo e inclusive e principalmente ao poder judiciário na sua aplicação concreta.

Ainda, Souza esclarece que “para os que não veem distinção entre hermenêutica e interpretação não haveria duas realidades diversas, pois eles acentuam o caráter artístico da hermenêutica, no sentido de uma manipulação para imprimir o seu conteúdo na lei” (SOUZA,

p. 2). A impressão desse conteúdo na lei, deve, ressaltar-se por passar pelo equilíbrio dentro do sistema jurídico normativo, assim como principiológico e argumentativo existente, considerando inclusive critérios de justiça e equidade, a partir de um caso concreto.

Para Souza, a interpretação da lei consiste na análise e concretização da mesma a partir de cada caso concreto, entendendo tal ser integrante de uma atividade produtiva do juiz, qual seja, promover adequação e especificidades do caso, com a generalidade da norma, ressaltando que “sublinhe-se que essa operação não é feita de maneira arbitrária, mas em função de uma ponderação por referência ao conjunto do ordenamento jurídico” (SOUZA, p. 5).

A análise a partir de cada caso concreto promove o justo equilíbrio da lei e sua perspectiva real, qual seja, ao afeto integrante da sociedade, assim como aos impactos diretos, indiretos e inclusive nas mais diversas esferas, entre elas, econômica, social, entre outras.

Dworkin, se referindo as teorias da legislação e da justiça explica que uma teoria geral do direito “incluía assuntos que não pertencem a nenhuma dessas categorias, e um tópico que pertencer a um poder igualmente pertencer a outras. A questão politicamente sensível do constitucionalismo, por exemplo, diz respeito à teoria da legitimidade” (DWORKIN, 2010. p. 9). Não obstante, a qualidade da norma e sua eficiência, será fruto da construção interpretativa a ela aplicada, assim como da racionalidade da mesma no plano jurídico. Tais aquisições no direito, acontecem por meio da sua aplicabilidade efetiva e concatenada com a base principiológica aplicável, assim como os demais preceitos incutidos quando da interpretação da norma.

A conclusão que se consegue imprimir neste momento é a ideia de que a norma não está isolada no ordenamento jurídico, mas ao contrário se encontra inserida em uma órbita social construída a partir de métodos argumentativos e interpretativos. Assim “o direito, como a moral em todos os seus sentidos, refere-se ao que deve ser feito, e ao que pode ser feito de forma justificável” (MACCORMICK, 2006, p. 214). Tal justificação está em órbita dentro de um contexto amplo, do sistema jurídico, social, cultural, moral e dentro da conceituação de justiça e equidade para determinado caso concreto.

### **3. A ética e a moral na construção do direito como instrumento de concretização de direitos no estado constitucional**

As constituições atuais legitimadas e reconhecidas como democráticas possuem uma função jurídica de limitar as condutas, inclusive da legislação elaborada no plano normativo de cada país, dentro dos limites contidos nas proposições democráticas.

A respeito da temática, é importante compreender a vinculação do Direito e da Moral, assim como da norma e do bem humano por ele tutelado

Reconhecendo a permanente vinculação do Direito e da Moral, da norma e do bem humano que ela tutela, a teoria do direito natural reconhece que a Justiça é o fim do Direito, sendo a função jurídica primordial a de qualificar as condutas como moralmente justas ou injustas, boas ou más. Sem essa qualificação moral, o direito deixa de ser um instrumento para a justiça e se torna um fim em si mesmo, uma regulação de condutas desprovida de significado moral e de legitimidade (COSTA, 2017, p. 4).

Para o autor, a justiça é o fim do direito e sua função precípua é qualificar as condutas a partir da moralidade, adequando-as ao um juízo de justiça ou injustiça, bondade ou maldade. Para o mesmo, a utilização da moralidade como instrumento, o direito se torna um fim em si mesmo deixando de ser um instrumento de justiça, para se constituir em mero regulador de condutas, desprovido de significado moral e legitimidade. Lembrando que “os princípios da justiça devem ser aplicados ornamentos sociais que são considerados públicos nesse sentido” (RAWLS, p.59).

Sob tal perspectiva, Fabiana Silveira Karam afirma que “o Direito se manifesta no mundo do espírito objetivo, a Moral é o momento subjetivo do dever. Deste conflito entre a *tese* (causa livre) e da *antítese* (dever moral) surge *síntese*: os costumes (KARAM, 2021). A moral para a autora é o momento subjetivo do dever, em enquanto que o direito se manifesta no espírito objetivo.

