

# REVISTA de INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília • ano 43 • nº 172

Outubro/dezembro – 2006

SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS DO SENADO FEDERAL

# Os efeitos das normas internacionais nos ordenamentos jurídicos nacionais

Geovany Cardoso Jevaux

## Sumário

1. Introdução. 2. A ordem internacional nas teorias jusnaturalistas. 2.1. Em Hobbes. 2.2. Em Locke. 2.3. Em Rousseau. 2.4. Em Kant. 3. A ordem internacional no positivismo jurídico. 4. As teorias sobre as relações entre o direito internacional e o direito nacional. 4.1. Teorias dualistas ou pluralistas. 4.2. Teorias monistas. 4.3. Teorias conciliadoras. 5. Aplicação das teorias no direito brasileiro. 6. Conclusões.

## 1. Introdução

As produções normativas internacional e nacional têm sido causa de conflitos que ganham maior dimensão a cada dia, diante dos fenômenos da mundialização dos interesses e da chamada globalização econômica.

Se antes as cidades-estado mantinham entre si pactos de não-agressão e alianças de conquista, válidos apenas entre os convenientes<sup>1</sup>, o reconhecimento posterior da soberania externa dos demais estados trouxe consigo uma ordem internacional tendente a manter a uniformidade desse entendimento e o respeito à autonomia dos estados e de sua autodeterminação. Nesse mister, foi natural afirmar-se que os interesses internacionais deveriam se sobrepor aos interesses nacionais particulares, em nome da prevalência da ordem internacional.

Trata-se, a partir daí, de uma pugna entre as soberanias externas dos estados e da autonomia e precedência lógica da ordem

Geovany Cardoso Jevaux é Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC/RJ. Doutor em Direito Público pela UGF/RJ. Juiz do Trabalho - TRT da 170 Região. Professor de Teoria da Constituição do Curso de Mestrado em Direitos e Garantias Fundamentais da FDV/ES.

internacional, como manifestação da vontade da maioria dos estados ou da prevalência dos interesses superiores do direito internacional sobre os interesses particulares de cada estado isolado.

No presente trabalho, genericamente será estudada a influência da norma internacional sobre os demais ordenamentos nacionais, passando-se especialmente à sua aplicação no direito brasileiro, para concluir que as teorias da prevalência da norma internacional trazem consigo concepções contrárias ao individualismo liberal (em especial, pelo holismo organicista) e, portanto, negam não apenas a autonomia normativa plena dos Estados, como também a afirmação de direitos individuais que estejam em desalinho com a ordem externa. E, conquanto possam trazer consigo outros direitos passíveis de reclamação nas cortes internacionais de justiça, esses direitos não se confundem com os individuais, classicamente afirmados contra e no âmbito dos Estados, porque mais adequados às esferas coletivas e difusas (direitos humanos, por exemplo), da segunda e terceira geração de direitos.

Trata-se, portanto, de um método analítico, por meio do qual se parte de uma premissa para se demonstrar a sua correção (JAPIASSÚ; MARCONDES, 1999, p. 182).

## 2. *A ordem internacional nas teorias jusnaturalistas*

As teorias jusnaturalistas têm em comum o fato de nomearem o mesmo inimigo para combater, qual seja, o absolutismo. Nem tanto a monarquia, mas em especial a explicação de todas as coisas por meio da religião e de sua íntima associação com o poder terreno exercido pelo soberano, desde a teoria das duas espadas<sup>2</sup>, sem condição de resistência dos súditos ou de sua liberdade de professar qualquer crença religiosa ou qualquer forma de governo.

Todas elas têm como pano de fundo o racionalismo iluminista, que procurava en-

contrar no próprio homem a explicação de todas as coisas, para afastá-lo da teologia e da metafísica da hereditariedade do poder (sangue nobre). Numa frase: afirmavam que a razão, ponto característico de diferença entre o homem e os demais animais, podia explicar os fenômenos ocorrentes, tanto religiosos como terrenos. Isso por meio de uma linguagem dissimulada, subversiva da ordem de coisas então existente, e que contava inclusive com o convencimento dos Reis e dos príncipes de que o melhor governo seria aquele exercido pelo Rei-filósofo, como se passou com o despotismo esclarecido (THOMANN, 1999, p. 127-149)<sup>3</sup>.

Assim, racionalmente foi possível deduzir que, antes da existência da sociedade civil, teria havido um dia um estado de não-sociedade, vale dizer, um estado anterior, chamado de estado de natureza, que determinaria o modo de ser do futuro estado de sociedade.

Dessa dicotomia entre um estado de natureza progresso e um estado de sociedade futuro decorria que a sociedade presente, em que se situavam os autores jusnaturalistas, não lhes parecia correta, e, portanto, devia curvar-se a um modelo ideal de estado. Tratava-se, pois, de uma ficção e de uma utopia, respectivamente caracterizadas pelo estado de natureza e pelo estado de sociedade, em que: a) o ponto de partida (estado de natureza) era não-político e anti-político; b) o segundo era a antítese do primeiro, cujas falhas procurava corrigir ou eliminar; c) os indivíduos singulares eram os elementos constitutivos do primeiro estado, e, portanto, anteriores ao segundo; d) esses elementos eram livres e iguais, num reino anterior de plena liberdade e igualdade; e) a transição de um estado para o outro ocorre mediante uma ou mais convenções, por força dos acontecimentos; f) o segundo estado é uma ficção criada pelo contrato, e portanto um produto da razão e não da natureza; g) o princípio da legitimação era o consentimento, e não a crença religiosa ou a força (BOBBIO, 1994, p. 35-54).

Se a sociedade era então devida a um contrato, e somente quem podia firmá-lo era aquele capaz de expressar a sua vontade, livremente, as disposições desse contrato deveriam ser fielmente obedecidas, nos limites objetivos e subjetivos do objeto da avença. Apropriava-se, então, das idéias gerais da teoria dos contratos, por intermédio dos princípios da autonomia da vontade, da relatividade (válido somente para os convenientes, e nos limites do objeto) e da força obrigatória (*pacta sunt servanda*). Qualquer outro veículo de direito, em especial a lei, não servia de exemplo de vinculação, porque a lei era, até aquele momento histórico, um ato de vontade do soberano, e, portanto, um direito objetivo e subjetivo seu, por meio do qual os súditos não podiam deduzir direitos próprios e tampouco exigí-los do próprio soberano.

