

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO  
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM  
HELDER CÂMARA**

**DIREITO INTERNACIONAL**

**FABRICIO BERTINI PASQUOT POLIDO**

**FLORISBAL DE SOUZA DEL OLMO**

**NADIA DE ARAUJO**

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

#### **Diretoria – Conpedi**

**Presidente** - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

**Vice-presidente Sudeste** - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

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

**Vice-presidente Norte/Centro** - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

**Secretário Executivo** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

**Secretário Adjunto** - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

#### **Conselho Fiscal**

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

**Representante Discente** - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

#### **Secretarias**

**Diretor de Informática** - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

**Diretor de Relações com a Graduação** - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

**Diretor de Relações Internacionais** - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

**Diretora de Apoio Institucional** - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

**Diretor de Educação Jurídica** - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

**Diretoras de Eventos** - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

**Diretor de Apoio Interinstitucional** - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

---

D598

Direito internacional [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/ FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Fabricio Bertini Pasquot Polido, Florisbal de Souza Del Olmo, Nadia de Araujo – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-099-2

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

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito internacional .  
I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 :  
Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC  
/DOM HELDER CÂMARA  
DIREITO INTERNACIONAL**

---

## **Apresentação**

A presente obra digital oferece à comunidade brasileira os estudos coligidos e apresentados no Grupo de Trabalho de Direito Internacional do XXIV Congresso do CONPEDI: Direito e Política: da Vulnerabilidade à Sustentabilidade, realizado entre os dias 11 e 14 e novembro de 2015, na cidade de Belo Horizonte, Minas Gerais.

Em princípio, em mais essa importante edição do evento, chegamos ao consenso sobre a tarefa de adequadamente sistematizar as áreas e especialidades do Direito Internacional, segundo os perfis dos trabalhos submetidos. A ideia da Coordenação foi especificamente a de buscar maior coesão e espaço para discussão, entre todos participantes, das questões emergentes e controvertidas da agenda de pesquisa do Direito Internacional. Seguindo essa lógica, também logramos alcançar uma organização equitativa do tempo de apresentação dos artigos pelos autores, de modo a contemplar comentários de todos os presentes.

Com esse espírito em mente, durante o ensolarado dia de 12 de novembro de 2015, e acolhidos pela tradicional Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, a "Casa de Afonso Pena", e Escola de renomados internacionalistas brasileiros, como Gerson de Mello Brito Boson, Amílcar de Castro, José Sette Câmara Filho, Arthur Diniz, Francisco Rezek, Antônio Augusto Cançado Trindade - acadêmicos e pesquisadores ofereceram suas impressões sobre os temas desenvolvidos, seguindo uma dinâmica de agrupamento em torno de grandes áreas do Direito Internacional. Essa metodologia de organização dos trabalhos permitiu agregar maior valor intelectual ao para a mesa de debates, com o que a Coordenação se permitiu exercer um papel de moderação crítica e responsiva às impressões compartilhadas pelos autores. A principal vantagem nesse modelo, a nosso ver, é a de primar para que todos tenham a oportunidade de serem ouvidos, mesmo com o exíguo tempo para as apresentações.

A primeira parte concentrou-se em temas de confluência entre Direito Internacional Público, Direito Internacional Privado e Direito Internacional Econômico, considerada a necessidade, cada vez maior, de uma abordagem integrada entre as especialidades, sobretudo pelas incontestáveis interações entre elas existentes. Em tempos de revisão de marcos teóricos e de metodologias na rica agenda de pesquisa jusinternacionalista, não faz sentido insistirmos em análises estanques e desconectadas da realidade, dentro de uma perspectiva ainda fundada em

reflexões dogmático-formalistas. Na sequência, foram discutidos os trabalhos apresentados com temáticas afins ao Direito da Integração, Direito Internacional do Meio Ambiente e Direito Internacional Penal.

Inicialmente, os trabalhos de Direito Internacional Privado foram divididos em três blocos: os relativos à nacionalidade, à situação dos estrangeiros e contextos migratórios, e aos contratos internacionais. No trabalho *A Construção da Soberania Estatal e o Reconhecimento da Nacionalidade: Uma Análise sobre a Problemática da Extradicação*, Newton de Menezes Albuquerque e Adriana Rossas Bertolini analisam as bases do conceito de soberania e suas transformações como contraponto para questões controversas envolvendo extradicação, tendo como estudo de caso a dupla nacionalidade na ordem internacional. Os casos Salvatore Cacciola e Henrique Pizzolato, são tomados como exemplo para ilustrar problemas envolvendo o conflito entre soberanias estatais, proteção de direitos fundamentais de nacionalidade e da obrigação de cooperação judicial internacional. Alexandre Ferreira Alves e Raphael Fonseca Rocha oferecem interessantes aportes sobre as relações entre Direito Internacional Privado e Direito Internacional Econômico, em seu artigo *Nacionalidade da Sociedade e Lei Aplicável*. Os autores propõem uma revisão dos principais aspectos do conceito de nacionalidade para pessoa jurídica, além dos critérios adotados pelos Estados para atribuição de nacionalidade a determinada sociedade empresária e problemas de escolha de lei aplicável às relações jurídicas envolvendo sociedades no caso Brasileiro. Florisbal de Souza Del Olmo, em seu artigo *A Imigração como Meio de Atração de Investimentos Diretos por Pessoa Física: Análise Comparada entre as Políticas Brasileira, Norte-Americana e Portuguesa*, discute os principais aspectos relativos aos crescentes incentivos de políticas de imigração como forma de atração de investimentos externos diretos por pessoas físicas, recorrendo aos modelos atualmente aplicados pelo Brasil, Estados Unidos e Portugal. Ainda em temas gerais recorrentes sobre a nacionalidade, Thayrine Canteli discute em seu artigo *Fundamentos do Direito Internacional: A Escola Italiana e o Princípio da Nacionalidade de Pasquale Stanislao Mancini* as bases históricas do pensamento jusinternacionalista em Mancini, e a contextualização política em que o jurista italiano elaborou sua teoria e um fundamento para o Direito Internacional.

Caminhando em torno de questões relativas ao Direito Internacional Privado, contratos internacionais e autonomia da vontade, Gilberto Kalil e Tiago Freire Dos Santos exploram as nuances da escolha de lei aplicável aos contratos internacionais e as controvérsias impostas pela Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. A atualidade da discussão encontra justificativa na posição assumida pelos negócios internacionais em ambientes de globalização econômica e desenvolvimento dos mercados integrados. Na sequência, o artigo *A Atual Conjuntura de Cooperação Internacional no Combate à Lavagem de Capitais*, de autoria de

Thiago Giovani Romero, analisa a atualíssima vertente da cooperação jurídica internacional no tratamento das questões em torno da lavagem de capitais e sua relevância no combate à criminalidade transnacional. Em especial, destacam-se as interações entre Direito Internacional Econômico, Direito Internacional Privado e Direito Processual Internacional como centrais para a compreensão dos problemas da mundialização e intenso fluxo de pessoas, bens e serviços. Alebe Linhares Mesquita e Jana Brito Silva contribuem para a discussão sobre os Acordos de Capital de Basileia como instrumentos de soft law a assegurar estabilidade financeira internacional, e de que modo eles se encontram no regime mais amplo da Governança Global dos sistemas financeiros. Em mercados intensamente interconectados, alternativas de regulação via instrumentos normativos não-vinculantes podem servir como respostas às demandas de segurança, estabilidade e previsibilidade nos sistemas financeiros.