Ainda, importante compreender que para uma concepção de justiça “que se tem a pretensão de constituir o fundamento normativo de uma sociedade democrática deve satisfazer a exigência de que seus princípios possam ser justificados, perante todos os cidadãos, de uma forma que não pressuponha a validade de uma doutrina abrangente (moral, filosófica ou política) específica” (VITA, 2000, p.32).

Assim, uma concepção de justiça para se constituir o fundamento normativo de uma sociedade democrática deve proporcionar a possibilidade de justificação para todos os cidadãos sem exigência de uma doutrina específica. Deve haver uma concepção ampla capaz de abranger a todos os cidadãos, sem imposição de uma doutrina específica capaz de impor limites. A liberdade para o exercício do direito e da busca por projetos de vida que melhor lhe satisfaçam devem ser possibilitados a todos os cidadãos. Ao Estado cumpre possibilitar e viabilizar o exercício de tal liberdade a todos, sem restrições, assim é possível falar na construção de uma

teoria da justiça igualitária. Neste viés, para John Rawls o consenso é suficientemente profundo para absorver ideias no sentido de que a sociedade se constitui um sistema cooperativo equitativo e as pessoas são consideradas “livres, iguais, razoáveis e racionais” e suficientemente amplo para compreender questões relacionadas a estrutura básica da sociedade (GARGARELLA, 2008, p. 227).

A mercê desse diapasão, é importante compreender que “a razão pública é a característica de um povo democrático: é a razão de seus cidadãos, daqueles que compartilham o *status* de cidadania igual” (RAWLS, John. 2000, p. 261). A conceituação de uma cidadania igualitária e de preocupações de modo abrangente e acessível a todos, esse é o propósito das lições da teoria da Justiça. O ser humano, ocupa a centralidade e é a principal característica da razão pública. A necessidade de efetivação e de concretização dos preceitos constitucionais devem sempre se pautar na importância e na centralidade que o ser humano ocupa no sistema jurídico.

Nesse sentido,

O Estado ou povo, portanto, é a substância dos indivíduos, o seu fim último e absoluto na realidade. Se é essência e fim último, tudo que o indivíduo é, deve ao Estado. No entanto isso não deve ser interpretado como finalidade do indivíduo ser a de servir ao Estado. Da mesma forma o Estado não existe para servir aos indivíduos. Talvez para esta conclusão que se deva ter uma visão mais crítica (RIOS, 2017).

Segundo o autor, Estado e indivíduos se coexistem, porém não podem ser tidos como um para servir ao outro. Ademais, não se pode ter a visão de submissão um ao outro, mas de direitos e obrigações recíprocas, ainda que um com maior ou menor incidência, vez que ao Estado é imputado um protagonismo nas obrigações e na prestação de políticas e prestatividade ao cidadão. Ao Estado Democrático, se exige uma estrutura e uma atuação minimamente eficiente e adequada, principalmente quando o assunto é a prestação de direitos e garantias de ordem fundamental.

Importante compreender que “a realização dos objetivos constitucionais exige uma estrutura de Estado adequada, que não se encontra nem no pesado Estado autárquico, nem no indiferente Estado mínimo, mas na noção de Estado Constitucional” (MALISKA, 2021). Ademais, a construção de uma condição favorável a concretização dos preceitos constitucionais e para a efetivação de preceitos ali contidos não está presente nos extremos, mas no aconchego do Estado de Direito, Estado Constitucional.

Ressaltando que “o Estado de Direito é uma versão do Estado moderno europeu, na qual, com base em específicos pressupostos filosófico-políticos, atribui-se ao ordenamento

jurídico a função de tutelar os direitos subjetivos” em contraste a tendência de poder político, que é dilatar, prevaricar e agir de forma arbitrária (ZOLO, 2006, p. 31).

O Estado constitucional se propõe e se apresenta como uma estrutura apta, pelo menos do ponto de vista formal, a proposição de efetivas medidas para concretizar direitos e assim fazer justiça. Sob a perspectiva do liberalismo igualitário, somente se pode justificar moralmente uma estrutura que propicie, especialmente aos menos assistidos, igualdade de oportunidades para realizar da forma que melhor entender, as concepções de vida boa. Ou seja, “para o liberalismo igualitário, somente pode ser justificada moralmente uma estrutura institucional que propicie a todos que a ela estão sujeitos, e sobretudo aos que se encontram em pior situação, os direitos, os recursos e as oportunidades que permitam a cada um empenhar - se em realizar sua própria concepção de boa vida” (VITA, 2000, p.50).