Com a idéia de contrato, racionalizava-se o fundamento do poder, localizando-o no próprio homem, mais propriamente em cada indivíduo, cuja importância precedia o estado.

Em várias versões do jusnaturalismo, a ordem internacional foi dada como exemplo de estado de natureza, seja pelo regime de liberdade e igualdade ali existente (igualdade fictícia, ante a diversidade de importância e de influência dos estados mais ricos para os mais pobres), seja pela ausência de um ente superior que lhe pudesse imprimir anterioridade.

Tais versões passam a ser analisadas a seguir.

### 2.1. Em Hobbes

Para Hobbes, em sua estrutura de raciocínio, o estado de natureza era reconhecidamente uma abstração, mas podia ele ser deduzido de alguns exemplos históricos concretos, como: a) as sociedades primitivas (bárbaros da antigüidade) e indígenas (da América); b) as guerras civis (especialmente a inglesa); e c) a sociedade internacional (BOBBIO, 1991, p. 36-37, 121).

Esse estado de natureza era notabilizado: a) objetivamente: a.1) pela igualdade de

fato, que criava a concorrência; a.2) pela escassez de bens, que criava a disputa; a.3) pela igualdade de direito sobre os bens; b) subjetivamente: b.1) pelas paixões, que subjogavam os homens e desencadeavam as guerras; b.2) pelo desejo de poder (BOBBIO, 1991, p. 34-35).

Num estado assim desenhado, era desejável que a condição permanente de guerra em que se achavam os indivíduos fosse superada em favor de outra que reconhecesse o principal bem existente, que era a vida, vítima de todas as guerras. Desse modo, em nome da vida, os indivíduos deveriam reunir-se, contratando entre si para assumir a sua garantia, em troca de todos os bens materiais que possuíssem. A esse pacto preliminar deveria seguir-se um outro, para a contratação do estado de sociedade.

No primeiro contrato, os únicos sujeitos convenientes eram os indivíduos e, portanto, somente eles eram vinculados ao pacto. No segundo, o contratado era uma ficção criada pelos próprios indivíduos (o Estado) e, portanto, o soberano não podia ser cobrado pelo pacto. Tratava-se de um *pactum subjectiones* entre os indivíduos e o Estado, sendo pois o soberano um terceiro, que somente devia satisfação a Deus.

Esses pactos identificavam: a) uma submissão acordada entre os indivíduos; b) com a outorga de seus poderes naturais a um terceiro; c) terceiro esse que devia ser uma única pessoa, sendo por isso irrevogável, absoluto e indivisível.

O único direito ressalvado pelos indivíduos era a vida, de forma que apenas podiam reclamar do soberano o respeito a ela, inclusive com *jus resistentiae* em caso de agressão. A esse direito de resistência se deu o nome de resistência passiva, porque no máximo comportava a resposta imediata e proporcional à ofensa, em defesa da vida própria, e não do contrato de constituição do Estado. Segue-se que a força obrigatória do contrato vale para o indivíduo, mas não para o soberano, que foi um sujeito estranho ao negócio.

Nesse contexto, se a ordem internacional foi identificada com o estado de natureza, era porque, nela, prevalecia ainda a condição permanente de guerra, donde não se podia extrair qualquer poder absoluto de imposição aos demais estados. Absolutos eram estes, de modo que, no esquema de pensamento hobbesiano, jamais as normas internacionais poderiam ser afirmadas contra os contratos firmados para a instituição do Estado.

## 2.2. Em Locke

Locke parte igualmente do estado de natureza, que para ele, ao contrário de Hobbes, era um estado real (assim como o contrato social), representado pelas relações entre os países independentes, e, portanto, nega o seu caráter hipotético, de um estado ideal. De forma que o estado de natureza não era um estado de guerra, mas um estado de incertezas em torno dos direitos, especialmente no regime das propriedades, cuja proteção vinha a ser um dos fins do estado civil (BOBBIO, 1997, p. 179, 183-184, 189, 228)<sup>4</sup>.

Como exemplo concreto do estado de natureza, dava Locke (1973, p. 45) aquele dos “... príncipes e governantes de Estados independentes...”, porque entre eles não havia um pacto de constituição de uma comunidade, de um corpo político, embora outros pactos pudessem ser feitos, lembrando visivelmente os acordos internacionais entre estados.

Dentro da vertente do jusnaturalismo moderno, Locke afirmava que os limites do poder não estão na obediência da lei natural pelo soberano, mas dos direitos naturais individuais que precedem o Estado, como a propriedade. Tudo porque o poder civil devia ser entendido como derivado, e não originário (BOBBIO, 1997, p. 48, 55, 192, 223-224, 232). A propósito, a idéia de contrato, aqui, é igualmente dupla, mas o primeiro é um *pactum societatis*, de instituição do estado civil entre os indivíduos, e o segundo um *pactum subjectiones*, de submissão do governante ao corpo social. Portanto, os indivi-

duos jamais renunciam a seus direitos naturais, como a liberdade, a vida e os bens, que são um dos limites do Estado (BOBBIO, 1997, p. 94-5, 224-226, 226)<sup>5</sup>.

Na passagem do estado de natureza ao estado civil, por consequência, o papel principal das leis civis é o de dar validade e eficácia às leis naturais, sendo essa a explicação da necessidade de sua obediência. Afinal, esse último estado foi derivado do consenso, e a função do legislador civil devia ser apenas residual daquilo que para a lei natural era “indiferente”, de tal maneira que, se a norma civil fosse contrária à lei natural, tornar-se-ia inválida ou ineficaz (BOBBIO, 1997, p. 34, 36, 42-43, 94, 225).

Locke portanto representa a expressão do jusnaturalismo que afirma a limitação do poder, da qual surge o constitucionalismo (BOBBIO, 1997, p. 70, 151), e no qual se insere a noção de respeito a direitos individuais anteriores ao Estado e à constituição.

