

Análise Crítica dos Fundamentos de Validade da Norma Jurídica Internacional

Augusto Zimmermann*

1. Introdução

O escopo deste artigo é perfazer uma análise crítica dos postulados teóricos de validade ou negação da norma jurídica internacional. Neste aspecto, vale salientar a presente intensificação das relações jurídicas internacionais, podendo-se dizer que as normas estabelecidas pelos Estados estão sendo fortemente modificadas, em face do contínuo processo de institucionalização da sociedade internacional. Mas o que faremos, principalmente, é abordar o ordenamento internacional sob o prisma da efetividade de uma resposta à sua violação, naquilo que valeria corresponder a real eficácia jurídica dos preceitos deontológicos aqui existentes. Além disso, é importante verificar a relação jurídica entre a norma interna e a norma internacional, especialmente no tocante à possibilidade de conflito de disposições normativas.

2. Fundamento Jusnaturalista do Direito Internacional

Conquanto se constitua no conjunto de normas jurídicas pertencente às coletividades humanas, o Direito Internacional surge anteriormente à formação do Estado, que é sociedade política emergida em fins da Idade Média e início da Renascença. A sociedade internacional, bem como as suas regras de convivência pacífica entre os povos, contudo, estão presentes desde os tempos mais longínquos da Antigüidade. A figura do Estado, por outro lado, chegaria mais tarde a ser considerada como a única concretamente atuante nas relações jurídicas internacionais. Hoje, porém, isto não mais condiz com a realidade, haja vista a presença marcante das organizações internacionais, intergovernamentais ou não, formadas para o atendimento específico de vários objetivos sócio-culturais, econômicos, religiosos, políticos, etc. De igual modo, o próprio ser humano, inicialmente preterido em face das soberanias estatais que tudo podiam fazer sobre ele, inclusive retirando-lhe a vida, tornar-se-ia a figura maior de todo o sistema jurídico internacional; a ser protegido e dignificado, mediante uma concepção humanista das orientações jusnaturalistas e democráticas que se dispõem ao seu serviço. Diversas organizações são assim formadas para a sua defesa, fomentando-se uma autêntica internacionalização dos direitos considerados inalienáveis e imprescritíveis à pessoa humana.

Equívoca-se, pois, aquele que pensa ser a sociedade internacional formada pela vontade pura e simples dos Estados. Na realidade, ela é mais verdadeiramente caracterizada no fato da sua existência não estar fundamentada em nenhum outro ordenamento positivo qualquer, mas como o fruto de uma necessidade natural que se sobrepõe à vontade pura e simples das governanças estatais. Até porque, conforme explicitou Del Vecchio, a limitação das obrigações internacionais de um Estado, somente àquelas a que ele houvesse formalmente dado a sua adesão, corresponderia "a privar o ordenamento jurídico de todo o fundamento racional, abandonando virtualmente o mundo ao arbítrio e à anarquia".¹ Desta forma, as doutrinas voluntaristas que fundamentam o Direito Internacional pela vontade coletiva dos Estados (H. Triepel), ou suposta autolimitação dos mesmos (G. Jellinek), não observam a importância do direito costumeiro como fonte básica das relações internacionais. Ademais, fundar-se o Direito Internacional na restrita vontade dos Estados é renegar a própria existência do mesmo, relegado que estaria à uma espécie de "delegação do direito interno" (Max Wenzel) de todo indiferente ao sentido maior e ao propósito mais nobre daquilo que se poderia esperar das normas jurídicas internacionais, como um conjunto de normas básicas de justiça universal, que se objetivam não apenas à satisfação das relações entre os Estados, mas também à defesa incondicional dos direitos mais sagrados do gênero humano.

3. Doutrinas Negativistas da Norma Jurídica Internacional

Importa primeiramente salientar que os Estados deixaram há muito de recorrer ao recurso negativista do Direito Internacional, buscando a justificação de suas ações dentro do próprio contexto jurídico internacional. Seja como for, convém aqui o breve explicitar das duas correntes que negam a juridicidade do Direito Internacional: a dos negadores práticos e a dos negadores teóricos. A primeira corrente, dos chamados negadores práticos, é composta, dentre outros, por Espinoza, Gumplowicz e Lasson. Todos os negadores práticos, ainda que partam de visões distintas, concordam quanto a negação da existência de um sistema de normas no plano internacional.