Temas do Direito da Integração, em particular Direito do Mercosul e da União Europeia, são revisitados em diversos trabalhos, com a pertinente discussão sobre a remodelação do conceito de soberania, compartilhamento e processos de integração; contextos de assimetria e disparidades do desenvolvimento dos blocos regionais e seus contornos normativos; as inconsistências da orientação jurisprudencial em ordenamentos comunitários vis-a-vis mecanismos fragmentários de solução de controvérsias; as vertentes do transconstitucionalismo e a integração e a redefinição conceitual e contextual de fronteiras. Entre esses trabalhos, destacam-se os artigos A Flexibilização do Conceito de Soberania nos Estados Modernos em Face dos Processos de Integração, de Jacyara Farias Souza e Jônica Aragão; A Problemática das Assimetrias e os Processos de Integração Regional: Uma Comparação entre o Caso Europeu e o Sul-Americano, de Claudomiro Batista de Oliveira Jr; Direito da União Europeia: outra perspectiva, de Luiz Felipe Brandão Osório; O Sistema de Solução de Controvérsias no Mercosul: as Consequências da Cláusula de Eleição de Foro do Protocolo de Olivos, de Diego Guimarães de Oliveira, Nivaldo Dos Santos; O Transconstitucionalismo da União Europeia Implica na Superação do Constitucionalismo Tradicional de seus Estados-Membros?, de Ana Cristina Melo de Pontes Botelho; e (Re) Definição de Fronteira(s) e Cidades Gêmeas: Brasil e Uruguai, de Marcia Andrea Bühring.

Problemas teóricos e questões emergentes na agenda de pesquisa do Direito Internacional Público foram também trazidos à discussão no Grupo de Trabalho, com apresentações que abordaram uma variedade de temas, passando por perfis de uma análise crítica do Direito Internacional, das bases jusfilosóficas, da intersecção com as Relações Internacionais e Ciência Política, até a revisão de marcos teóricos em torno do Direito Internacional Humanitário e Direito Penal Internacional, segurança internacional, cooperação internacional e solução de controvérsias. Em torno dessas linhas expressam os capítulos Entre as Imunidades e a Responsabilidade das Organizações Internacionais: Possíveis Contornos para

uma Efetiva Reparação, de Tatiana Rodrigues Cardoso; Isolamento Outcasting- como Mecanismo de Aplicação do Direito Internacional, de Lucas Sávio Oliveira e Vinicius Machado Calixto; O Direito Internacional como Ferramenta para a Paz Mundial: Uma Leitura do pensamento de Hans Kelsen, de José Albenes Bezerra Júnior, Ulisses Silvério dos Reis; A Legitimidade Da Responsabilidade De Proteger R2p - Como Norma Soft Law Na Segurança Coletiva, de Flávia Carneiro Soares e Catarina Woyames Pinto; Poderes e atuações do Secretariado e do Secretário-Geral da ONU nas implicações conceituais e na efetividade da teoria Responsibility to Protect, de Flávia de Ávila; O Tratado de Não Proliferação de Armas Nucleares e o Desafio Imposto pelo seu Direito de Retirada: Um Estudo Do Problemático Caso Norte-Coreano, de Martonio Mont'Alverne Barreto Lima e Mariana Zonari; A Organização do Tratado do Atlântico Norte e os obstáculos para a cooperação com as Nações Unidas, de Rodrigo Ruggio e Marília Álvares Da Silva; Seleção adversa e Intervenção Humanitária: Mitigação de efeitos indesejáveis, de Leonel Mendes Lisboa; e a Influência dos Organismos Internacionais no Ensino Superior, de Anderson da Costa Nascimento e Cristiana Santana Nascimento; Da Barbárie da II Guerra Mundial ao Devido Processo Legal no Julgamento de Nuremberg, de José Guilherme Viana e Waleska Cariola Viana; e Tribunal Penal Internacional: Uma Análise sobre sua Evolução e sua Competência para Julgar o Crime de Terrorismo, de Susana Camargo Vieira e Ana Maria de Andrade.

O Direito Internacional do Meio Ambiente também contou com trabalhos atuais sobre questões envolvendo as transformação dos modelos de regulação da proteção dos bens naturais e do meio ambiente, passando pela revisão dos conceitos de desenvolvimento sustentável e dos marcos de formulação dos princípios da disciplina, além de enfoques sobre e emergência das responsabilidades no sistema internacional do meio ambiente e mecanismos de solução de controvérsias, em particular pelo papel desempenhado por organizações regionais. Nesse sentido, seguiram as contribuições proporcionadas pelos artigos As organizações não-governamentais de proteção ao meio ambiente: a influência sobre o direito internacional e sobre a efetividade da proteção ambiental, de Luiza Diamantino Moura; Transformações Históricas do Conceito de "Desenvolvimento Sustentável" no Direito Internacional, de Pedro Ivo Ribeiro Diniz; O Caso das Fábricas de Celulose no Rio Uruguai: Análise sob o Prisma do Direito Ambiental Internacional, de Rogerio Portanova e Thaís Dalla Corte; Direito Internacional de Águas: A Importância dos Marcos Instrumentais na Formação dos Princípios, de Jefferson De Quadros e Adriana Almeida Lima; A Legitimidade Ativa em Matéria Ambiental para o acesso aos Tribunais Europeus; de Tatiane Cardozo Lima; Normatividade Jurídica na Relação Causal Escassez Hídrica-Cooperação: A Lógica que Nega a Hipótese de Conflitos Violentos, de Douglas de Castro.

Ao introduzirmos o presente volume, estamos convencidos de que a metodologia adotada para a condução dos excelentes debates do Grupo de Trabalho de Direito Internacional do XXIV Congresso do CONPEDI foi decisiva para recriar ambiente de maior engajamento entre os participantes. O instigante universo do Direito Internacional se amplia em suas bases metodológicas, críticas e bem particulares ao pensamento brasileiro. Nessa ordem, deixamos nossos estímulos e quiçá um sopro de persistência - para que as futuras edições do CONPEDI se recordem da importância do encontro de Belo Horizonte. E que o Direito Internacional possa servir de constante inspiração para um mundo em que o Direito e a Política exerçam uma função indutora de proteção da pessoa em situação de vulnerabilidade na ordem internacional e concebam a sustentabilidade como premissa inafastável.

Nadia de Araujo (Direito PUC Rio)

Florisbal de Souza Del Olmo (URI-Santo Ângelo)

Fabício Bertini Pasquot Polido (Direito UFMG)

Coordenadores

**ISOLAMENTO (OUTCASTING) COMO MECANISMO DE APLICAÇÃO DO  
DIREITO INTERNACIONAL**

**OUTCASTING AS ENFORCEMENT MECHANISM OF INTERNATIONAL LAW**

**Lucas Sávio Oliveira da Silva  
Vinicius Machado Calixto**

**Resumo**

Algumas das críticas mais contundentes ao direito internacional questionam sua juridicidade e chegam a afirmar que ele sequer poderia ser considerado direito. Dentre os críticos destacam-se John Austin e H. L. A. Hart, os quais, partindo de perspectivas diferentes, afirmam que o direito internacional não seria um sistema jurídico. Scott J. Shapiro e Oona Hathaway, ao abordarem o conceito de outcasting, rebatem estas críticas, demonstrando que elas se fundam em uma incompreensão sobre como o direito internacional de fato consegue influenciar o comportamento dos Estados. De acordo com os autores, o direito internacional opera na maior parte das vezes por meio da ameaça de exclusão ou isolamento aos Estados que não cumprem as normas estabelecidas, representando, assim, a negação dos benefícios gerados pela cooperação entre os Estados que fazem parte de determinada comunidade. Este trabalho busca rebater o ceticismo quanto ao direito internacional e apresentar a teoria do outcasting, ou isolamento, como chave para a compreensão de como o direito internacional é efetivo em sua função de coordenação da comunidade internacional de Estados.