Nesse modelo, a idéia de prevalência da norma internacional somente tem importância se e enquanto os estados independentes tiverem assim acordado, já que uma comunidade política internacional, no sentido contratual do termo, nunca se constituiu. Embora os vários mercados comuns sejam pequenos pactos de comunidade, não representam ainda um contrato social de ordem mundial, que possa ser válido universalmente. Do ponto de vista dos direitos individuais, precedentes ao estado e por ele garantidos, a eventual sobreposição de uma norma internacional em face do direito nacional traria problemas de conformação, porque nenhuma norma daquela fonte poderia legitimamente violar uma outra do *pactum societatis*.

## 2.3. Em Rousseau

Em Rousseau, o estado de natureza não passa de uma hipótese, mas nele o homem não é essencialmente mau, como em Hobbes, mas sim privado de segurança, bem que somente ele, em conjunto com os demais, pode preservar<sup>6</sup>.

O modo como essa preservação ocorre perpassa a idéia de contrato, que não se trata de um pacto entre indivíduos, mas de cada um consigo mesmo, confundindo-se com a vontade geral que deve dominar as vontades individuais (CHÂTELET; DUHAMEL; PISIER-KOUCHNER, 1990, p. 73-74). Daí a razão de os interesses públicos sempre se sobreporem aos interesses privados (ROUSSEAU, 1989, p. 43, 74, 77, 81, 116) e da alienação dos direitos individuais ao corpo social, firmada no contrato<sup>7</sup>. Onde o fundamento da obediência não vem a ser o poder do soberano, senão a vontade de todos exercida eventualmente pelo titular do governo.

O grave defeito dessa idéia é o desamparo dos direitos individuais afirmados contra o Estado, e a conseqüente sobrevalorização da lei civil enquanto instrumento de conservação do pacto (BERTAGNOLI, 1989, p. 17).

Nessa vertente, a ordem internacional somente ganhará importância se se transformar igualmente num corpo político, gerado por um contrato, por meio do qual a vontade geral do mundo possa ser organizada. Se isso vier a ocorrer, decerto que a soberania popular e a autodeterminação mundiais farão prevalecer a vontade geral, modificando qualquer disposição anterior, seja de qual nível for. Entretanto, essa é uma idéia que nem mesmo hoje é possível dentro de cada estado constitucional de direito, desde que todos ainda mantêm um núcleo liberal que rejeita a capacidade mutante plena da autodeterminação, desde que os direitos individuais ainda pertencem à categoria das normas materialmente constitucionais, e não podem ser destituídos pelo poder de reforma.

#### 2.4. Em Kant

Kant enquadra-se na concepção jusnaturalista das teorias da limitação do poder estatal, mas fora da linha contratualista, desde que não se ocupa de justificar o fundamento do poder, senão que de desenhar a

sua extensão ou âmbito. Dentro desse quadro, desenvolve seu pensamento com base em três concepções decorrentes daquela limitação: 1) naturalista: direitos individuais pré-existentes ao Estado (fundamento do estado liberal); 2) separação de poderes: partir o poder por meio de funções (autocontrole/estado constitucional); 3) soberania popular/democracia: mudança do titular do poder (vontade geral) (BOBBIO, 1997, p. 15-17, 39, 40, 89, 90).

Assim como em Hobbes e Rousseau, Kant enxerga o estado de natureza como uma hipótese e o contrato social como uma idéia racional, porque não se funda no consenso, senão como um *dever ser*. Com isso, depura do contrato a idéia de revolução como também do direito de resistência, com o que, além de jusnaturalista e liberal, é também tachado de conservador (BOBBIO, 1997, p. 85, 119-120, 124-129, 143, 145-148).

Além desses adjetivos, acumula ainda a pecha de legalista, porque, entendendo o estado de natureza como provisoriamente jurídico, destina-lhe o desígnio de ser substituído pelo estado civil, que é peremptoriamente jurídico, aliás a sua condição lógica de existência. Portanto, os direitos existentes no estado de natureza devem ser garantidos (não criados ou reconhecidos) no estado civil com a coação, que apenas as leis civis proporcionam (BOBBIO, 1997, p. 88-89, 120-121, 147).

Contudo, Kant introduz uma diferença entre direitos naturais antecedentes e direitos adquiridos, dizendo que os primeiros são inatos, e, portanto, independem de qualquer ato jurídico que os enuncie (por ex., a declaração de direitos), enquanto os últimos dependem do Estado para atribuí-los (BOBBIO, 1997, p. 74-75).

A única situação na qual o estado de natureza revela-se real é a da relação entre os estados, que deverão um dia formar uma federação que reconheça a autonomia de cada um e conjugue esforços de autoproteção. Trata-se, na verdade, de uma idéia simplesmente associativa ou confederativa, “...

na qual os componentes permanecem num nível de colaboração entre iguais (*societas aequalium*), como se dos dois contratos que, segundo a doutrina tradicional do jusnaturalismo, eram necessários para a formação do Estado, o *pactum societatis* e o *pactum subjectiones*, tivesse que ser efetivado, para resolver os conflitos entre os Estados, somente o primeiro e de forma alguma o segundo” (BOBBIO, 1997, p. 153, 159-160).

Dessa evolução, do direito privado versado no estado de natureza, passa-se ao direito público interno no estado civil, em seguida ao direito público externo naquela ordem internacional e finalmente ao direito cosmopolita, quando o indivíduo, singularmente considerado, vier a se tornar sujeito de direitos na ordem internacional (BOBBIO, 1992, p. 138-139).

Logo, a ordem internacional de Kant, achando-se ainda em estado de natureza, não tem força coativa suficiente para fazer valer de modo peremptório as suas normas, coisa que somente virá a ocorrer se e quando os estados se reunirem em confederação. Sendo essa uma união que respeita antes de tudo a autonomia dos Estados, e serve primordialmente para a autotutela, as normas internacionais somente terão eficácia efetiva nos Estados por sua vontade espontânea, ao menos até que, realizado no futuro o direito cosmopolita, possam os indivíduos, enquanto sujeitos de direito internacionais, invocar proteção jurídica contra os Estados convenientes, em especial, e os demais Estados, ainda que não convenientes, em geral.