Contudo, “um Estado justo e neutro em relação aos fins perseguidos por seus cidadãos nada mais é do que um Estado que garante o respeito às constringências morais à conduta individual e acima de tudo que as respeita no que se refere à sua própria ação” (VITA, 2000, p.50). A neutralidade, segundo o autor, não pode ser confundida com desrespeito, ao contrário, deve ser considerada a ideia de garantia e respeito as constringências morais.

No Brasil, após a Constituição de 1988, a doutrina da efetividade procurou afirmar a normatividade constitucional em oposição às leituras que consideravam a Constituição como um texto político desprovido de força normativa (CLÈVE, 2021). Nesse sentido, é importante reconhecer e entender a força normativa da Constituição e a partir dessa premissa empreender esforços no sentido de visualizar a presença da ética e da moral como instrumentos permanentes de tutela do bem jurídico mais tutelado pelo direito, qual seja, a vida e todo aparato harmônico da dignidade humana. Ademais, é preciso compreender que a normatividade constitucional num Estado Democrático de Direito é a sinfonia harmônica necessária para a construção de enlaces efetivos para a concretização de direitos e garantias.

Assim, os direitos humanos são premissas universais como “condição jurídica fundamental para a validade interlegal do direito. Uma ética jurídica que se concentra no esclarecimento e na justificativa teórica dessa reivindicação normativa do direito, com relação à adequação básica da qual as concepções práticas e ambiciosas são amplamente aceitas” (MALISKA, 2020, p.12).

#### **4. A Norma internacional, Normas de *Jus Cogens* e sua imperatividade**

Inicialmente, insta ressaltar que “regras são mandamentos definitivos, ou seja, normas que só podem ser cumpridas ou não, sendo realizadas por meio da lógica “tudo ou nada””

(GORZONI, p. 274). Porém uma discussão bastante evidente é a possibilidade de conflito entre normas internas e normas internacionais, colisões de normas e até mesmo, colisões de princípios. Ressaltando que as colisões inclusive podem acontecer entre duas normas internas ou até mesmo entre duas normas internacionais.

A teoria da argumentação, sob tal perspectiva é que encontra espaço e terreno fértil para sua aplicabilidade, ademais, justamente quando o julgador e/ou aplicador da lei se encontra em condição de conflito e mais, em conflito com pesos e um base principiológica igualitária é que deve se ativar mecanismos de interpretação e mais, de integração do ordenamento jurídico, para se chegar a melhor e mais adequada decisão.

Assim importante pensar em mecanismos argumentativos e racionais, para resolver impasses envolvendo colisões de normas ou princípios, que demandem do interprete uma solução a partir de um caso concreto, porém no plano normativo, um conflito de ordem maior se instaura. Na realidade, “isso implica formas diversas de solucionar conflitos entre regras e colisões entre princípios: enquanto o primeiro deve ser solucionado por meio de subsunção, a colisão deve ser resolvida por meio de sopesamento” (GORZONI, 2019, 274).

A aplicação de técnicas de sopesamento na aplicação concreta da norma deve considerar todo o arcabouço legislativo, principiológico e ainda, os impactos e adequação ao contexto social a que a norma está sendo aplicada.

Ainda, impera a compreensão de que “quando dois princípios entram em colisão, um deles tem que ceder perante o outro. (...) A dimensão a ser avaliada não é de validade, mas sim de peso de cada princípio (p.93). Por isso essa colisão deve ser resolvida por meio do sopesamento” (GORZONI, 2019, 274). Quando se fala em sopesamento, se está a pensar na necessidade de uma fixação de peso, seja ele em concreto ou no plano abstrato. É necessário sopesar os princípios, sua aplicabilidade e seus impactos.

Ainda, no que concerne à interpretação das normas internacionais, a Convenção de Viena de 1969 em seu artigo 31 assegura, quando o assunto é a interpretação das normas,

pode-se recorrer a meios suplementares de interpretação, inclusive aos trabalhos preparatórios do tratado e às circunstâncias de sua conclusão, a fim de confirmar o sentido resultante da aplicação do artigo 31 ou de determinar o sentido quando a interpretação, de conformidade com o artigo 31 (BRASIL).