Espinoza, por exemplo, alegando uma independência absoluta dos Estados em relação às leis externas, aduziu que estes se encontravam em verdadeiro estado de natureza, onde cada um buscaria livremente os seus objetivos particulares. Desta forma, os tratados internacionais não teriam qualquer valor, porque qualquer Estado somente os aplicaria na medida do atendimento de seus interesses específicos. Ludwig Gumplowicz, outro importante negador prático, utilizando-se de abordagem marxista reducionista dos fatos, afirmou ser o Direito Internacional uma simples relação de forças, porque não haveria, segundo ele, ao contrário do ocorrente com os sistemas jurídicos estatais, um poder capacitado à organização do domínio de um grupo minoritário. Nestes termos, e apenas por descartá-lo temporariamente do contexto histórico, o autor não rejeitaria a possibilidade da existência futura do Direito Internacional, como ordenamento jurídico positivador da supremacia de uma minoria vencedora sobre uma maioria vencida. A segunda corrente, formada pelos negadores teóricos, possui em Austin e Binder os seus principais expoentes. Os negadores teóricos, muito embora reconhecessem a existência das normas internacionais, apenas não as reconheciam no seu valor jurídico. John Austin, por exemplo, definiu o Direito como um conjunto de diretrizes gerais do

soberano, apoiadas na efetiva ameaça de sanção. E, uma vez concebido o Direito desta forma positivista, como um sistema de normas emanadas pelo Estado e necessariamente dotadas de coercitividade, o jusfilósofo inglês optaria por negar o caráter jurídico do ordenamento internacional, julgando-o por conseguinte como incapaz de ser ajustado a tal definição.

4. Aspectos Gerais de Validade da Norma Jurídica Internacional

Entendemos por norma jurídica todo aquele conjunto de preceitos tomados como paradigmáticos e capacitados a servir de padrão à uma determinada maneira, social ou individual, de agir. Na realidade, verifica-se que "não existe relação jurídica sem norma que a preceda e conceitue, assim como não existe relação jurídica que não se referencie à determinada relação social".²

O sistema jurídico internacional, não diferindo neste aspecto do direito interno dos Estados, nos apresenta um conjunto de normas jurídicas dotadas de sanção. Todavia, é sabido que o mesmo ainda não foi desenvolvido completamente, respondendo-se à própria ilicitude dos atos praticados de maneira bastante aquém do desejado. Ainda assim, há de se salientar, conforme o tenha feito Celso de Albuquerque Mello, que "o Direito Internacional Público não apresenta maior número de violações do que o direito interno, apenas as suas, como têm maiores conseqüências, provocam nos indivíduos um impacto de maior intensidade (...)".

Hans Kelsen, por isso, definiu o Direito Internacional como um Direito primitivo, evidenciado, dentre outras coisas, a carência de um órgão de aplicação das normas jurídicas ao caso concreto. No Direito Internacional, pelo caráter primitivo do mesmo, a violação dos seus interesses protegidos pela ordem jurídica, autorizaria um determinado Estado a agir contra o malfeitor, mediante uma iniciativa estatal particular ou coligada com outras nações, tomando aquele Estado a lei em suas próprias mãos. Ainda aqui, contudo, depender-se-ia da forma como os eventos são interpretados pelas partes envolvidas, mormente a própria pujança ameaçadora do Estado transgressor, que por isso pode muitas vezes agir de modo impune ao afrontamento das normas jurídicas internacionais.³ Neste sentido, a ordem jurídica internacional está constituída de forma descentralizada, não existindo nem um tribunal capaz de promover a aplicação constante das suas decisões, ou, tampouco, um poder executivo centralizado e capaz de garantir a sanção cabível pelas normas internacionais.

Estando a conduta humana regulamentada por uma norma jurídica, a visão kelseniana é de considerá-la consistida em dois elementos: o material, que informa o que deve ser feito ou evitado; e o pessoal, correspondente a pessoa para quem tal coisa será feita ou evitada. Hans Kelsen procurou então demonstrar que as normas do Direito internacional são incompletas, na medida em que as suas disposições determinam exclusivamente elemento material, deixando ao Direito dos países a determinação do elemento pessoal. Comparando-se às normas de direito interno, as normas internacionais são em menor número e maior grau de abstração. São de igual forma atributivas, conferindo determinadas competências, mas não assegurando a efetiva possibilidade material de as executar. Acrescenta-se, ainda, com relação às normas jurídicas internacionais, a reconhecida lentidão e a sua falta de hierarquia. Além disso, tais normas jurídicas são dotadas de relatividade, desenvolvendo cada Estado