### 3. A ordem internacional no positivismo jurídico

Após as revoluções liberais do final do séc. XVIII, as idéias jusracionais foram postas em prática mediante uma conveniente combinação de suas várias versões.

Resumidamente, de Hobbes herdou-se a idéia de soberania externa, a ser afirmada em face de outros Estados; de Locke, a proteção de direitos individuais pré-existent

ao Estado; e de Rousseau, o regime de representação da vontade coletiva e a soberania popular daí decorrente.

Tratava-se de uma sociedade advinda da revolução industrial, com uma economia privada incipiente que, naquele momento, exigia garantias concretas no sentido de que a plena liberdade econômica fosse assegurada ou, o que era o mesmo, que o estado permanecesse “neutro” em face das relações privadas. Isso devia ocorrer mediante a produção de normas abstratas e impessoais, originadas da vontade popular pela via representativa. E, se a lei era, assim, a vontade geral da população, não podia ser tachada de favorecimento a interesses particulares, senão que a todos os beneficiários, ou à maioria<sup>8</sup>.

Esse regime da legalidade, ao mesmo tempo em que depurava do poder qualquer expressão pessoal, como se passou com o absolutismo derrotado, favoreceu a predominância da lei positiva, e ela, nas palavras de Celso Lafer (1991, p. 42), “... na medida em que explicita as regras do jogo, é útil para o cálculo das conseqüências, necessário, por sua vez, para o adequado funcionamento de uma economia de mercado”.

Nesse estado de direito, vale dizer, cujas decisões públicas são tomadas conforme uma regra previamente criada pelo próprio Estado, sem recorrência à vontade do governante, foi natural que esse voluntarismo fosse assimilado inicialmente à pessoa do legislador (subjativismo normativo), para depois residir na própria lei (objetivismo normativo), enquanto repositório de toda racionalidade humana perdida. Atendia-se, dessa maneira, curiosamente a um postulado naturalista, qual seja, o de sistematização dos acontecimentos, de forma que, ainda de acordo com Celso Lafer (1991, p. 38-39), “... transposta e positivada pelos códigos e pelas constituições a visão jusnaturalista de um Direito racional e sistemático, foi perdendo significado a idéia de outro Direito que não o Direito do Código e da Constituição”.

Com isso, o fundamento do direito perdeu sua vinculação com a razão contratual, de justificação e extensão do poder, passando ele a ter vida própria, como que descuidado de todo elemento histórico. Afastada dessa origem, a “ciência” do direito foi então construída em cima da lei escrita, movimento que se chamou de legalismo (SALDANHA, 1977, p. 15).

Todo o ser do direito foi reduzido ao ser da lei, vindo esta a espelhar apenas uma parte da realidade, de todo modo interpretada arbitrariamente pelo seu único produtor oficial: o Estado (GRZEGORCZYK, 1990, p. 31-34).

Logo o Estado deixou de ter sua validade fundada em elementos metafísicos (um estado de natureza progresso e determinante) para transformar-se concretamente em criação e autocriação do direito legal, devendo a sua validade a um complexo de normas em sucessiva relação de existência.

Pode-se dizer, destarte, que, se houve uma corrente de maior importância da norma internacional, em termos de auto-afirmação em face dos Estados participantes de tratados e convenções, isso ocorreu mais no positivismo do que no jusnaturalismo. Porque, se o Estado é uma criação do direito e deve conduzir-se conforme as suas disposições, a ordem internacional não depende de um contrato social mundial para se fazer valer, mas tão-somente de uma estrutura normativa mundial que confira validade universal a suas normas. E, sendo cada Estado um sujeito de direitos e obrigações em face dos demais Estados, deve ele obediência ao que foi estabelecido: *pacta sunt servanda*, agora não mais para a verificação dos pactos *societatis* ou *subjectiones*, e sim para a conformação com a ordem jurídica internacional.

Decerto que a teoria monista kelseniana atende como uma luva a esse desejo, sendo então necessário apontar, abaixo, em qual contexto específico ela surge, ao lado das demais teorias correspondentes.

#### 4. As teorias sobre as relações entre o direito internacional e o direito nacional

As teorias acerca da incidência do direito internacional nos ordenamentos jurídicos internos são classificadas conforme o reconhecimento ou não de planos diversos de validade normativa ou de graus distintos de hierarquia.

Cronologicamente, as primeiras teorias levavam em consideração a soberania externa dos Estados, e por isso reconhecem a existência de planos diversos de validade, não necessariamente conflitantes. As seguintes, ao contrário, negam a pluralidade desses planos, mas afirmam graus distintos de hierarquia, ora com prevalência do direito internacional, ora com a prevalência do direito interno.

Resumidamente, essas teorias podem ser agrupadas sob três denominações, a saber: a) transformação: exige a conversão do direito internacional em direito interno; b) execução: exige apenas a introdução do direito internacional no direito interno por meio de um ato de conhecimento, mantendo o primeiro a sua natureza originária; c) incorporação ou adaptação: confere validade imediata do direito internacional o direito interno (MELLO, 2000, p. 114-115).

Tais teorias são assim descritas:

##### 4.1. Teorias dualistas ou pluralistas

Para essas teorias, em essência, existiriam duas ordens jurídicas coexistentes, internacional e nacionais, diferenciadas na fonte (vontade de um Estado ou de vários Estados), nos sujeitos (indivíduos ou Estados) e no conteúdo (subordinação ou coordenação).

##### 4.1.1. De Triepel (chamada de radical ou rígida)

Para Triepel, autor alemão de grande reputação no ensino do direito internacional público, a ordem internacional e os ordenamentos nacionais formam sistemas jurídicos independentes e distintos, pelo conteúdo e pela fonte.

Pela fonte, porque são emanções de vontade diversas. Enquanto no direito interno a vontade é emanada do próprio Estado, para ele mesmo, no direito internacional a vontade deve ser conjunta dos Estados, o que pressupõe no mínimo a bilateralidade.

Pelo conteúdo, porque regulam relações sociais diversas. Enquanto no direito interno os liames pertinem a interesses de sujeitos nacionais, ou destes e dos internacionais, no direito internacional esses interesses são supranacionais.