**Palavras-chave:** Direito internacional, Outcasting, Isolamento, Comunidade internacional

**Abstract/Resumen/Résumé**

Some of the strongest criticisms over international law question its juridicity and get to affirm it could not even be called law. Among these critics, John Austin and H. L. A. Hart stand out and, from different perspectives, affirm that international law does not constitute a legal system. Scott J. Shapiro and Oona Hathaway, addressing the concept of outcasting, refute these criticisms and show that they are based in a misunderstanding on how international law can actually influence States behavior. According to the authors, the means of exclusion threatens or isolation of the States that do not comply with its rules represents the denial of the benefits of social cooperation and membership of such community. This paper aims to rebut the skepticism over international law and present the outcasting theory as a key to comprehend how international law is effective in its function in coordinating the international community of States.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** International law, Outcasting, Isolation, Law enforcement, Membership



## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho possui como ponto inicial e central as ideias apresentadas por Scott J. Shapiro e Ona A. Hathaway em seu texto intitulado *Outcasting: Enforcement in Domestic and International Law* (HATHAWAY; SHAPIRO, 2011), a partir do qual os autores apresentam o conceito de *outcasting*, termo traduzido livremente neste trabalho como “isolamento”.

Shapiro e Hathaway, ao realçarem a importância da retomada da discussão acerca da existência ou não do direito internacional, ressaltam que a tentativa de responder a essa questão nos ajuda a compreender outra fundamental questão: se e como o direito internacional afeta o comportamento dos Estados.

Nesse sentido, os autores tecem relevantes críticas à chamada Concepção do Estado Moderno, aduzindo que tal visão não se amolda ao contexto internacional, o que, entretanto, não faz com que este perca sua validade.

Seguindo a tendência utilizada em sua obra *Legality*, na qual ele apresenta sua tese do direito como planejamento, Shapiro também parte das concepções de John Austin e de H. L. A. Hart acerca da concepção da teoria do direito a fim de compreender como esses autores enxergavam o direito internacional.

Dessa forma, constando o primeiro item desta introdução, o segundo item fará uma abordagem acerca do criticismo que envolve o direito internacional, lançando mão principalmente das ideias de Austin e Hart quanto à questão, sem deixar também de apresentar algumas respostas a este criticismo.

O terceiro item, por sua vez, foi dividido com o propósito de apresentar os principais pontos relevantes quanto ao isolamento como mecanismos de afirmação do direito internacional e sua importância na aplicação do direito internacional.

Assim, o ponto 3.1 apresenta uma visão geral do conceito de isolamento trabalhado por Shapiro e Hathaway e a sua relevância para o direito internacional. Em seguida, o ponto 3.2 apresenta as principais classificações relativas ao isolamento. Nesse sentido, o isolamento pode ser permissivo ou obrigatório, baseado em julgamento ou não, em espécie ou não, proporcional ou não e se é aplicado apenas por membros diretamente afetados ou também por terceiros. Já o ponto 3.3 trata de alguns desenhos institucionais formulados em contextos específicos para garantir a utilização do isolamento.

Traçados os principais pontos apresentados por Shapiro e Hathaway quanto à utilização do isolamento, o item 4 apresentará de forma mais objetiva a utilização das sanções de isolamento no contexto internacional, sendo abordados relevantes cenários como a

Organização das Nações Unidas (ONU), a Organização Mundial do Comércio (OMC) e a *Lex Sportiva*.

Portanto, além de apresentar o conceito do isolamento e sua utilização para a aplicação do direito internacional e para a o afastamento dos argumentos céticos, o presente trabalho pretende discutir a aplicação das sanções de isolamento, abordando também seus limites e, acima de tudo, trazer mais luz à discussão quanto à importância do isolamento no contexto internacional.

## **2 CETICISMO QUANTO AO DIREITO INTERNACIONAL**

Shapiro faz menção à teoria do direito formulada por John Austin, a fim de compreender se o direito internacional, sob a perspectiva Austiniana, poderia ser considerado como direito, propriamente dito (HATHAWAY; SHAPIRO, 2011, p. 261).

Para Shapiro, a teoria de Austin é extremamente simples e apresenta uma análise não circular das instituições jurídicas, a partir da concepção central de que todas as regras são comandos. Um comando é uma expressão de vontade, apoiada em uma ameaça de haver um mal caso essa vontade não seja obedecida e emitida por alguém que esteja disposto e seja capaz de agir para cumprir essa ameaça. Dessa forma, Austin chama esse mal resultado da violação de sanção (SHAPIRO, 2011, p. 52-53).

Sob essa perspectiva, a característica diferenciadora do direito é o fato de ser constituído por comandos gerais emanados pelo soberano e colocados em prática através da existência de sanções. Assim, o direito internacional parece sofrer de dois defeitos no modelo Austiniano.

Primeiramente, os elementos de direito internacional não são comandos. Shapiro sustenta que a comunidade das nações, por ser uma representação “indeterminada”, seria incapaz de expressar suas vontades. O direito internacional só poderia ser formado por opiniões gerais e não por comandos.

Em segundo lugar, ao direito internacional careceria a figura do soberano, imprescindível à teoria de Austin. Não seria possível vislumbrar nenhuma nação ou órgão supranacional habitualmente obedecido e que habitualmente não obedece a ninguém (HATHAWAY; SHAPIRO, 2011, p. 262).

Afastando-se da concepção centrada estritamente na figura da ameaça e da sanção, H. L. A. Hart formula sua teoria do direito admitindo que nem todas as regras são comandos e articulando a ideia da existência de regras primárias e secundárias. Não obstante, Hart, por

sua vez, também pode ser considerado, de certa forma, como um cético quanto à existência do direito internacional como um sistema jurídico propriamente dito.

Inicialmente, antes de abordarmos a visão de Hart quanto ao direito internacional, é necessário sublinharmos alguns pontos centrais de sua teoria do direito, de modo que seja possível compreender de que forma o direito internacional é encarado sob a sua perspectiva e se o direito internacional preenche os requisitos necessários para ser visto como um sistema jurídico.

Para formular sua teoria, Hart aponta a existência da junção entre regras primárias e secundárias. As regras primárias seriam aquelas que expressam as obrigações gerais e que podem ser encontradas até mesmo nas mais primitivas sociedades.

Hart sustenta ainda que essas regras primárias não são capazes de formarem um sistema jurídico completo, elencando a incerteza de seu conteúdo, o caráter estático e a ineficiência da pressão social como os principais defeitos constantes nessas normas (HART, 2009, p. 120-121).

Hart considera que o problema da incerteza normativa seria solucionado a partir da concepção de uma regra que determina quais regras devem ser cumpridas – regra de reconhecimento. Já o problema do engessamento verificado no direito costumeiro é solucionado por Hart a partir de uma regra de modificação, a qual conferiria a determinada pessoa ou instituição o poder de alterar ou extinguir regras. O problema da ineficiência é combatido por Hart por meio da regra de julgamento, a qual conferiria poder a determinada instituição para aplicar as regras (HART, 2009, p. 121-128).

Concebendo o direito como uma construção social, ou seja, o direito sendo construído a partir de regras sociais observadas a partir da prática social. Neste ponto, Hart propõe uma abordagem que não requer alguma justificção ou pressuposição, afastando-se aqui da teoria legalista de Kelsen (GREEN, 2012, p. xvii).

Diferentemente de Austin, Hart não acredita na concepção de que todas as leis são comandos. Ao dar ênfase à validade a partir da regra de reconhecimento, ele reconhece a reflexividade da aplicação das leis. Além disso, por deixar de lado a concepção de que todas as leis são comandos, Hart também consegue compreender a existência de regras que conferem poderes.

Assim, para Hart existem duas condições mínimas, necessárias e suficientes, para a existência de um sistema jurídico. As normas de comportamento devem ser geralmente obedecidas e as normas de reconhecimento que especificam os critérios de validade jurídica e

as normas de modificação e julgamento devem ser aceitas como padrões públicos de comuns de comportamento oficial por parte das autoridades do sistema (HART, 2009, p. 150).