uma noção específica acerca do seu entendimento. Obrigando o tratado internacional apenas às partes aceitantes, podemos por conseguinte entendê-lo como válido apenas entre os Estados aderentes. Tudo isso, enfim, porque não há uma Constituição Mundial, existindo apenas algumas normas fundamentais de jus cogens, e outras que são simples recomendações da Assembléia Geral das Nações Unidas. Ainda assim, Celso de Albuquerque Mello observa haver "uma grande tendência no sentido de se diminuir o aspecto abstrato para se estabelecer normas especiais que atendam situações concretas", como, por exemplo, o caso de países em desenvolvimento, Estados arquipélagos, países sem litoral, etc. Apresenta, para isso, a opinião de Bedjaoui, para quem o Direito Internacional Público é "uma construção não terminada e mutável, tendo em vista o seu desenvolvimento em virtude de sua aplicação a novos espaços por novos sujeitos de direito e a sua codificação".⁴ Dentro do aspecto normativista, a violação de uma lei ou tratado internacional corresponde ao dano causado por um Estado a outro Estado, autorizando uma determinada reação direta ou indireta por parte do segundo, desde que plenamente justificada pelas regras pactuadas no Direito Público Internacional. Mas este Direito internacional, todavia, pode deixar de aplicar a sanção, se a interferência do Estado violador na esfera de interesses do outro Estado for suficientemente forte para inibir os atos de retaliação do país violado. Conclui-se, portanto, que o Direito Internacional é Direito tanto quanto o Direito nacional. Ele, porém, é primitivo na medida em que a aplicação das suas normas dependa da vontade dos Estados envolvidos na relação jurídica internacional, e na medida da ausência de uma instância de poder coercitivo superior aos Estados.

5. A Efetividade da Sanção das Normas Jurídicas Internacionais

Se bem considerarmos que o fundamento do Direito não está na efetividade de coação, mas apenas na possibilidade da mesma, torna-se impossível negar a existência do Direito Internacional, que no presente momento "já apresenta casos de coação até mesmo juridicamente organizada". Para Miguel Reale, inclusive, "nada exclui a possibilidade de um órgão superestatal, munido de força suficiente, para que exija dos Estados o cumprimento das normas de caráter internacional".⁵ A opinião pública, contudo, ainda é bastante cética quanto à efetiva observância do Direito Internacional Público, inclusive entre os próprios estudiosos das ciências jurídicas. Acreditam, pois, que a ausência de um sistema supranacional coercitivo não propicia um respeito efetivo dos Estados às normas jurídicas internacionais. Por isso, alguns chegam, inclusive, a acreditar que este ramo do Direito sequer poderia ser tratado seriamente como um sistema jurídico autêntico. Nestes termos, Raymond Aron chegou a afirmar que, em não havendo um monopólio da violência legítima na sociedade internacional, cada ator estatal da mesma procuraria "garantir a própria segurança com suas forças, sozinho ou em combinação com os aliados". Para ele, a ordem internacional não pode possuir o equivalente de um tribunal com eficácia de imposição coercitiva das suas decisões, porque se as Nações Unidas pretendessem submeter uma das grandes potências a tal controle, "essa ação de polícia se transformaria numa grande guerra".⁶ No entanto, adverte-nos Michael Akehurst, "se ministros e diplomatas compartilhassem esse ceticismo popular acerca do Direito Internacional, as suas violações seriam então

muito mais freqüentes do que são agora".⁷ Mas isto não acontece porque, em suma, além dos Estados aceitarem a natureza jurídica do Direito Internacional, eles em regra obedecem-lhe sem problemas.

As violações do Direito Internacional não são maiores do que as ocorridas em qualquer outro ordenamento jurídico. Afinal, é fato comum a notícia de roubos e homicídios neste país. Ora, no Direito Internacional também pode ocorrer a violação das normas jurídicas, mas não na freqüência como a maior parte das pessoas imaginam. O indivíduo sabe, por outro lado, que as violações do seu sistema jurídico nacional são excepcionais, apesar disto ser o único fato divulgado pelos veículos de comunicação. Por fugir, contudo, da sua experiência cotidiana de vida, não é o mesmo que ele irá pensar do Direito Internacional, quando for informado das infrações praticadas às suas normas jurídicas. Devemos dizer, além disso, que o Direito Internacional não proporciona resposta à totalidade dos conflitos existentes, assim como o Direito pátrio também é incapaz de solucionar todos os litígios entre os seus nacionais. Poderá nele, inclusive, existir uma incerteza relativamente aos fatos, e até uma real incerteza no sentido do direito vigente. Por suscitar dúvidas de caráter concreto, um exemplo de caso controvertido diz respeito à legalidade da participação norte-americana no Vietnã. Considerando que os guerrilheiros comunistas do Vietcong representavam uma sublevação espontânea, a intervenção pode ser entendida como ilícita; mas se o fato for visto sob a ótica de um movimento subversivo inspirado pelo Vietnã do Norte, a ação militar dos Estados Unidos passa a ser lícita e moralmente justificável. Os pontos de vista, portanto, são díspares e dependentes da força dos argumentos apresentados.