Como consequência dessa diversidade de fontes e da independência de cada sistema, inexistente conflito de normas internacional e nacional. Para que a primeira tenha incidência sobre a segunda, mister que haja a recepção normativa pelos sistemas nacionais, por meio daquilo que se convencionou chamar de regra de transformação (ARIOSI, 2000, p. 63 et seq.).

#### 4.1.2. *De Anzilotti (chamada de moderada)*

Anzilotti parte do mesmo pressuposto dualista, conforme o qual existem duas ordens jurídicas diversas, mas rejeita a necessidade da transformação da norma internacional em norma interna, desde que os sistemas têm condicionamentos diferentes.

Enquanto o direito interno está condicionado pela obrigatoriedade de suas leis, o direito internacional condiciona os Estados pela regra *pacta sunt servanda*, e, por isso, podem os tribunais internos aplicar diretamente a norma internacional (ARIOSI, 2000, p. 70; MELLO, 2000, p. 110).

#### 4.1.3. *Críticas ao dualismo*

As teorias dualistas merecem críticas relativas à lógica de sua construção, a partir da idéia de diversidade de planos de validade, de conteúdos e fontes distintos, porque recusam a integração normativa e a noção de unidade do sistema, além de formalizar e burocratizar a adoção do direito internacional.

Em primeiro lugar, fala-se que a diferença de conteúdo é relativa, porque todo con-

teúdo de direito interno pode ser objeto do direito internacional, inexistindo diferença considerável entre os interesses envolvidos. Em segundo lugar, o direito interno de um Estado pode admitir a sua comunhão com o direito internacional, e até mesmo a superioridade deste. Em terceiro, se há independência, inexistiria teoricamente conflito de ordens, enquanto a prática demonstra a cada dia o contrário. Em quarto, embora os indivíduos nacionais não sejam sujeitos diretos do direito internacional, indiretamente o são, para reclamar a outorga direta de deveres e direitos, como, por exemplo, acerca de direitos humanos, cuja proteção pode ser invocada diante de qualquer tribunal, como tem pronunciado a Corte Internacional de Justiça. Em quinto, o costume internacional, que tem estatuta de norma, independe de transformação, e pode ser aplicado sem recepções formais. Em sexto, a vontade não é suficiente para explicar a diferenciação, quando os costumes não dependem dela. Em sétimo, coordenar não é uma ação desprovida de controle, desde que alguma ordem tem de subordinar as demais. Por último, a teoria reduz as normas internacionais ao plano nacional, fazendo apologia exagerada da soberania dos Estados (ARIOSI, 2000, p. 71 et seq.; MELLO, 2000, p. 110).

#### 4.2. *Teorias Monistas*

Para as teorias monistas, o ponto de partida é o reconhecimento da unidade do sistema jurídico, em sua completude normativa, havendo apenas uma possível diferença de grau hierárquico, com a prevalência do direito internacional ou do direito nacional.

##### 4.2.1. *De Jellinek e Wenzel (chamadas de radical ou rígida)*

Para esses autores, a obrigatoriedade do direito internacional provém do direito interno dos Estados, conforme uma autolimitação de suas soberanias, que depende, portanto, da aceitação voluntária das normas internacionais. Logo, a prevalência pertence à norma interna.

Nessa versão do monismo, as constituições estatais devem estabelecer o modo de conclusão dos tratados, que somente se sobrepõem a uma lei interna infraconstitucional. Essa sobreposição ocorre ainda que a lei seja posterior ao tratado, de forma que não ocorre “revogação” do último pela primeira.

#### 4.2.2. De Kelsen (chamada de moderada)

O pensamento kelseniano, conhecido pela famosa recorrência de validade das normas, entre aquelas concretas e a norma fundamental pressuposta, pode ser resumido a respeito do monismo da seguinte forma: a) o direito interno exerce uma função meramente complementar em relação ao direito internacional (KELSEN, 1990, p. 352-354); b) todas as matérias são possíveis ao direito internacional, mas não ao direito interno (KELSEN, 1990, p. 354); c) há uma única ordem jurídica, precedida por uma norma fundamental de validade: c.1) a pressuposição de obrigatoriedade do costume internacional; c.2) seguida do aforisma *pacta sunt servanda* referente a tratados concretos; c.3) normas de órgãos criados pelos tratados, como as cortes e os conselhos (KELSEN, 1990, p. 358-359); d) visão holística das ordens: lógica, e não histórica, porque tradicionalmente os Estados vieram antes de uma ordem internacional (KELSEN, 1990, p. 359-360); e) o direito internacional é aplicável de imediato aos Estados quando as suas constituições omitirem sobre a sua prevalência ou afirmarem a prevalência do direito internacional, salvo se: e.1) exigirem a transformação do direito internacional em direito interno; e.2) exigirem, em determinados casos, que apenas as leis internas sejam aplicadas (KELSEN, 1990, p. 367); f) validade universal do direito internacional, independentemente do reconhecimento, que é então presumido (reconhecimento tácito, contrário à teoria do reconhecimento) (KELSEN, 1990, p. 369-370); g) a soberania dos Estados é “delegada” pelo direito internacional (KELSEN,

1990, p. 370-371)<sup>9</sup>; h) o tratado “revoga” a lei interna, e é por ela “revogado”, conforme a regra *later in time rule* (KELSEN, 1990, p. 367).

Na estrutura das normas, há entre elas um vínculo de validade que dirige a última norma à anterior, e assim sucessivamente até uma norma fundamental hipotética, que é pressuposta como condição primeira de validade (existência). No âmbito interno, a norma fundamental é a pressuposição de validade e de obrigatoriedade da primeira constituição, que “... prescreve que devemos nos conduzir como os ‘pais’ da constituição e os indivíduos autorizados (delegados) – direta ou indiretamente – pela constituição ordenam” (KELSEN, 1990, p. 120). No âmbito internacional, a norma pressuposta é a obrigatoriedade do costume internacional, sob a seguinte fórmula: “os Estados devem se conduzir como têm se conduzido de costume”. Somente a partir dessas normas pressupostas é que as normas podem ser concretamente consideradas e hierarquizadas, nessa ordem: *pacta sunt servanda* dos tratados internacionais; normas emanadas pelos órgãos criados pelos tratados; constituições dos Estados, e assim por diante.