Tecidas essas brevíssimas considerações, estende-se o olhar agora para a forma com que Hart enxerga o direito internacional, especificamente abordado no capítulo 10 de sua obra *O conceito de Direito*.

Hart aponta que a ausência de um poder legislativo internacional, de tribunais com jurisdição compulsória e de sanções centralmente organizadas comprometem a utilização da expressão direito para o chamado direito internacional. Nesse sentido, a ausência dessas instituições representaria ainda a ausência no direito internacional das normas secundárias de modificação, julgamento e reconhecimento (HART, 2009, p. 276).

A ideia de que a vinculação do direito internacional estaria comprometida, pois o sistema careceria de sanções centralmente organizadas, é criticada por Hart, que procura se desvincular da concepção de que o direito é essencialmente uma questão de ordens apoiadas em ameaças.

Gunther Teubner (2003, p. 19), ao se debruçar sobre o estudo da *Lex Mercatoria* e de sua conformação como uma ordem jurídica transnacional, reduz a importância da sanção na estruturação de sistemas jurídicos. Teubner sustenta que, embora relevante em análises tradicionais como as de Austin e Weber, a concepção da sanção deixou de ter protagonismo nos debates atuais.

Nesse sentido, a crítica comumente feita à *Lex Mercatoria* de que tal ordem desconhece sanções jurídicas autônomas e depende de sanções impostas por tribunais nacionais é rechaçada por Teubner. Para ele, esse argumento superestima o papel das sanções.

A importância deve ser dada ao modo com que o discurso jurídico concreto comunica a sua pretensão de vigência, ou seja, “se um discurso jurídico especializado reivindica vigência mundial do mesmo modo que um discurso econômico, é irrelevante de onde vêm o apoio simbólico da sua pretensão de vigência como sanção, seja de instituições locais ou regionais seja de instituições nacionais” (TEUBNER, 2003, p. 19).

Embora afirme que devemos nos libertar da suposição de que o direito internacional deve necessariamente conter uma norma fundamental, Hart rechaça as analogias comumente feitas entre o direito internacional e o direito interno. Para ele, as normas em operação do direito internacional não compõem um sistema, mas um simples conjunto de normas (HART, 2009, p. 304-305).

Nesse sentido, Hart reconhece que as analogias entre o direito interno e o direito internacional podem, no futuro, se tornar mais consistentes, sendo possível verificar não só a compatibilidade de conteúdo, como também a similaridade de forma. Em suas palavras:

Talvez o direito internacional esteja atualmente num estágio de transição rumo à aceitação desta e de outras formas que, em termos de estrutura, o aproximariam mais de um sistema de direito interno. Se, e quando, essa transição se completar, as analogias formais, que parecem atualmente pouco substanciais e até enganosas, adquiririam substância, e as últimas dúvidas do cético sobre a “qualidade” jurídica do direito internacional poderiam então ser descartadas. Até que se atinja esse estágio, as analogias se referem certamente à função e ao conteúdo, mas não à forma. (HART, 2009, p. 305.)

Portanto, para Hart, a sistemática do direito internacional no contexto da década de 1960, não preencheria os requisitos necessários à conformação de um sistema jurídico, na medida em que se verifica a ausência de regras secundárias, de um poder legislativo organizado e de tribunais com jurisdição compulsória.

Tal argumentação é rechaçada por Jeremy Waldron, em seu trabalho intitulado *International Law: a Relatively Small and Unimportant Part of Jurisprudence?*. Waldron sustenta que o direito internacional, em sua conformação, comporta regras secundárias e instituições mais consolidadas (WALDRON, 2013, p. 215).

O fortalecimento da Corte Internacional de Justiça, a qual está longe de representar apenas uma função arbitral, diante de sua presença contínua no cenário internacional, evidencia, assim, a presença de uma regra secundária, conforme preceituado por Hart.

Negando a concepção Hartiana de que o direito internacional consubstanciaria apenas um sistema de regras primárias, Waldron argumenta que o simples fato de o direito internacional não possuir um parlamento desconsidera a natureza diferente do sistema de produção normativa do direito internacional (WALDRON, 2013, p. 217).

Apesar de contarem com diferentes estruturas e formas de sistematização para a produção e aplicação de obrigações, isso não significa que a ordem internacional e a ordem interna sejam necessariamente díspares ou impossíveis de serem complementadas uma pela outra. Assim como na ordem interna, a ordem internacional também possui normas produzidas por seus agentes, jurisdições previamente determinadas e posicionamentos jurisprudenciais críticos, seja por voluntarismo ou por consenso.

Joshua Kleinfeld (2010, p. 2453-2454) por sua vez, sustenta que a discussão em torno da existência do direito internacional, como direito propriamente dito, apresenta três tipos de argumentos. O primeiro argumento é o chamado argumento dedutivo, ou seja, o

direito é algo e o direito internacional será direito se preencher algo. Entretanto tal argumento é problemático, pois enseja a tomada de um ponto de partida que considere uma teoria do direito que possa ser totalizante.

O segundo argumento apresentado por Kleinfeld é chamado por ele de argumento de ideologia. O direito internacional no avançando na busca de bens sociais deve ser revestido do caráter de direito. O problema aqui apresentado é a utilização da palavra direito como instrumento político.

Por fim, Kleinfeld apresenta o argumento da impaciência, por meio do qual os teóricos sustentam que devemos apenas superar essa discussão, ou que essa discussão é inócua ou mal formulada.

Entretanto, na mesma linha de Shapiro e Hathaway, Kleinfeld considera que essa questão é muito relevante para ser deixada de lado a partir da mera argumentação de que seria uma questão supostamente superada.

O que se apresentará a seguir é uma abordagem focada na aplicação do direito internacional a partir do conceito de isolamento (*outcasting*) desenvolvido por Scott Shapiro e Oona Hathaway.

### **3 ISOLAMENTO COMO MECANISMO DE AFIRMAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL**

#### **3.1 Visão Geral**

Shapiro, em seu artigo escrito em coautoria com Oona Hathaway, parte da pergunta sobre se o direito internacional de fato é direito por entender que não se trata de uma indagação ultrapassada, que não mais mereceria atenção doutrinária. Segundo os autores, esta pergunta seria o primeiro passo para chegar a entender se e como o direito internacional é capaz de influenciar o comportamento dos Estados (HATHAWAY; SHAPIRO, 2011, p. 255).

Ao responderem à primeira indagação, Shapiro e Hathaway afirmam que sim, embora a identificação sobre como se dá a influência do direito internacional seja dificultada pela visão dominante, e limitada, de que para ser direito é preciso que, tal como ocorre nos Estados modernos, este sistema conte com mecanismos internos de aplicação de suas próprias regras, os quais empreguem a força e a intimidação por meio da violência para fazer cumprir suas próprias regras, ao que os autores chamaram Concepção do Estado Moderno (HATHAWAY; SHAPIRO, 2011, p. 268). Como o direito internacional não cumpre com estes requisitos mínimos, ele não poderia, sob essa perspectiva, ser considerado direito.

De acordo com os autores, todavia, a imposição interna por meio da força não é a única forma utilizada pelo direito para que possa fazer valer suas regras e, assim, influenciar o comportamento de seus destinatários. É possível que as regras sejam impostas por agentes externos, que não fazem parte da burocracia que criou estas regras. Além disso, a força, ou a ameaça de uso da violência, não é a única maneira de se impor regras. A ameaça aos desobedientes de exclusão ou isolamento por meio da negação dos benefícios gerados pela cooperação social em determinada comunidade também é uma forma de fazer cumprir as regras (HATHAWAY; SHAPIRO, 2011, p. 258). É o que os autores chamam de *outcasting*.