Outro caso complicado, desta vez relativo ao direito vigente, é o das nacionalizações de bens estrangeiros sem prévia indenização. Alguns Estados a consideram lícita, mormente os de orientação socialista, e outros, em especial aqueles de caráter liberal, não concordam com esta atitude. Como cada Estado defendendo uma determinada posição, fica-nos bastante difícil prever a forma como um tribunal internacional a resolveria. Uma outra questão é que, conquanto estejamos acostumados a observar no Estado moderno o estabelecimento das leis advindas de um órgão legislativo, com outro órgão executivo para exigir a sua observância, o Direito Internacional, em grande medida, não possui uma forma coercitiva de imposição das suas normas jurídicas. Por isso, na sociedade internacional, as retorsões e represálias são passíveis de ocorrer como forma de autodefesa, ainda que elas sejam ineficazes quando for de algum modo mais forte o Estado causador do dano.

Para resolver este problema, a sociedade internacional manifesta-se sob uma tendência para a imposição conjunta de sanções contra o Estado transgressor do Direito Internacional, atuando em diferentes organizações, e, em especial, na mais importante de todas elas, a Organização das Nações Unidas. Nesta, mais especificamente, há um Conselho de Segurança que pode impor sanções em circunstâncias específicas, não obstante possa ele vir a ser paralisado pelo poder de veto que cada um dos cinco membros permanentes possui. Existe, além deste Conselho, uma Assembléia Geral na qual todos os países membros participam, produzindo-se nela algumas importantes resoluções, que não são juridicamente obrigatórias aos Estados, mas podem exercer uma considerável pressão política.

Com funções mais específicas, outras organizações internacionais podem exercer uma forte disciplina sobre os seus membros. É o caso, por exemplo, do Fundo Monetário Internacional, que se prestando ao serviço especial, pode controlá-los mais firmemente;

posto que uma vez excluído desta organização o Estado fica impossibilitado de obter recursos financeiros para sanear a sua balança de pagamentos. De fato, se a objeção ao ordenamento jurídico internacional persistir em face da impossibilidade de aplicação das sanções existentes, não é menos certo afirmar que o campo das relações internacionais vem se firmando, à cada dia, como um sistema efetivamente coercitível e atuante. Além disso, há que se ater para uma questão puramente moral, na medida em que os tratados internacionais compelem às partes à anuência deste forte princípio ético, de que os pactos devam ser respeitados. É, pois, uma questão de *pacta sunt servanda*, valorosa regra do Direito romano dispondo que as partes devem honrar os seus acordos.

6. Outros Aspectos Quanto à Eficácia das Normas de Direito Internacional

Celso de Albuquerque Mello, baseando-se nos estudos de Louis Henkin, observa os seguintes aspectos que podem levar à observância do Direito Internacional Público: "a) os Estados só violam o DIP quando a vantagem disto é maior do que o custo dentro do 'contexto de sua política exterior'; b) os Estados necessitam possuir confiança dos demais Estados para realizarem a sua própria política externa, daí ser necessário que respeitem o DIP; c) há interesse dos Estados em manterem as relações internacionais dentro de certa ordem; d) os Estados têm medo de represálias; e) os Estados obedecem ao DIP por 'hábito e imitação'." E, dentre as hipóteses que levariam à sua violação, o internacionalista brasileiro destaca os seguintes: "a) quando a violação traz maiores vantagens do que prejuízos; b) quando o autor da violação pode colocar a sociedade internacional diante de um 'fato consumado' que não seja suficientemente relevante para conduzir a uma guerra, porque as sanções de natureza moral não o atingirão de modo efetivo; c) as próprias instituições políticas internas levam o Estado a cometer a violação; d) muitas vezes a violação é ilegal, mas é considerada justa, porque as normas jurídicas existentes são ultrapassadas e não atendem às necessidades atuais."⁸ É importante dizer, contudo, que muito mais do que possa imaginar a opinião pública, os Estados costumam se manter em obediência ao Direito Internacional Público. Quando não pelo temor às sanções, mais fundamentalmente por fatores inerentes à própria natureza da sociedade internacional.