Nesse sentido, o Tratado dos Tratados, de 1969, propõe justamente a utilização de uma interpretação que considere, não apenas o texto do tratado, mas inclusive as circunstâncias e propósitos para os quais o mesmo foi elaborado. Neste sentido é a concepção de considerar os

propósitos da norma e mais, quais os seus primordiais objetivos, especialmente quando se está diante de um conflito normativo internacional.

A interpretação racional e útil deve comportar a consideração maior do direito, qual seja, a dupla função do direito, qual seja, a conservação de vidas e a transformação daquelas que são negadas, “encontra no Direito Internacional dos Direitos Humanos um campo de pensamento sobre, afinal, as condições positivas de vida que o Direito busca promover e garantir a partir das categorias básicas de direitos humanos,” com repercussão na interpretação jurídica (VENTURI, p. 98-119). Ademais, a razão de ser do direito está justamente fundamentada na existência humana. O direito existe para e pelo ser humano.

Prosseguindo na temática aqui proposta, insta a menção ao artigo 102 da Carta das Nações Unidas, que estabelece que em caso de conflitos entre obrigações contraídas por membros da ONU, em virtude da presente Carta e suas obrigações contraídas em função de outro instrumento internacional, prevalecerão as obrigações previstas na Carta da ONU (ONU).

Ainda nesta mesma esteira, o artigo 30, no caput, da Convenção de Viena, estabelece que “sem prejuízo das disposições do artigo 103 da Carta das Nações Unidas, os direitos e obrigações dos Estados partes em tratados sucessivos sobre o mesmo assunto serão determinados de conformidade com os parágrafos seguintes (BRASIL). Aqui é evidente que a própria Convenção de Viena admite uma hierarquia para a Carta da ONU, com relação aos demais instrumentos e instituições internacionais.

Ainda, sob a mesma égide, o artigo 31 da Convenção de Viena, afirma que “um tratado deve ser interpretado de boa-fé segundo o sentido comum atribuível aos termos do tratado em seu contexto e à luz de seu objetivo e finalidade! (BRASIL). Segundo Mazzuoli a ressalva contida no caput do artigo 30 da Convenção de Viena reconheceu nitidamente a superioridade hierárquica da Carta da ONU e em relação aos demais instrumentos internacionais, alçando a carta da ONU a categoria de “Higher law ou “lei suprema”” no plano internacional (MAZZUOLI, 2014, p. 284). Logo, as normas contidas na carta da ONU, são dotadas de universalidade.

Neste momento, uma vez admitido pela própria Convenção de Viena, que existem normas com hierarquia maior, há que se compreender que “o princípio reconhecido da liberdade contratual é circunscrito pelo “jus cogens” — ordem pública ou leis imperativas — e pelos bons costumes” (RODAS, p. 2). Sim, existem normas imperativas no plano internacional, não obstante todas as normas são imperativas, em regra, no plano internacional existe um filtro específico, reconhecido pela ONU e pela própria Convenção de Viena, de 1969.

Quando o assunto é o reconhecimento de normas imperativas, qual seja, que possuem o status de normas de “jus Cogens”,

não significa dizer apenas que ela é obrigatória a todos os Estados, pois as normas internacionais também são, mas o que as diferenciam é que um Estado ou alguns Estados que estejam insatisfeitos com tal norma não podem derrogá-la. Assim, o *jus cogens* é um direito obrigatório e inderrogável, que restringem a autonomia dos Estados, submetendo-os aos ditames da ordem pública internacional. A sua derrogação apenas ocorrerá por outra norma de igual natureza (BENTES, p. 2).

Importante o entendimento que de fato todas as normas internacionais aderidas pelos Estados-membros são obrigatórias, não obstante, o reconhecimento de uma norma como norma de *jus Cogens*, implica que os Estados não podem derroga-la, mas somente tal pode acontecer, por meio de outra norma de mesma natureza. Bentes afirma que ser uma norma *jus Cogens* significa que “além de obrigatória, os Estados não podem derrogá-la, a não ser que a derrogação seja oriunda de uma norma de igual quilate. A vontade isolada de um Estado ou de um grupo de Estados, então, não pode ofender uma norma cogente internacional” (BENTES, p. 2).