De qualquer forma, as constituições estatais permanecem tendo certa primazia sobre as normas internacionais, se e quando adotarem expressamente a regra da transformação e derem preferência determinada à lei interna infraconstitucional.

#### 4.2.3. Críticas às teorias monistas

No que diz respeito ao monismo com primazia do direito interno, fala-se que ele reduz o direito internacional a um simples direito estatal, negando a sua autonomia. Ademais, se a validade dos tratados dependesse tão-somente das constituições estatais, essa teoria não seria suficiente para explicar a continuidade dos tratados quando a constituição é alterada, no sentido do monismo moderado, ou quando ela é substituída por outra, em processos revolucionários, desde que eles não caducam pelas sim-

ples ocorrência desses acontecimentos (MELLO, 2000, p. 111).

Quanto ao monismo com primazia do direito internacional, trata-se de uma versão a-histórica da criação normativa, porque os Estados antecedem a ordem internacional no tempo. Além disso, o voluntarismo não pode servir de fonte de uma ordem jurídica cujo fundamento de validade é hipotético, e portanto não pode ser submetido à aceitação, e uma norma fundamental hipotética não resolve a hierarquia entre normas concretas. Some-se que os Estados e os seus indivíduos nacionais são inseparáveis, sendo impossível afirmar-se a existência de interesses universais coincidentes (ARIOSI, 2000, p. 93 et seq.).

#### 4.3. *Teorias conciliadoras*

Essas teorias são chamadas de conciliadoras porque tentam conjugar as teorias dualista e monista, sob a coordenação do direito natural.

Foram exploradas por autores espanhóis, que sustentavam a independência das ordens internacional e nacionais, mas sob o reconhecimento da existência de princípios do direito natural superiores a ambas as ordens jurídicas. De qualquer sorte, não dispensam uma recepção da norma internacional pelo direito interno, embora afastem a regra da transformação enquanto exigência formal.

Por isso são chamadas de monistas (MELLO, 2000, p. 113).

#### 5. *Aplicação das teorias no direito brasileiro*

Em sede doutrinária, há todas as opções possíveis. Assim, pelo dualismo acham-se Jacob Dolinger e Amílcar de Castro; pelo monismo radical, Celso Duvivier de Albuquerque Mello, Hildebrando Accioly, Oscar Tenório, Haroldo Valladão, Rubens Requião, Mirtô Fraga e Vicente Marota Rangel; pelo monismo moderado, Campos Batalha, Francisco Campos e Francisco Rezek (ARIOSI, 2000, p. 159 et seq.).

Em sede legislativa, as constituições brasileiras revelaram-se omissas acerca de uma clara escolha entre o dualismo ou o monismo até a EMC nº 45/2004, merecendo registro a tentativa do anteprojeto do texto de 1934, que almejava dar ao país redação semelhante ao texto espanhol, no sentido de colocar o tratado entre a constituição e as leis ordinárias (ARIOSI, 2000, p. 158-159).

Antes daquela emenda, as constituições se limitaram a mencionar esses documentos em conjunto quando trataram da competência derivada recursal do STF, acerca do recurso extraordinário. Havendo a pronúncia de inconstitucionalidade ou a negativa de vigência de tratado pelos juízos inferiores, de competência originária, pode a parte prejudicada recorrer extraordinariamente, decerto para vindicar a proclamação contrária, de constitucionalidade ou de vigência do documento internacional já em vigor no ordenamento nacional. Nesse sentido estiveram os textos do art. 101, III, da CF de 1946, art. 114, III, da CF de 1967 e o art. 119, III, da CF de 1969. Em sentido semelhante, o art. 102, III, da CF de 1988.

A diferença entre os textos supra-indicados está na ordem de exposição da constituição, dos tratados e das leis. Os textos anteriores colocavam esses três instrumentos na mesma alínea, enquanto o texto atual separa a constituição em alínea precedente. Essa disposição já foi entendida como uma equivalência entre os tratados e as leis, pelos monistas moderados, e como prevalência dos tratados, por virem antes de leis, pelos monistas radicais (ARIOSI, 2000, p. 167-168).

Se a disposição desses documentos no texto máximo quer mesmo dizer alguma coisa, ela certamente vale menos pelo que resolve do que pelo que provoca, porque, se há uma certeza acerca desses dispositivos, é a de que eles não foram redigidos para dar conclusões em torno da teoria adotada de forma subjacente pelo legislador constituinte, mas unicamente para disciplinar o regime do recurso extraordinário.

Na CF de 1988, no texto originário, § 2º do art. 5º, os tratados são citados como fontes inexpressas de direitos individuais e coletivos e de suas garantias processuais respectivas, o que levou Celso Duvivier de Albuquerque Mello (2000, p. 119) a considerar, aí, uma opção pelo dualismo. Em suas palavras,

“a Constituição de 1988 adota o dualismo ao fazer a incorporação do DI no D. Interno, pelo menos em um setor determinado, ao estabelecer que os direitos do homem consagrados em tratados internacionais fazem parte do direito interno”.

Mas não é disso que se trata propriamente.

O dispositivo em comento limita-se a reconhecer a completitude do ordenamento jurídico, em especial da constituição, e de forma mais abrangente em conteúdo, para além dos direitos humanos. Em primeiro lugar, a regra da previsão expressa exclui de antemão qualquer disposição internacional a respeito, porque a norma em questão vale pelo que excede o texto escrito, e não pelo que é coincidente. Em segundo lugar, no campo das normas inexpressas, a admissibilidade é sempre feita em termos, vale dizer, conforme a adaptação à sistemática do texto constitucional expresso. Em terceiro lugar, somente em caso de lacuna é que a norma inexpressa pode ser admitida, lacuna essa que pressupõe, por óbvio, que o tratado esteja ainda em estado de inaplicabilidade no direito interno, pois, do contrário, tratar-se-á de aplicação de norma expressa, prevista abaixo da constituição. Logo, nesse terceiro aspecto, quando muito a norma teria pertinência com o monismo, e não com o dualismo. Por fim, os tratados que se achem nessa situação não se limitam aos direitos humanos, mas a quaisquer direitos individuais e coletivos compatíveis com a sistemática constitucional expressa.