Deste modo, a inexistência de um poder legislativo, observa Michael Akehurst, ao contrário de ser um fator negativo, é elemento que vem a reforçar o Direito Internacional, porque isso significa que os Estados fazem leis para si mesmos, não sendo racional que eles criem normas jurídicas contrárias aos seus próprios interesses, ou que sintam então inclinados à sua violação. E, se em muitos aspectos os Estados são interdependentes e muitas vezes não podem criar normas totalmente compatíveis com os seus interesses particulares, até mesmo no caso das relações comerciais, por exemplo, o Direito Internacional facilita em muito a cooperação entre eles, sendo de interesse geral, portanto, o respeito às regras estabelecidas, em nome da própria segurança jurídica nas relações externas de cada país. Além disso, o próprio fato do Direito Internacional basear-se em boa dose no costume, é outro importante elemento gerador da observância dos seus dispositivos jurídicos. Os Estados, neste aspecto, fortalecem uma norma consuetudinária mediante a sua observância, haja vista que o descumprimento estatal tornaria este Estado desqualificado de invocar no futuro o benefício da mesma. A consciência disso, por si só, já provoca um usual respeito

dos Estados às regras juridicamente protetoras do Direito Internacional. O fato de os Estados serem numericamente escassos e estabelecidos num determinado território, também propiciaria o cumprimento do Direito Internacional Público. Porque, em sendo poucos, isto significa que eles estejam sempre em contato uns com os outros; e, como cada Estado está apoiado numa determinada base territorial fixa, ele está perenemente obrigado a conviver com os seus vizinhos estatais mais próximos. Conforme observa Michael Akehurst, e ao contrário dos indivíduos que podem, adquirindo uma má reputação na sua cidade natal mudar-se para outra localidade onde seja desconhecido o seu passado, "os Estados não podem mudar de um continente para outro; e, mesmo que pudessem, descobririam que a sua reputação era conhecida em todo o mundo, muito simplesmente porque a sociedade internacional dos Estados é muito mais pequena que a sociedade nacional composta por indivíduos".⁹

7. O Conflito entre Normas Jurídicas Internas e Internacionais

Dentre as maiores dificuldades do estudioso de DIP, está aquela de se procurar esclarecer o tipo de relação hierárquica existente entre a norma internacional e a norma interna, especialmente no tocante à qual das duas prevalecerá em caso de conflito de disposições normativas concernentes à uma mesma situação fática juridicamente valorada. Fazendo uma breve abstração das doutrinas mais importantes, predominam quanto à compreensão do Direito as visões do monismo, que subordina a experiência jurídica a um único ordenamento, interno ou internacional; e aquelas teorizadas pelo dualismo, que sustenta a existência distinta, todavia complementar, dos ordenamentos estatais e o sistema jurídico internacional.

Desta forma, segundo os defensores do dualismo, expressão criada por Verdross, as duas ordens jurídicas, interna e internacional, podem ser tangentes, porque seriam independentes uma da outra. Para Heinrich Triepel, defensor maior desta concepção dualista, a ordem internacional concebe nos Estados os sujeitos únicos da mesma, calcada ademais num sistema de coordenação que seria o fruto da vontade coletiva estatal. Difere-se, pois, da ordem interna, porque esta, ao contrário da primeira, supostamente coloca o homem como sujeito de direito de uma ordem baseada num sistema de subordinação, tendo por fonte a vontade de um único Estado. Heinrich Triepel, em sua obra *Volkerrecht und Landesrecht* (1899), funda a direção doutrinária conhecida como dualista, supondo, como já dito acima, a existência de dois ordenamentos jurídicos separados. Analisa, enfim, o fenômeno da 'recepção', que se efetua entre ambos os campos da produção jurídica, manifestando a obrigatoriedade do direito residir em acordo coletivo (*Vereinbarung*) derivada de uma vontade coletiva ou comum, independente das vontades particulares concorrentes para a sua formação.¹⁰ Induzindo na visão dualista a 'teoria da incorporação', Triepel estabelece que a norma internacional, para possuir efetividade no âmbito territorial dos Estados, haveria de ser incorporada pelo Direito interno de cada um deles. Porque apenas pela sua posituação, a norma jurídica externa operaria no interior do território estatal, desqualificando-se aquela que não houvesse sido introduzida no plano doméstico de sua aceitação.¹¹ Celso Ribeiro Bastos assevera que, de acordo com a perspectiva dualista, "não há ponto de contato entre o direito internacional e o direito interno e cada um deles é inoperante no que diz respeito à possibilidade de produzir efeitos no outro". Neste caso, "se uma lei comum