Joshua Kleinfeld, (2015, p. 293), analisando a pesquisa de Shapiro e Hathaway sustenta que, seja qual for a concepção que se dê para a imposição do direito, é desarrazoado excluir o isolamento dessa concepção, pois historicamente o isolamento vem sendo utilizado como mecanismo de imposição do direito.

É preciso entender, assim, a existência de dois eixos de interpretação sobre os mecanismos de aplicação do direito: interno e externo, físico e não-físico, o que é representado no seguinte diagrama elaborado por Shapiro e Hathaway (HATHAWAY; SHAPIRO, 2011, p. 303).

	Interno	Externo
Físico	Concepção do Estado Moderno	Imposição física externa
Não-físico	Isolamento interno	Isolamento externo

Como é possível perceber, a imposição interna por meio da força, típica da Concepção do Estado Moderno, e utilizada largamente para negar o caráter jurídico do direito internacional, é apenas uma das formas de imposição do direito. E como, de fato, o direito internacional não se utiliza dela para se afirmar, aqueles que entendem que esta é a única forma que o direito pode adquirir, negarão seu caráter jurídico.

Uma vez retiradas as vendas impostas pela Concepção do Estado Moderno, e com uma visão ampliada de direito, que reconhece que o isolamento e a imposição externa também são verdadeiramente direito, o direito internacional ganha outra luz, inteiramente nova. Segundo Hathaway e Shapiro, seguir o caminho apontado pela Concepção do Estado Moderno faz com que sejam feitas as perguntas erradas, tendo como consequências respostas igualmente erradas.

O direito internacional não atende aos requisitos da Concepção do Estado Moderno uma vez que quase nada nele é imposto por meio da força bruta empregada por uma instituição que busca impor suas próprias regras. A objeção da força bruta está enraizada a partir da disseminada visão de que o direito e a coerção física estão intimamente conectas. “Todavia, o mais interessante não é o que o direito internacional não é, mas *o que ele é*. E ele é direito que opera quase inteiramente por meio do isolamento e da imposição externa.” (HATHAWAY; SHAPIRO, 2011, p. 302).

A exclusão dos benefícios existentes em razão da participação de determinada comunidade é a principal forma de aplicação do direito internacional (CHAYES; CHAYES, 1995, p. 68), levada a cabo não pelas estruturas burocráticas dos organismos internacionais, mas sim pelos Estados que dele fazem parte. Trata-se de uma nova forma de entendimento das estruturas básicas fundacionais do direito internacional.

A crítica que se faz ao direito internacional quanto a essa forma de aplicação do direito, por meio de terceiros, é chamada por Shapiro e Hathaway de objeção de internalidade. Para rechaçar essa objeção ao direito internacional, os autores apresentam o exemplo da Organização Mundial do Comércio (OMC), a qual é considerada uma das mais consolidadas e efetivas organizações internacionais, mas não possui autoridade sob o direito internacional para impor suas regras.

A imposição das regras do comércio internacional é realizada por meio de um sistema de adjudicação compulsória por terceiros. Os Estados concordam em resolver as disputas exclusivamente por meio desse sistema, constando ainda a previsão de autorizadas retaliações econômicas (HATHAWAY; SHAPIRO, 2011, p. 266).

Os autores reconhecem que o conceito de isolamento (*outcasting*) é parcialmente refletido na doutrina quando esta trata de questões como descrédito, desonra ou vergonha (*shaming*) perante os demais Estados causados pelo descumprimento das regras internacionais e suas consequências colaterais, algo reconhecido, por exemplo, no campo do direito internacional dos direitos humanos (HATHAWAY; SHAPIRO, 2011, p. 309).

Todavia, segundo os autores, esta reação negativa é apenas uma parte do isolamento, e que quando esta forma de aplicação é explicitamente contemplada pelo direito como forma de compelir à sua aplicação aí sim estar-se-á tratando de isolamento. O sistema de apresentação anual de relatórios sobre a violação de direitos humanos, e a possibilidade de críticas pelas própria organização resultante de determinado tratado internacional, ou mesmo por organizações não governamentais, são formas, respectivamente, de isolamento interno e de isolamento externo.



Para que se compreenda melhor a noção de isolamento externo desenvolvida por Shapiro e Hathaway, necessário se faz apresentar as variações possíveis em sua aplicação.

### **3.2 Diferentes formas de isolamento externo**

As categorias por meio das quais os autores analisam o isolamento externo consideram se o regime de aplicação é: 1) permissivo ou obrigatório; 2) baseado em julgamento ou não (*adjudicated or nonadjudicated*); 3) em espécie ou não; 4) proporcional ou não; e 5) se é aplicado apenas por membros diretamente afetados ou também por terceiros.

Por meio destas categorias é possível identificar o desenho institucional de cada regime internacional, uma nova maneira de investigar a forma pela qual o direito internacional influencia o comportamento dos Estados, ajudando pesquisadores e profissionais a compreender e prever as deficiências e pontos fortes do direito internacional (HATHAWAY; SHAPIRO, 2011, p. 310)

Um regime de isolamento externo pode tanto permitir que os Estados neguem a um Estado isolado as benesses da cooperação como pode obrigar que o façam. Seria, no primeiro caso, permissivo e, no segundo, obrigatório. Trata-se, assim, do comportamento exigido dos Estados que aplicarão o isolamento. A título exemplificativo, o sistema da Organização Mundial do Comércio (OMC), como se verá, é permissivo, enquanto o das sanções econômicas estabelecido pelo capítulo VII da Carta da Organização das Nações Unidas (ONU) é obrigatório.

Alguns regimes exigem julgamento para que opere o isolamento externo. Não se trata apenas de regimes que envolvem um processo legal levado a cabo por um tribunal, mas, na verdade, de todos aqueles que requerem que determinado órgão se pronuncie sobre a violação de uma norma para que o isolamento opere, emanando, assim, decisão que é autorizativa para as partes.

Por outro lado, um sistema não pautado no julgamento permite o isolamento sem que se tenha que recorrer a um órgão decisório dotado de autoridade. O sistema de retaliação estabelecido por alguns tratados, que permitem que os Estados tomem determinadas medidas para fazer valer seus direitos face a violações por parte de outro Estado, conhecido como sistema das contramedidas, ou medidas defensivas, é um exemplo de sistema não baseado em julgamento. O regime da OMC, por sua vez, é baseado em julgamento.

O tipo de retaliação permitido pelo sistema também é uma forma de análise. Será em espécie a retaliação que negará ao Estado isolado o mesmo benefício que ele negou aos demais Estados ao violar as regras do regime. Não em espécie será a retaliação que negue

outros tipos de benefício que não aquele negado pelo Estado isolado como consequência de sua violação. Os autores chamam o segundo tipo de “*cross-countermeasures* (HATHAWAY; SHAPIRO, 2011, p. 316), ou contramedidas cruzadas”. Assim, avalia-se se a medida adotada é recíproca ou não.

O exemplo oferecido pelos autores de retaliação em espécie é o do União Postal Universal, organização intergovernamental que organiza o sistema de correspondências. Caso um Estado se negue, por exemplo, a entregar correspondências vindas de determinado membro, este poderá se negar a entregar as correspondências daquele. As contramedidas cruzadas, por sua vez, serão geralmente utilizadas quando for ilegal, impossível ou extremamente caro aplicar medidas de mesma espécie. Nos sistemas de proteção dos direitos humanos, a retaliação por uma violação não pode ser, também, uma violação da mesma espécie. É impensável que um Estado torture um cidadão de outro Estado no qual foram constados casos de tortura, por exemplo.

Os regimes irão requerer que a retaliação seja proporcional ao dano causado pelo Estado isolado ou permitirão que não o seja. As retaliações em espécie costumam ser proporcionais, sendo que o mesmo ocorre com as contramedidas. Já as medidas adotadas de acordo com o Cap. VII da Carta da ONU podem não ser proporcionais.