Se a Carta da ONU comporta tal *status*, implica reconhecer que todos os direitos e proteções ao ser humano ali contidas, são normas de *Jus Cogens*, logo, imperativas, uma vez que reconhecidas por toda a comunidade internacional, como direitos essenciais a existência humana digna. Nessa senda, “a especificidade do "jus cogens" no prisma jurídico é que toda norma derogatória de suas disposições é nula. Tal característica deve ser observada e provada sempre que se pretenda que uma norma de direito internacional geral seja "jus cogens" (RODAS, p.4).

Quando o assunto é norma imperativa, se está a falar de normas universais, e justamente o *jus Cogens* imprime justamente tais valores, tal universalidade, por isso a preocupação da ONU em torna-las imperativas e aplicáveis de modo absoluto. Ademais,

O fato de o "jus cogens" ser constituído exclusivamente por *normas de direito internacional geral* realça seu caráter universal. O "jus cogens" exprime valores éticos, que só se podem impor com força imperativa se forem absolutos e universais. Um a norma de "jus cogens" pode ser modificada por outra de mesma natureza, pois ele evolui em função das transformações da situação sócio-histórica da sociedade internacional e das modificações das concepções políticas, éticas, filosóficas e ideológicas” (RODAS, p.4).

Por fim, importante entender que “se sobrevier uma nova norma imperativa de Direito Internacional geral, qualquer tratado existente que estiver em conflito com essa norma torna-se nulo e extingue-se” (RODAS, p.3). Ademais, tais normas possuem caráter absoluto, imperativo e universal, uma vez que os direitos ali assegurados dizem respeito a essência humana, sua dignidade e condições exclusivamente humanas ou a ele diretamente relacionadas. Ao ser



humano e sua dignidade se alça a condição maior do direito, qual seja, a sua centralidade na esfera de proteção.

Cabe assim ao direito, a interpretação e aplicação de teorias de argumentação, com racionalidade e de modo a comportar uma aplicação da norma ao caso concreto, que melhor atenda a condição humana e respeite a sua essência. Tal interpretação não se limita a letra da lei, mas ao entorno e aos propósitos da lei, sejam eles legais, éticos, morais, entre outros. A essência humana é elevada a condição de imperatividade e universalidade, tratando assim a norma internacional de reconhecê-la como normas universais e estabelecer filtros modificativos e extintivos, como é o caso do princípio *Jus Cogens*.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa se propôs a verticalizar a necessidade de utilização da teoria da argumentação jurídica, assim a aplicação de uma interpretação racional e estabeleça integridade e legitimidade a aplicação da lei ao caso concreto. Enfim, a pesquisa buscou demonstrar a importância da argumentação jurídica e sua aplicação de forma sinfonicamente harmonizada com a base estrutural principiológica do direito e das normas que regem a sociedade naquele determinado momento histórico. Ademais, conforme se demonstrou, existe a necessidade de um esforço maior quando o assunto é a interpretação e aplicação de uma norma ao caso concreto.

Conforme exposto, Direito é um todo complexo e extenso, construído pela sociedade em suas maiorias e coletividades, para atender aos anseios sociais, assim como para legitimar e limitar ações e atuações individuais e coletivas. Afinal, o direito é construído ao longo da história, a partir da aplicação e interpretação das normas já existentes, assim como, a partir de novas normas que surgem como fruto da interpretação e argumentação jurídica, racional, coerente e de modo a produzir seus efeitos em determinada comunidade. Ademais, a aplicação do direito deve comportar uma análise coesa de determinada norma, dentro de um contexto estrutural, de forma a manter assim a sua integridade e legitimidade. E para além, por via de consequência, construir os próximos esteios normativos, para a sociedade futura.

A problemática que aqui se buscou sanar é a respeito da imperatividade de normas internacionais quando se tratam de direitos humanos e tidos como universais. Ademais, ao que se verificou, no plano internacional existe o reconhecimento de uma hierarquia normativa estrutural e universal para a Carta da ONU, que em seu artigo 103 reconhece que quando houver conflito entre uma norma e a Carta da ONU, deve prevalecer este instrumento. A derrogação de um instrumento cuja roupagem seja revestida de imperatividade, qual seja, norma de *jus cogens*, somente pode acontecer por instrumento internacional de mesma hierarquia.

Enfim, essa reivindicação normativa do direito deve considerar como elemento de legitimidade o enlace moral e ético como forma de construção e sedimentação dos direitos, inclusive com relação aos preceitos constitucionais, humanos e fundamentais. Os Direitos humanos, como feixes normativos dotados de universalidade, logo cobertos pelo manto da moral e da ética, compreendem e tentam se fazer compreender no campo da efetividade de direitos, cada vez e de maneira mais ampla possível.