dispuser de forma contrária ao tratado, prevalece no território do Estado a lei ordinária e na esfera mundial o tratado", não produzindo o conflito de normas desses dois níveis a revogação ou anulação de qualquer delas.¹² Conquanto críticas passíveis de serem feitas ao dualismo, ressaltamos o fato do dualismo desconsiderar o homem conquanto sujeito internacional, principalmente no tocante à defesa dos seus direitos fundamentais. Esquece-se, além disso, de que o Direito não pode ser compreendido de uma forma estritamente positiva, porque a busca da justiça é a finalidade principal da lei, nesta eterna busca de realização do bem comum e da segurança jurídica, entre um único povo ou diferentes povos entre si. E, por fim, ignora-se que a relação entre os Estados não é propriamente de coordenação, porque não existe uma terceira ordem coordenadora dotada de poder coercitivo sobre os membros da sociedade internacional. Ocorre que, além desta visão do dualismo, verifica-se a compreensão monista do Direito que sustenta a existência de uma única ordem jurídica. Esta, todavia, encontra-se dividida em duas posições antagônicas: daqueles que defendem um monismo com a primazia no Direito interno, e dos que postulam este mesmo monismo com a primazia no Direito Internacional. De uma forma ou de outra, ambas as teorias monistas foram construídas "sob o princípio da subordinação, em razão do qual todas as normas jurídicas se acham subordinadas entre si, numa ordem rigorosamente hierárquica". Segundo Mirtô Fraga, "imediatidade das normas internacionais em relação ao direito interno, divergências de grau e não de essência entre um e outro ramo do Direito, opção imperiosa por uma das ordens conflitantes são (...) pontos doutrinários do monismo".¹³ O monismo com primazia do Direito Interno tem as suas raízes no hegelianismo, de modo a se considerar o Estado, tal como numa visão mais organicista, como se ele fosse um ente perfeito. Esta posição tem a soberania nacional num sentido efetivamente absoluto, de maneira que o Direito Internacional seria uma simples autolimitação do Estado, reduzido assim a um mero direito estatal para uso externo, conforme expressão de Georges Burdeau, renomado defensor desta concepção teórica. Propendem, conforme atestou J. F. Rezek, ao nacionalismo e culto da constituição, dando especial relevo à concepção soberana de cada Estado e à efetiva descentralização da sociedade internacional.¹⁴ Dessarte, postulam que nenhuma ordem jurídica pode sobrepor-se àquela criada pelo Estado, que receberia 'status' de último poder político dentre os engendrados sobre os indivíduos. Esta visão monista foi aceita por teóricos e juristas dos Estados da Alemanha nazista e da União Soviética, especialmente pela possibilidade da transformação do poder político em algo dotado de caráter absoluto, capacitando-o à retirada da vida e liberdade dos seres humanos considerados indesejáveis ao sistema estatal destes regimes totalitários. Além disso, critica-se o monismo com primazia do direito interno pelo fato deste não se encontrar de acordo com a realidade de interdependência cada vez mais acentuada entre os Estados, assim como em face da presença no cenário internacional de uma série de organizações intergovernamentais e não governamentais. Estas que, enfim, exercem atualmente uma forte influência na chamada 'era da globalização', que tanto impulsiona a integração econômica dentre os povos, bem como a própria integração da política. Mas há, todavia, um outro tipo de monismo diametralmente oposto ao primeiro, e que busca defender o primado do Direito Internacional sobre as normas de direito interno. Trata-se, enfim, de um posicionamento especialmente desenvolvido pelos membros da Escola de Viena (Kelsen, Verdross e Kunz), segundo o qual não há propriamente duas normas jurídicas coordenadas e distintas, como pensam os dualistas, mas a superioridade do

Direito Internacional sobre a norma interna então devidamente subordinada. Hans Kelsen, o mais famoso expoente deste monismo, postula um sistema piramidal de normas, na medida em que dentro de uma hierarquia de normas superiores e inferiores, estas devem estar de acordo com as primeiras, até que se chegue finalmente à *grundnorm*, que é lei fundamental donde todas as outras retiram a sua validade. A abordagem kelseniana, ademais, considerará esta norma o postulado jurídico de Direito Internacional costumeiro denominado por *pacta sunt servanda*, que dispõe sobre o imperativo do cumprimento dos acordos concebidos entre partes bilateralmente relacionadas. Para tais monistas, enfim, a ordem jurídica internacional tem supremacia sobre a interna, até porque assim os poderes do Estado podem ser limitados, bem como a sociedade internacional se manifestar através de normas comuns, observadas como um conjunto de regras básicas de convivência pacífica. Afinal, o relacionamento entre os povos só seria possível, alegam tais monistas, em face da superioridade das normas internacionais sobre as normas internas de cada coletividade, sem o que a sociedade internacional daria lugar à uma relação onde o mais forte simplesmente subjugaria o mais fraco. Celso Ribeiro Bastos, todavia, critica a visão monista como primazia do Direito Internacional por julgá-la incompatível com a realidade de suposta ineficácia da ordem jurídica internacional, "para poder primar sobre leis internas que a afrontem". Argumenta, neste sentido, que uma vez prosseguido o controle do Estado "a caber o decidir-se pela adaptação ou não das suas normas ao Direito Internacional (...), a prioridade deste é mais fruto de aspiração e do desejo de muitos internacionalistas do que resultado de uma reflexão realista".¹⁵