Analisado o problema conforme a regra do § 1º do mesmo dispositivo, que diz serem auto-aplicáveis as normas dos direitos e garantias constitucionais, os tratados ain-

da inaplicados no direito interno, enquanto normas inexpressas, ainda assim não são suficientes para explicar uma opção entre o monismo ou o dualismo. É que os documentos auto-aplicáveis são aqueles que apenas prescindem de integração legislativa ou regulamentar, ou seja, passam a valer por si mesmos. E isso independe do modo como aqueles documentos internacionais passam a incidir no ordenamento pátrio.

O art. 49, I, da CF, por exemplo, confere ao Congresso Nacional a competência de aprovar a adesão do país a determinado documento internacional que acarrete encargos e compromissos gravosos ao patrimônio nacional, mas também deixa de colocar o problema da inserção da norma internacional no cenário normativo brasileiro.

A exigência de promulgação, em verdade, não passa de um costume brasileiro, desde o primeiro ato internacional que praticou como país independente, qual seja, o Tratado do Reconhecimento da Independência e do Império, de 29 de agosto de 1825, promulgado por decreto após a troca das cartas de ratificação. Depois disso, o costume foi burocratizado, mediante a promulgação por decreto legislativo e publicação por decreto presidencial, instrumentos inadequados e dúplices para as mesmas funções. No primeiro caso, porque as promulgações são tradicionalmente feitas pelo Poder Executivo, e não pelo Legislativo, e, no segundo, porque a publicidade pode ser dada por qualquer decreto, desde que atenda ao princípio da universalidade do conhecimento que lhe é inerente. De qualquer forma, trata-se de exigência que exclui tanto o modelo da transformação, típico do dualismo, como o da incorporação ou da adaptação, típico do monismo, o que deixa como opção restante o modelo da execução.

Na jurisprudência, caminhou-se do monismo radical (um tratado revoga uma lei interna, e não é por esta revogado) ao monismo moderado (um tratado equipara-se à lei ordinária, prevalecendo o que for mais recente).

No primeiro caso, são exemplos o Pedido de Extradicação nº 7, de 1913, no qual se declarou que uma lei posterior e contrária a um tratado não lhe era prevalente; a Apelação Cível nº 7872, de 1943; a Apelação Cível nº 9587, de 1951, na qual o STF decidiu que um tratado revoga as leis anteriores com ele incompatíveis, e não pode ser revogado por uma lei posterior.

No segundo, pode-se citar o RExt. nº 71.154, de 1971, o qual versava sobre a incidência imediata da Lei Uniforme do Cheque, adotada pela Convenção de Genebra, em 1931, após a sua aprovação pelo Congresso e a sua regular promulgação, em prejuízo do Dec. 2044/1908, que fixava prazo prescricional mais benéfico para a cobrança executiva do cheque (cinco anos, contra seis meses do documento internacional). Nesse caso, o STF decidiu pela prevalência da norma internacional, sem excluir expressamente, dessa vez, a possibilidade de lei posterior vir a prevalecer sobre o mesmo documento internacional.

Essa circunstância veio a ocorrer com o DL 0427/69, que determinou o registro obrigatório de todas as letras de câmbio e notas promissórias na repartição fiscal competente, como requisito de validade que não constava da Convenção de Genebra. No julgamento do RExt. nº 80.004-SE, decidiu o STF, por maioria, que aquele DL, posterior à Convenção, lhe era derogatório, de acordo com os seguintes argumentos: a) o art. 98 do CTN, que é lei especial, excepciona a regra geral e por isso consigna expressamente que os tratados, em matéria tributária, são irrevogáveis por lei ordinária, o que significa que, se a regra fosse essa, a lei especial não precisaria dizê-lo; b) na contradição entre um tratado anterior e uma lei ordinária, esta última prevalece, já que inexistente na Constituição qualquer norma que outorgue aos tratados posição de preeminência; c) ademais, a própria Convenção de Genebra ressalva a incidência do direito interno sobre letras de câmbio e notas promissórias, de forma que não existiria sequer contradição.

As orientações da legislação e da jurisprudência não são incompatíveis, e podem ser combinadas. Na primeira, por força do costume, a exigência de promulgação e publicação, por dois Decretos, um legislativo e outro presidencial, torna o sistema monista por exclusão, diante do único modelo que combina com a admissão do documento internacional no ordenamento interno com a mesma natureza internacional que possuía antes do ato de aprovação (execução), enquanto a segunda, admitindo a regra *later in time*, assume a posição monista moderada.

Com a edição da EMC nº 45/2004, que introduziu o § 3º ao art 5º da CF, houve uma clara opção do ordenamento constitucional brasileiro pela supremacia constitucional de seu texto originário em relação às normas internacionais, *verbis*:

“Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

Logo, são possíveis as seguintes conclusões: 1) qualquer documento internacional tem nível hierárquico inferior ao texto constitucional originário; 2) apenas os documentos internacionais que disponham sobre direitos humanos e tenham sido aprovados pelo mesmo procedimento e *quorum* previstos no § 2º do art. 60 da CF têm a mesma hierarquia das emendas; 3) os demais documentos internacionais, de qualquer outro conteúdo ou que tratem de direitos humanos mas não tenham sido aprovados na forma do § 2º do art. 60 da CF, têm a mesma hierarquia das leis ordinárias; 4) tudo isso sem alterar o modo como tais normas adquirem validade e eficácia no ordenamento nacional, ou seja, mediante o modelo de execução.

Com isso, o modelo brasileiro passa a ser monista moderado como regra e monista radical por exceção, no caso agora previsto no § 3º do art. 5º da CF.