Outra questão é a definição sobre quais membros do regime estão legitimados para aplicar a retaliação: se somente aqueles que foram afetados pela conduta ilegal do Estado isolado ou se terceiros também o podem. O sistema da OMC permite apenas aos afetados. Já no sistema estabelecido pelo Cap. VII da Carta da ONU, a retaliação por terceiros é permitida e, algumas vezes, até mesmo requerida e obrigatória.

A partir das características apresentadas acima, seria simples o isolamento do tipo permissivo, não baseado em julgamento, em espécie, proporcional e aplicado apenas por quem é diretamente afetado, o que é possível quando o acordo cria somente benefícios privados. É o caso de acordos que liberam o voo de aeronaves estrangeiras sobre o território dos membros, que garantem a proteção legal de diplomatas, ou mesmo acordos de extradição recíproca.

### **3.3 Isolamento e desenho institucional: como garantir a aplicação do direito**

É preciso ir às características particulares subjacentes de cada regime jurídico para definir o melhor desenho institucional e aprimorar as soluções encontradas para aplicar o direito. Partindo desta concepção, os autores apresentam alguns desenhos institucionais que

demonstram como o isolamento pode ser eficiente como forma de influenciar no comportamento dos Estados (HATHAWAY; SHAPIRO, 2011, p. 320).

O custo gerado pelo isolamento é o primeiro problema prático enfrentado pelos autores. O isolamento pode ser caro não apenas para o Estado isolado, cujo custo é medido pelos benefícios que ele deixa de ter por ter sido excluído do sistema, mas também para aquele(s) que o isola(m): afinal, os benefícios da cooperação compartilhados pela comunidade deixam de existir para ambos (todos).

Ocorre que as suspensões ou exclusões de membros pode representar também o enfraquecimento de determinada organização, especialmente para aquelas em que a universalidade é um valor bastante caro aos seus propósitos. Organizações que lidam com questões climáticas estão interessadas em terem o maior número de países membros seguindo suas diretrizes. Isso demonstra que, assim como as sanções militares e econômicas, as sanções de exclusão também possuem elevados custos políticos (CHAYES; CHAYES, 1995, p. 85)

Para evitar que esta análise de custo seja utilizada pelos Estados, que poderiam preferir por não isolar e, assim, não aplicar o direito internacional, fazê-lo obrigatório seria uma forma de resolver o problema.

Quando o regime cria benefícios públicos ao invés de privados, as contramedidas cruzadas, ou seja, o uso de retaliações não em espécie pode ser uma saída. Em sistemas de proteção dos direitos humanos ou do meio-ambiente, as medidas de isolamento simples são ineficazes, ilegais e ilógicas. Assim, inserir estes sistemas em estruturas maiores, que envolvem outros interesses políticos e econômicos é uma forma de permitir contramedidas cruzadas, que terminarão por fazer cumpridas as normas.

Os desenhos institucionais também podem ser formas de criar a possibilidade de contramedidas cruzadas. O sistema da Agência Internacional de Energia Atômica, por exemplo, busca o não desenvolvimento de armas atômicas pelos Estados. Para garantir o objetivo, ela incentiva o desenvolvimento de tecnologia nuclear para fins pacíficos, disponibilizando especialistas, expertise e até quantias em dinheiro. Caso haja descumprimento, os benefícios cessam.

Existirão casos em que o isolamento será muito atrativo. Por vezes os Estados podem estar buscando a escusa legal necessária para isolar determinado Estado suspeito de violação: pense-se no caso de tratados que estabelecem benefícios econômicos pensados para o desenvolvimento igualitário de seus membros, com a definição, por exemplo, de isenções recíprocas de impostos de importação e exportação. É atrativa a perspectiva de negar o benefício pela suspeita de violação do tratado e, assim, arrecadar valores que não iriam para

os cofres públicos com a aplicação do tratado. O julgamento por um terceiro desinteressado garantirá que a ilegalidade de fato ocorreu, eliminando a possibilidade de a acusação ser somente uma desculpa e, também, um ciclo de retaliação e contra-retaliação. A retaliação proporcional serve como um tipo de compensação caso seja levada a cabo pela parte que sofreu os danos.

Os autores tratam, ainda, da possibilidade de que o isolamento apenas por parte daquele que é afetado pode não ter o efeito esperado de mudar o comportamento do Estado isolado. Para resolver a questão, terceiros podem ser envolvidos e ajudar nesse processo.

#### **4. AS SANÇÕES DE ISOLAMENTO – EXEMPLOS E ANÁLISES**

Após a abordagem quanto ao isolamento propriamente dito, dedica-se aqui ao entendimento mais específico do principal modo como o isolamento é utilizado, qual seja, a partir da instituição dos exemplos das sanções de isolamento. Shapiro e Hathaway discutem a existência dessas sanções em dois sistemas jurídicos pré-modernos: o direito islandês medieval e o direito canônico (HATHAWAY; SHAPIRO, 2011, p. 283).

Quanto ao direito islandês medieval, embora existisse um bem desenvolvido sistema legislativo e judicial não havia instituições executivas. Não havia exército, tampouco oficiais para fazerem cumprir as decisões. A vítima tinha que buscar nos fóruns judiciais. Os culpados eram sancionados em três tipos de multas. Os casos mais graves ensejavam o banimento. Alguém era declarado banido, perdendo seus direitos de membro da comunidade, perdendo sua propriedade.

A conclusão dos autores é de que, embora o sistema medieval islandês não tivesse polícia, procuradores públicos ou prisões, não significava que o direito não era aplicado. Aqueles que quebrassem as regras estavam sujeitos a sanções. O direito islandês externalizada a aplicação para atores privados pela técnica de isolamento. Ao quebrar uma lei, o infrator era visto como um isolado social, sendo-lhe negados os benefícios da comunidade e da cooperação social.

O direito canônico clássico, assim como o direito medieval islandês, também possui um sistema jurídico e aplica o direito, embora na ausência de instituições coercitivas internas. O direito canônico era capaz de aplicar suas regras, embora não fosse autorizado a usar coerção física. Como não penalizada o corpo, era penalizada a alma. A excomunhão é uma forma de isolamento, pois separa a pessoa da comunidade. Importante lembrar que existem dois níveis de excomunhão: o menor, a partir do qual a pessoa ficava privada dos sacramentos religiosos e o maior, que deixava a pessoa excluída do convívio comum.

Robin Bradley Kar (2011, p. 469) argumenta que estes exemplos apresentados por Shapiro e Hathaway são muito estreitos e técnicos, sendo possível perceber este fenômeno no direito privado moderno. De acordo com ele, a quebra de um contrato pode dar o direito à parte lesada de deixar de cumpri-lo, de modo que isso representaria o isolamento da outra parte dos benefícios do que foi avençado.

As sanções de isolamento são métodos de aplicação do direito frequentemente utilizados para isolar nações e excluí-las da comunidade internacional. Nesse sentido, o artigo 5º da Carta da ONU é um desses exemplos, ao estabelecer a possibilidade de suspensão dos direitos e privilégios de membro a partir de recomendação do Conselho de Segurança<sup>1</sup>.

Um dos melhores exemplos de isolamento externo oferecido pelo direito internacional é o da OMC. Atualmente a Organização conta com 161 Estados-membros<sup>2</sup>, o que representa quase 95% de todo o comércio mundial e é considerada como uma das organizações internacionais mais efetivas existentes, mesmo sem contar com a autoridade de impor as regras que cria por meio da força. O sistema adotado para poder valer suas regras se baseia na aplicação compulsória por terceiros (HOEKMAN; MAVROIDS, 2007, p. 77). Ao tornar-se membro da OMC, o Estado concorda em submeter todas as suas disputas relativas ao comércio internacional ao sistema de resoluções da Organização, o que garante nenhum Estado definirá unilateralmente que as práticas de outro Estado são ilegais.