8. A Questão do Direito Internacional na Ordem Interna dos Diferentes Estados

Seguindo a concepção monista com primazia do Direito Internacional, a Constituição de Weimar estabeleceu que as regras do Direito Internacional, de aceitação geral, valeriam como elementos obrigatórios do direito do Estado alemão. E, para Gustav Radbruch, esta disposição conteria o reconhecimento da postulação "de que sujeitos jurídicos e obrigatórios do direito internacional não podem ser apenas os países, mas também os indivíduos; por exemplo o 'extraterritorial', o embaixador que, graças ao direito internacional, pode reivindicar sua exclusão da jurisdição de seu país de residência, e o juiz nacional, que tem a obrigação de abster-se da jurisdição contra o extraterritorial".¹⁶ A própria Alemanha, aliás, reforçou recentemente este primado do Direito Internacional com a recente emenda que alterou o artigo 23 da sua vigente Lei Fundamental de 1949. Desta forma, este país se compromete constitucionalmente, e a fim de realizar uma Europa Unida e capaz de estabelecer os princípios democráticos, do Estado de Direito, sociais e federativos, bem como o princípio da subsidiariedade e a garantia de proteção de direitos fundamentais, a transferir direitos de soberania, por meio de lei, e com a concordância do Conselho Federal. Mais do que isto, compromete-se mesmo a alterar ou complementar os artigos constitucionais que comprometam à instituição da União Européia. Na Alemanha, o artigo 59 da sua Lei Fundamental dispõe que, muito embora o Presidente Federal seja competente para concluir tratados, a aprovação daqueles que regulem as relações políticas desta Federação deve se dar através do Poder legislativo Federal, sob a forma de lei federal. O objetivo, outrossim, é modificar a legislação vigente, bem como adotar medidas legislativas que façam o direito interno estar em conformidade com o

tratado.

Além da Alemanha, igualmente outros países europeus têm conferido a supremacia do direito europeu sobre o direito interno. Caso típico neste sentido, é o da Holanda, que dispõe em texto constitucional acerca da impossibilidade de ser o tratado internacional revogado por uma lei interna posterior. A consequência disto é que, neste país, seguindo-se à visão monista com primazia no Direito Internacional, a ordem jurídica da União Européia está acima da própria Constituição, sendo permitido que juiz holandês se recuse a aplicar uma lei positiva que viole determinada norma internacional, podendo este advertir o legislador acerca desta problemática de caráter político. Há, no sistema constitucional holandês, uma forma de aprovação tácita do tratado, de modo a não se requerer que ele seja submetido à aprovação parlamentar expressa. Desconhece-se, ademais, o ato de promulgação do tratado, na medida da inexistência de posterior intervenção do Executivo ordenando a sua executoriedade. Na França, o Conselho Constitucional tem consagrado, muito embora ainda seja concebida a Constituição como superior às normas jurídicas do direito europeu, o primado deste último sobre todas as demais leis infraconstitucionais. E, além disto, busca-se uma certa presunção de constitucionalidade dos mesmos, que afinal são galgados à supremacia pelo artigo 55 da Constituição Francesa, aqui entendido pelos juristas como uma exceção ao princípio da separação dos poderes. Por fim, em 1990, o Conselho de Estado afirmou a superioridade dos regulamentos da comunidade européia com relação às leis francesas, incorporando o direito europeu ao direito francês. Caso destoante no cenário europeu, é o do Reino Unido, onde qualquer lei ordinária pode alterar os dispositivos estabelecidos em tratados internacionais assinados por este país. Tudo isto porque, conforme reza a tradição inglesa fundada através de princípio enunciado no século XVIII por Blackstone, "a lei internacional é parte da lei interna" ("The law of Nations is held to be a part of law of the land."). Neste caso, as normas internacionais são incorporadas ao direito interno, significando que ambas as ordens jurídicas passam a estar equiparadas, na medida em que um tratado revoga a lei incongruente anterior, não obstante seja ele igualmente passível de revogação por aquela que lhe é posterior. É também o princípio adotado nos Estados Unidos, quando os delegados de Filadélfia buscaram evitar a violação dos tratados internacionais pelas unidades estaduais desta Federação, declarado que estes constituiriam, assim como a Constituição Federal e suas leis complementares, a lei suprema daquele país.¹⁷ No Brasil, o Supremo Tribunal Federal, a quem compete declarar a inconstitucionalidade de tratado (CF, art.102, III, b), produziu diversos acórdãos no sentido da primazia do Direito Internacional. De uns tempos para cá, contudo, resolveu este órgão máximo do Poder Judiciário adotar uma interpretação restritiva, afirmando que o primado do Direito Internacional Público seria apenas para o tratado-contrato, mas não para o tratado-lei. Fez-se, outrossim, uma classificação dual de tipos distintos de tratado, muito embora tal distinção venha a ser, conforme explicita Celso de Albuquerque Mello, "completamente ultrapassada e não tem qualquer valor, inclusive nunca a doutrina chegou a um acordo [sobre] o que era um e o que era outro". Ainda de acordo com Celso de Albuquerque Mello, a jurisprudência brasileira é retrógrada e insubordinada "aos reais interesses da política externa do Brasil", encontrando-se este país "muito atrasado em DIP". Informa, ademais, que em havendo o Supremo Tribunal Federal muitas vezes estabelecido que uma lei ordinária revoga o tratado anterior, os votos ficam assim fundamentados em antigos dualistas, tais como Heinrich Triepel.¹⁸