Em conclusão, constata-se que:

1) a prevalecer a noção do monismo racional, os ordenamentos jurídicos ficam desde logo sujeitos a um holismo normativo, dirigido e centralizado pela ordem internacional;

2) isso representa, no plano mundial, o favorecimento de uma autodeterminação fundada na suposta vontade da maioria universal, para além das idéias rousseauianas de soberania popular e do princípio da maioria (em si internas aos Estados), com o perigo de essa vontade ser dirigida pelos países de maior potencial econômico e político e em detrimento dos demais países de situação inferior;

3) como conseqüência, os Estados não poderiam afirmar direitos próprios contra a autodeterminação, e menos ainda os nacionais particulares poderiam sustentar direitos adquiridos internamente ao Estado, nem nele e nem na ordem internacional;

4) com a derrocada dos direitos individuais, o último núcleo do constitucionalismo liberal seria rompido, e as constituições perderiam sua materialidade intrínseca, desde que os direitos individuais, associados à separação dos poderes, são as normas que por excelência definem as normas materialmente constitucionais e as diferenciam daquelas formalmente constitucionais;

5) qualquer direito outorgado a qualquer indivíduo, no plano internacional, não será dado por conta de uma proteção constitucional, mas sempre a título de uma vontade universal;

6) o indivíduo deixará de ter proteção contra o arbítrio do Estado, para submeter-se a uma autodeterminação mundial, que poderá eventualmente desprovê-lo de qualquer tutela pessoal efetiva.

<sup>1</sup> Caso das simaquiás, acordos ou associações militares com o fim de autodefesa, como ocorreu com a liga do peloponeso, no séc. VI a.C., entre Esparta e algumas cidades oligárquicas peloponésias (CARDOSO, 1987, p. 36).

<sup>2</sup> Conforme a qual Deus detém a *plenitudo potestatis*, mas outorga no mundo da matéria, a *auctoritas* ao Papa, e a *potestas* ao Rei (CHÂTELET; DUHAMEL; PISIER-KOUCHNER, 1990, p. 31 et seq.).

<sup>3</sup> Tratava-se de uma inversão da idéia do filósofo-Rei de Platão, dissimulada na Alegoria da Caverna, em que o estado de escuridão estava fadado a ser um dia eliminado quando o homem pudesse enxergar a luz externa, e retornar à caverna para libertar os demais. Essa dissimulação era necessária, a fim de se evitar o problema enfrentado por Sócrates, julgado e condenado por supostamente atentar contra a *polis*, quando em verdade Platão, seu discípulo e sucessor, era o filósofo interessado em unir o pensamento e a ação políticos (ARENDDT, 1988, p. 64, 147, 149, 152, 154-157, 166-167, 173-174).

<sup>4</sup> Na passagem do estado de natureza para o estado civil, sobrevive a lei natural, e não a natureza ideal (BOBBIO, 1997, p. 171-172, 182, 186, 219).

<sup>5</sup> Os outros limites são: a legalidade, a liberdade econômica e a indelegabilidade de poderes.

<sup>6</sup> “Encontrar uma forma de associação que defenda e proteja a pessoa e os bens de cada associação de qualquer força comum, e pela qual, cada um, unindo-se a todos, não obedeça, portanto, senão a si mesmo, ficando assim tão livre como dantes. Tal é o problema fundamental que o contrato social soluciona” (ROUSSEAU, 1989, p. 35).

<sup>7</sup> “... a alienação total de cada associado com todos os seus direitos a favor de toda a comunidade, porque primeiramente, entregando-se cada qual por inteiro, a condição é igual para todos, e, por conseguinte, sendo esta condição idêntica para todos, nenhum tem interesse em fazê-la onerosa para todos” (ROUSSEAU, 1989, p. 35-36).

<sup>8</sup> Consoante Nelson Saldanha (1977, p. 123), a idéia de representação foi criada com o objetivo de tornar a lei observável pelos destinatários, fazendo-a representar-se como algo dito por aqueles que a ela devem obediência.

<sup>9</sup> Assim também ocorreria da ordem internacional para as nacionais, que seriam “delegadas” (KELSEN, 1990, p. 371).

## Referências

- ARENDRT, Hannah. *Entre o passado e o futuro*. São Paulo: Perspectiva, 1988.
- ARIOSI, Mariângela. *Conflitos entre tratados internacionais e leis internas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- BERTAGNOLI, Afonso. *Estudo crítico introdutório de o contrato social*. São Paulo: Editora Tecnoprint, 1989.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- \_\_\_\_\_. *Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant*. Brasília: UnB, 1997a.
- \_\_\_\_\_. *Locke e o direito natural*. Brasília: UnB, 1997b.
- \_\_\_\_\_. O modelo jusnaturalista. In: \_\_\_\_\_. *Ensaaios escolhidos*. Rio de Janeiro: C. H. Cardin, 1980.
- \_\_\_\_\_. *Thomas Hobbes*. Rio de Janeiro: Campus, 1991.
- CARDOSO, Ciro Flamarion. *A cidade-estado antiga*. São Paulo: Ática, 1987.
- CHÂTELET, François; DUHAMEL, Olivier; PISIER-KOUCHNER, Evelyne. *História das idéias políticas*. Rio de Janeiro: J. Zahar, 1990.
- DWORKIN, Ronald. Unenumerated rights: whether and how Roe should be overruled. In: STONE, Geoffrey; EPSTEIN, Richard; SUNSTEIN, Cass R. (Org.). *The bill of rights in the modern state*. Chicago: The University of Chicago Press, 1992.
- GRZEGORCZYK, Christophe. Le droit comme interprétation officielle de la réalité. *Revue Française de Théorie Juridique Droit*, Paris, n. 10, 1990. JAPIASSÚ, Hilton; MARCONDES, Danilo. *Dicionário básico de filosofia*. Rio de Janeiro: J. Zahar, 1999.
- KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. São Paulo: M. Fontes, 1990.
- LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. Rio de Janeiro: Companhia das Letras, 1991.
- LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo*. São Paulo: Abril Cultural, 1973.
- MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. São Paulo: Tecnoprint, 1989.
- SALDANHA, Nelson. *Legalismo e ciência do direito*. São Paulo: Atlas, 1977.
- THOMANN, Marcel. *Historie de l'idéologie juridique au XVIII siècle*. Paris: Archives de Philosophie du Droit, 1974. 9 t.