De forma simplificada, a administração e coordenação do sistema de solução de controvérsias da OMC é realizada pelo Órgão de Solução de Controvérsias, composto por diplomatas e embaixadores dos países membros da OMC. Em caso de litígio, e frustrada a fase preliminar de consultas, o Órgão de Soluções de Controvérsias estabelece painéis independentes, corpos *ad hoc* com a função de solucionar, em primeira instância, os litígios. As decisões dos painéis são posteriormente revisadas pelo Órgão de Apelação, também composto por membros designados pelo Órgão de Solução de Controvérsias. Para evitar retaliações, os Estados são requeridos a acatar a decisão dos referidos órgãos. Caso contrário, a imposição se dará por meio de retaliações econômicas autorizadas por parte da parte do Estado afetado pela atitude ilegal do membro condenado.

---

<sup>1</sup> Artigo 5: O Membro das Nações Unidas, contra o qual for levada a efeito ação preventiva ou coercitiva por parte do Conselho de Segurança, poderá ser suspenso do exercício dos direitos e privilégios de Membro pela Assembléia Geral, mediante recomendação do Conselho de Segurança. O exercício desses direitos e privilégios poderá ser restabelecido pelo conselho de Segurança.

<sup>2</sup> De acordo com o site oficial da Organização Mundial do Comércio, o último membro a aderir foi a República de Seicheles, em 26 de abril de 2015. As informações estão disponíveis online em <[https://www.wto.org/english/thewto\\_e/whatis\\_e/tif\\_e/org6\\_e.htm](https://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/org6_e.htm)>, acesso em 9 de julho de 2015.

Fica claro, assim, que as normas da OMC não são impostas pelos oficiais da Organização, mas sim pelos Estados-membros, por meio de delegação da própria OMC, os quais estão proibidos de utilizar a força para impor as regras, sendo a ele permitido unicamente as retaliações econômicas previamente definidas pelas instâncias de solução de controvérsias da OMC. Trata-se, frise-se, de uma permissão para atuar, e não uma imposição de que a retaliação ocorra.

Se analisado de acordo com as categorias de isolamento externo apresentadas por Shapiro e Hathaway, o sistema da OMC é um claro exemplo de isolamento permissivo, em espécie, proporcional, baseado em julgamento, e no qual apenas membros diretamente afetados pela violação das regras podem aplicar retaliações.

Outro exemplo do direito internacional é oferecido pelo sistema de retaliações sem o emprego de força estabelecido pelo Capítulo VII da Carta das Nações Unidas, mais especificamente em seu art. 41<sup>3</sup>. O Conselho de Segurança, de acordo com o art. 24.1 da Carta, é o órgão responsável pela manutenção da paz e da segurança mundiais. De acordo com o art. 39 da Carta, no exercício desta função principalíssima, o Conselho “determinará a existência de qualquer ameaça à paz, ruptura da paz ou ato de agressão, e fará recomendações ou decidirá que medidas deverão ser tomadas de acordo com os Artigos 41 e 42<sup>4</sup>, a fim de manter ou restabelecer a paz e a segurança internacionais”.

De acordo com o art. 41, o Conselho tem a prerrogativa de definir que medidas, sem o emprego da força, deverão ser tomadas para tornar efetivas suas decisões em prol da manutenção da paz e da segurança, convocando<sup>5</sup> os Estados-membros a adotá-las. Como o próprio art. 41 estabelece, estas medidas podem variar da interrupção parcial à interrupção completa das relações econômicas com o Estado infrator, dos meios de comunicação

---

<sup>3</sup> Artigo 41. O Conselho de Segurança decidirá sobre as medidas que, sem envolver o emprego de forças armadas, deverão ser tomadas para tornar efetivas suas decisões e poderá convidar os Membros das Nações Unidas a aplicarem tais medidas. Estas poderão incluir a interrupção completa ou parcial das relações econômicas, dos meios de comunicação ferroviários, marítimos, aéreos, postais, telegráficos, radiofônicos, ou de outra qualquer espécie e o rompimento das relações diplomáticas.

<sup>4</sup> A dinâmica do art. 42 não pode ser analisada como exemplo de *outcasting* por ser a hipótese de permissão do uso da força por parte dos Estados-parte mediante decisão do Conselho de Segurança: Artigo 42. No caso de o Conselho de Segurança considerar que as medidas previstas no Artigo 41 seriam ou demonstraram que são inadequadas, poderá levar a efeito, por meio de forças aéreas, navais ou terrestres, a ação que julgar necessária para manter ou restabelecer a paz e a segurança internacionais. Tal ação poderá compreender demonstrações, bloqueios e outras operações, por parte das forças aéreas, navais ou terrestres dos Membros das Nações Unidas.

<sup>5</sup> Ainda que tradução oficial para o português, existente no Decreto nº 19.841, de 22 de outubro de 1945, afirme que o Conselho de Segurança “poderá convidar os Membros das Nações Unidas a aplicarem tais medidas”, trata-se de um erro de interpretação da expressão em inglês no original “*call upon*”, que significa demandar, convocar.

ferroviários, marítimos, aéreos, postais, telegráficos, radiofônicos, ou de outra qualquer espécie e incluir, ainda, o rompimento das relações diplomáticas.

Este é um exemplo de isolamento obrigatório, não em espécie, que pode ou não ser proporcional, baseado em julgamento e no qual terceiros são chamados a aplicar as retaliações.

As organizações internacionais desempenham valorosos e essenciais papéis para seus membros, que possuem forte interesse em permanecerem dentro dessa lógica já estabelecida.

As sanções econômicas somadas ao ostracismo ocorrido no âmbito das agências da ONU, chegando até a própria expulsão das Nações Unidas em 1974, são exemplos das punições sofridas pela África do Sul em decorrência da adoção do regime de apartheid nesse país.

Abordando as sanções de exclusão ocorridas com a África do Sul, Abram Chayes e Antonia Handler Chayes abordam as sanções ocorridas no âmbito das seguintes instituições, dentre outras: Organização Internacional do Trabalho (OIT), União Internacional de Telecomunicações (UIT), Organização para Alimentação e Agricultura (FAO), UNESCO, Organização da Aviação Civil Internacional (CHAYES; CHAYES, 1995, P. 71).

Embora não tenha como estabelecer precisamente as consequências das sanções de exclusão experimentadas pela África do Sul, o isolamento das principais agências da ONU e a proibição da participação em sua Assembleia Geral acabou criando um clima favorável às mudanças políticas ocorridas a partir de 1991.

Entretanto, deve-se fazer a ressalva de que apesar das sanções de exclusão da África do Sul serem um claro exemplo do poder dessas sanções, tal situação não parece ser a mais adequada para servir de parâmetro, tendo em vista a singularidade do *apartheid* e a enorme rejeição da comunidade internacional a esse regime.

Dominique Carreau, ao analisar os fenômenos da mundialização e da transnacionalização do direito internacional também destaca a importância das sanções de exclusão, como forma de aplicação do direito. Carreau sustenta que as sanções no contexto internacional são empreendidas de maneira atípica. Como exemplos de sanção, elenca as sanções morais (pressão dos pares), sanções profissionais (suspensão das atividades ou imposição de medidas disciplinares) e sanções financeiras (pagamento de multas ou penalidades) (CARREAU, 2006, p. 192).

Além das sanções referidas, é também reconhecida a existência da sanção de exclusão do membro recalcitrante. Carreau, seguindo a mesma linha de Shapiro, sustenta que

a sanção de exclusão constitui a versão secular da excomunhão no mundo clerical (CARREAU, 2006, p. 192).