Quando o assunto é a interpretação e integração normativa, social e de forma coesa, condição ainda mais complexa e ampla se tem, quando se está diante de normas internacionais e conflitos daí decorrentes. Ademais, o estudo buscou apresentar que no contexto internacional, existe o reconhecimento de normas imperativas, de *jus cogens*, que balizam toda a interpretação e aplicação das normas internacionais. Ademais, no plano internacional, existe o reconhecimento de normas inderrogáveis e insuperáveis, por serem reconhecidas como normas universais e essencialmente voltadas a proteção da dignidade e da vida humana. E ainda, sem desconsiderar os enlaces morais e éticos, que produzem impactos nas decisões como um todo.

## 6. REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando; DO NASCIMENTO E SILVA, G. E. e; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de Direito Internacional Público**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2011

ALEXY, R. 1992. **Teoria da argumentação jurídica**. São Paulo, Landy Editora, 334 p.

ANDRADE, Isabela Piancetini. **Responsabilidade internacional do estado por violação do jus cogens**. Revista Brasileira de Direito Internacional, Curitiba, v. 5, jan./jun. 2007

BENTES, Natalia Mascarenhas Simões. ALVES, Ana Caroline de Sousa. **NORMAS JUS COGENS E CRIME CONTRA HUMANIDADE: O CASO HERZOG VS. BRASIL**. In Revista de Direitos Humanos em Perspectiva. Organização Comitê Científico Double Blind Review pelo SEER/OJS Recebido em: 02.12.2018 Aprovado em: 10.12.2018. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/direitoshumanos/article/view/5081/pdf>, acesso em 10 de fevereiro de 2021.

BRASIL. **Decreto 7030/2009**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm), acesso em 29 de janeiro de 2021.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium**, Vol.II, General Course on Public International Law, Collected Courses of the Hague Academy of International Law, vol. 317, The Hague: Martinus Nijhoff, 2005.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. **Teorias interpretativas, capacidades institucionais e crítica.** In Revista Direitos Fundamentais e Democracia. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/>. Acesso em 13 de abril de 2021.

**CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CtIDH).** 2001. Sentencia. 14 de marzo de 2001, Barrios Altos v. Perú.

COSTA, Victor Cezar Rodrigues da Silva; SOUZA, Elden Borges; PINHEIRO, Victor Sales. O positivismo jurídico e a infundamentabilidade dos direitos. In Rev. direitos fundamentais e Democracia. v. 22, n. 1, p.176-195, jan./abr. 2017, p. 4. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/735/493>, acesso em 12 de abril de 2021.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado.** São Paulo: Saraiva, 2010

DOLINGER, Jacob. “**A imunidade jurisdicional dos estados**”, Revista de Informação Legislativa, Vol.19, n. 76, 1982, 5-64

DWORKIN, Ronald. DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FRIEDRICH, Tatyana Scheila. **As normas imperativas de direito internacional público – jus cogens.** 1. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004.

GARGARELLA, Roberto. As teorias da justiça depois de Rawls. Um breve manual de filosofia política, São Paulo. Martins Fontes, 2008.

GORZONI, Paula Fernandes Alves da Cunha. **Ponderações e critérios de decidibilidade na argumentação judicial.** Dissertação. Faculdade de direito da Universidade de São Paulo - 2011. 03.10.2019.

KARAM, Fabiana Silveira. Das relações entre o direito e a moral (um ensaio sobre o pensamento de Kant). In Revista Direitos Fundamentais e Democracia. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/195> Pontifícia Universidade Católica, Curitiba, Paraná -Brasil. v. 2 (2007), p.2-3. Acesso em 13 de abril de 2021.

KOZICKI, K.; PUGLIESE, William S. **Uma era de common law para o Brasil?. In:** II Congresso Internacional de Direito Constitucional e Filosofia Política., 2015, Belo Horizonte. O futuro do constitucionalismo: a construção da democracia constitucional. Belo Horizonte: Initia Via, 2015. v. 1. p. 351-372.

LACHS, Manfred. **The development and general trends of international law in our time.** RCADI, 169, IV, 1980.