No tocante especificamente à Constituição de 1988, esta assume a postura do dualismo, ao menos quando estabelece que os direitos fundamentais ali expressos não excluem aqueles porventura adotados nos tratados internacionais em que o Estado brasileiro seja parte. (C.F., art. 5º, § 2º). Vale salientar, como adendo, que as resoluções das organizações internacionais (ONU, OEA, Mercosul, etc.) são promulgadas por meio de Decreto do Poder Executivo, mediante prévia aprovação do Congresso Nacional. Relativamente aos costumes, verifica-se que a regra inglesa *International law is part of the law of the land*, é um preceito adotado em todos os Estados adiantados, ainda que estes não tenham expressamente constitucionalizado a mesma. Todavia, conquanto seja assim com o Direito costumeiro, no concernente ao convencional, ou seja, aquele advindo dos tratados, as soluções variam de Estado para Estado, sendo que no tocante à sua adoção esta pode ser automática ou não, bem como a superioridade do tratado sobre a lei se dar expressamente ou não, sendo também possível o posicionamento em contrário. Pode-se, além disso, caber aos Tribunais a tarefa de determinar qual delas deva ser aplicada, ainda que de praxe se procure uma interpretação conciliadora entre ambas as normas jurídicas.

9. Conclusão

Buscando perfazer a análise crítica dos fundamentos de validade da norma jurídica internacional, observamos que as regras de convivência universal surgem muito antes da formação do Estado moderno. É um equívoco, afinal, imaginar que o Direito Internacional tenha surgido como fruto da vontade dos Estados, quando o mais correto dizer que ele se remonta às regras costumeiras estabelecidas entre os povos da Antigüidade. Outro aspecto é o concernente à decadência, dentro do discurso teórico, da concepção negativista do ordenamento jurídico internacional. Hoje, portanto, nós consideramos que o Direito Internacional é direito tanto quanto o Direito interno, muito embora a aplicação de sanções ainda serem altamente dependentes da vontade dos Estados envolvidos numa relação jurídica desta natureza. Além disso, o Direito Internacional já se apresenta sob casos bastante visíveis de coação juridicamente organizada, nada impedindo que no futuro isso venha a ser intensificado com a criação de um poderoso ente político supraestatal. De todo modo, seria uma ilusão pensar que as violações às normas jurídicas internacionais sejam maiores do que as infligidas às normas jurídicas internas. Basta observarmos os milhares de tratados que estão sendo fielmente cumpridos no presente momento, bem como em nítido contraste com as inúmeras leis internas que são flagrantemente descumpridas neste país. Quanto à possibilidade de conflito entre as normas jurídicas do Direito interno e as normas externas, é importante destacar a atual predominância teórica e prática, de uma visão monista de primazia do Direito Internacional. Mas isso se deve, enfim, à própria perspectiva do desenvolvimento globalizador, capaz de integrar os mais diferentes povos, sob uma perspectiva que tanto pode ser econômica, quanto política ou cultural. Nossa esperança, ademais, encaminha-se no sentido da busca pelo aumento da justificação ética das normas internacionais. Para que, de tal forma, o ordenamento jurídico internacional conceba uma nova etapa para o desenvolvimento da Humanidade, voltando-se o indivíduo não mais para o atendimento exclusivo dos interesses dos Estados, ou objetivos governamentais muitas vezes perniciosos à sua paz; mas para a exigência da verdadeira paz, que é universal e exigente dos direitos fundamentais da pessoa humana.

* Professor do Curso de Graduação em Direito da UNESA
Mestre em Direito pela PUC-Rio
Coord. de Assuntos Políticos do PNBE-Rio

Disponível em: <http://www.estacio.br/graduacao/direito/revista/revista2/artigo11.htm>
Acesso em: 15 de agosto de 2007