A relevância e gravidade das sanções de exclusão é tamanha que a própria ameaça já pode muitas vezes produzir os efeitos pretendidos. Carreau cita um exemplo extraído da *Lex Sportiva*:

Diante dos reveses da equipe de futebol francesa na Copa do Mundo organizada em 2010 na África do Sul, o Ministro dos Esportes da época considerava-se no direito de exigir a demissão do presidente da Federação Francesa de Futebol. Ele se viu imediatamente repreendido pela Federação Internacional, que enfatizou a necessidade da regra fundamental de independência do mundo esportivo e do mundo político. O Ministro, então, seguiu a advertência (CARREAU, 2006, p. 192, tradução nossa)<sup>6</sup>.

Ainda quanto à *Lex Sportiva*, entendida como a ordem jurídica transnacional em conexão com o esporte, é importante frisar que o isolamento constitui aqui fundamental mecanismo de afirmação da própria ordem. A consolidação dos principais institutos formadores da ordem jurídica transnacional desportiva como o Comitê Olímpico Internacional (COI), a Agência Mundial Antidoping, as federações internacionais e o Tribunal Arbitral do Esporte representam a crescente autonomia que essa ordem jurídica reclama.

A composição estrutural baseada em uma tendência centralizadora da *Lex Sportiva* evidencia um conjunto harmônico de relações que operam em diferentes níveis.<sup>7</sup> Nesse sentido, a *Lex Sportiva* apresenta uma conformação hierarquizada que permite a utilização com grande eficácia das sanções de isolamento.

Diante disso, é possível perceber inúmeros exemplos de aplicação da sanção de isolamento no referido contexto. Em 2012, a Associação Olímpica da Índia foi suspensa pelo COI, em função de descumprimento da Carta Olímpica a partir de interferência governamental em suas eleições. Tal suspensão acarretou enormes prejuízos, na medida em que, diante da estrutura hierarquizada esportiva, fez com que os atletas indianos fossem impedidos de participar de qualquer atividade esportiva internacional sob a égide do COI.

---

<sup>6</sup> Tradução livre do trecho: “A la suite des déboires de l’équipe de France de football lors de la coupe du monde organisée en 2010 en Afrique du Sud, le ministre des Sports de l’époque s’estima fondé à demander la démission du président de la Fédération française de football; il se vit immédiatement appelé à l’ordre par la Fédération internationale concernée qui ne manqua pas d’insister sur le nécessaire respect de cette règle fondamentale qu’est l’indépendance du monde sportif par rapport au monde politique; l’avertissement fut entendu.”

<sup>7</sup> Quanto à essa hierarquização, é importante mencionar que o COI possui a prerrogativa de reconhecer apenas um comitê olímpico em cada país e uma única federação internacional por modalidade esportiva. As federações internacionais, por sua vez, reconhecem apenas uma única federação nacional em cada país. Os atletas, então, estabelecem relações em âmbito nacional com o comitê olímpico nacional e com a federação nacional de sua modalidade. Essas relações estão também diretamente vinculadas aos organismos internacionais formando, portanto, uma estrutura hierarquizada.



Outros exemplos extremamente comuns no âmbito da *Lex Sportiva* dizem respeito ao banimento de atletas determinado pelas federações ou pelos comitês olímpicos, seja em casos de dopagem ou em casos em que sejam constatadas graves infrações aos princípios esportivos.

## 5 CONCLUSÕES

As ideias de Shapiro e Hathaway significam uma verdadeira quebra de paradigmas e o estabelecimento de uma nova forma de enxergar a própria força normativa do direito internacional. Não se pode aferrar a um modelo de aplicação do direito que depende da força e de estruturas burocráticas internas para impor suas regras. O que diferencia os sistemas jurídicos são seus instrumentos sofisticados para garantir mudanças sociais por meio da criação e aplicação de regras. O uso da força não é um requisito, mas apenas uma das formas de fazer cumprir as regras, a qual alguns regimes jurídicos julgam como apropriada em uma análise de custo-benefício.

Como visto, não é por que o direito internacional não obedece a Concepção do Estado Moderno que ele não pode ser considerado direito. O que importa, na verdade, é sua capacidade de influenciar a mudança de comportamento dos Estados, mesmo que isso seja feita de uma forma que não se assemelha à utilizada pelo direito interno dos Estados.

Os autores, mesmo defendendo a juridicidade do direito internacional e sua capacidade impor suas regras por meio da ameaça aos desobedientes de exclusão ou isolamento por meio da negação dos benefícios gerados pela cooperação social em determinada comunidade, afirmam que haveria limitações à sua utilização. Para eles, as limitações estariam no fato de este tipo de sistema depender da cooperação entre os Estados, de serem as retaliações condutas que em sua essência negam as regras do sistema (sendo lícitas apenas pelo fato de sua legitimidade vir do próprio sistema), de o sistema terminar beneficiando os mais fortes pelo receio que os mais fracos teriam de perder os benefícios oferecidos pelos mais fortes, e na impossibilidade do uso da força. Apesar da opinião deles, defende-se aqui que tratam-se, na verdade, de desafios que devem ser enfrentados e superados por meio dos desenhos institucionais adotados.

Uma das consequências mais interessantes trazidas pela análise do direito internacional pela ótica do isolamento externo é a de que o direito internacional não retira a soberania dos Estados, o que seria para alguns o motivo para não aceitá-lo ou aplicá-lo. Na verdade, ele respeita a soberania e a autodeterminação dos Estados uma vez que o único que ele pode negar são os benefícios que cria baseado na cooperação mútua entre os Estados.

Assim, ao não se vincularem, os Estados não estão afirmando sua soberania, mas simplesmente perdendo a oportunidade de se beneficiarem do sistema isolando-se voluntariamente.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

CARREAU, Dominique. Mondialisation et Transnationalisation du Droit International. In: CALDEIRA, L. N. (Coord.). **Anuário Brasileiro de Direito Internacional**. – v.1, n.1, Belo Horizonte, 2006. p. 167-205

CHAYES, Abram, CHAYES, Antonia H., **The New Sovereignty: Compliance with International Regulatory Agreements**. Harvard University Press: London, England, 1995.

GREEN, Leslie. Introduction. In: HART, H. L. A. **The Concept of Law** 3. Ed. Clarendon Law Series: Oxford, 2012, p. xvii

HART, H. L. A. **O Conceito de Direito**. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009

HATHAWAY, Oona A; SHAPIRO, Scott J. Outcasting: Enforcement in Domestic and International Law. In: \_\_\_\_\_. **Yale Law Journal**. v.1, n. 2, 2011.

HOEKMAN, Bernard M., MAVROIDS, Petros C. **The world trade organization: law, economics, and politics**. Nova Iorque: Routledge, 2007

KAR, Robin Bradley. **Outcasting, Globalization, and the Emergence of International Law**. The Yale Law Journal Online. Disponível em <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1972420](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1972420)> Acesso em 2 jul. 2015.

KLEINFELD, Joshua **Skeptical Internationalism: A Study of Whether International Law Is Law**. Fordham Law Review., Vol. 78, Issue 5. 2010.

KLEINFELD, Joshua. **Enforcement and the Concept of Law**. The Yale Law Journal Online. Disponível em <[http://www.yalelawjournal.org/pdf/1029\\_pxcrnhac.pdf](http://www.yalelawjournal.org/pdf/1029_pxcrnhac.pdf)> Acesso em 2 jul. 2015

SHAPIRO, Scott J. **Legality**, The Belknap Press of Harvard University Press: London, England, 2011.

TEUBNER, Gunther. **A Bukowina Global sobre a Emergência de um Pluralismo Jurídico Transnacional**. Revista de Ciências Sociais e Humanas, v. 14, n. 33. Piracicaba. 2003

WALDRON, Jeremy. International Law: 'A Relatively Small and Unimportant' Part of Jurisprudence? In: \_\_\_\_\_. **Public Law Research**. NYU School of Law, 2013. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2326758](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2326758)>. Acesso em 1 jul. 2015