LACHS, Manfred. **The law of treaties (some general reflections of the report of the International Law Commission).** In: Recueil d'Études de Droit International. En Hommage a

Paul Guggenheim, Genebra, Faculdade de Direito de Genebra e Instituto de Altos Estudos Internacionais, 1968.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do Xadrez à Cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea**. São Paulo: Saraiva, 2013.

MACHADO, Thiago Luiz D'A Gostin. **Perspectiva democrática da criminalização da homofobia: o sentimento constitucional e a imperatividade da não discriminação**. In Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 11, n. 11, p. 330 – 357, jan./jun. 2012. ISSN 1982 -0496. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/267>, acesso em 27 de janeiro de 2021.

MAcCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MALISKA, Marco Augusto. ***Ius scriptum e ius non scriptum***, Mimeo, 2020.

MAZZUOLLI, Valério de Oliveira. **Direito dos Tratados**. 2ª ed. Ver. Atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MELLO, Celso D. Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 13. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MINIUCI, Geraldo. **Legal Argumentation at the Inter-American Court of Human Rights: The Barrios Altos v. Peru case**. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito, v. 8, n. 1, p. 9, 2016.

MORAES, Maria Valentina de; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **O diálogo institucional e as teorias da democracia: contribuições do modelo deliberativo para a articulação entre poderes no Brasil**. In Revista de Direitos Fundamentais & Democracia, Curitiba, v. 25, n. 3, p. 32-48, set./dez. 2020. DOI: 10.25192/issn.19820496.rdfd.v25i31268. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/1268/667>, acesso em 28 de janeiro de 2021.

MOTA, Natália Campos. **O papel das normas jus cogens na hierarquia proposta pelo constitucionalismo internacional**, 2013. Disponível em: [http://bdm.bce.unb.br/bitstream/10483/5885/1/2013\\_Nat%20C3%A1lliaCamposMota.pdf](http://bdm.bce.unb.br/bitstream/10483/5885/1/2013_Nat%20C3%A1lliaCamposMota.pdf). Acesso em: 31 JAN. 2021.

NOERNBERG, Lucas Voigt; OUPSZKA, Paulo Ricardo. **Tipificando a racionalidade jurídica**, 2017. Disponível em: <file:///C:/Users/User/AppData/Local/Temp/7437-Texto%20do%20artigo-21301-1-10-20171128.pdf>. Acesso em 31 de janeiro de 2021.

ONU. **Carta das Nações Unidas**. Disponível em: <https://www.un.org/es/sections/um-charter/chapter-xvi/index.html>, acesso em 10 de fevereiro de 2021.

Projeto **“Violações graves de obrigações de correntes de normas imperativas do direito internacional geral”**. Disponível em: <http://novodireitointernacional.com.br/wp->

content/uploads/2012/02/Projeto-da-CDI-sobre-Responsabilidade-Internacional-dos-Estados.pdf>. Acesso em: 22 janeiro. 2021.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 11<sup>a</sup>. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

RIOS, Rodrigo Sánchez. **Substância ética e liberdade política em Hegel**. In *Direitos Fundamentais & Democracia*, v. 22 n. 2 (2017). Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/705>

RODAS, João Grandino. **Jus Cogens em Direito Internacional**. Disponível em: [www.revistas.usp.br > rfdusp > article > download](http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download), acesso em 10 de fevereiro de 2021.

RAWLS, John. **Liberalismo político**. Tradução Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000.

RAWLS, John. **Uma teoria da Justiça**. Tradução Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes. 2000.

SALA, José Blanes. **A política internacional e as regras de jus cogens**. *Revista IMES-Direito*, ano VIII, n. 13, jul./dez. 2007. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/22297.pdf>>. Acesso em: 23 jan. 2021.

SOUZA, Simone Rita Zibetti de. **Hermenêutica e efetivação dos direitos fundamentais**. In <http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br>, acesso em 27 de janeiro de 2021.

USP. **Estatuto da Corte Internacional de Justiça** – 1945, disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Corte-Internacional-de-Justi%C3%A7a/estatuto-da-corte-internacional-de-justica.html>, acesso em 01 de fevereiro de 2021.

ZOLO, Danilo. **Teoria e crítica do estado de direito**. In: COSTA, Pietro e ZOLO, Danilo (ORGS). *O estado de direito – história, teoria e crítica*, São Paulo: Martins Fontes, 2006.

VERDRROSS, Alfred. **Forbidden Treaties in International Law**. *The American Journal of International Law*, v. 60, 1966.

VITA, Álvaro de. *A justiça igualitária e seus críticos*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.