

O DIREITO INTERNACIONAL E DIREITO ESTADUAL EM KELSEN

Andiara Flores¹

RESUMO

O presente *paper* é caracterizado como ensaio, pois é parte inicial de uma pesquisa em desenvolvimento sobre as normas ambientais internacionais. Este ensaio busca compreender as teorias de inserção do Direito Internacional na ordem jurídica dos Estados, verificando a prevalência no caso de conflito destas normas na visão de Kelsen.

Palavras-chave: Direito Internacional; Direito Estadual; teoria monista; teoria dualista.

1 INTRODUÇÃO

A transformação do mundo sem fronteiras, em que a distância geográfica perde sentido, exige uma conformação de regras jurídicas básicas para estruturar o ordenamento e para dar segurança jurídica aos contratantes. Neste sentido, o Direito Internacional emerge de forma a regular as operações entre os Estados, impondo-os deveres e direitos na busca da concretização dos objetivos pactuados.

O Direito Internacional cinge o futuro jurídico na busca constante da globalização, no entanto, as controvérsias poderão surgir entre a ordem jurídica internacional e a ordem jurídica estadual.

Desta forma, analisaremos as teorias do Direito Internacional de modo a evitar os conflitos normativos emergentes deste e do Direito estadual, com ênfase no pensamento kelseniano.

¹ Advogada, Graduada em Direito pela Universidade de Caxias do Sul (UCS), Mestranda em Direito pela Universidade de Caxias do Sul (UCS), Bolsista CAPES, membro do Grupo de Pesquisa Direito Público e Meio Ambiente, certificado pela UCS e inserido no Diretório de Grupos de Pesquisa do CNPq. Endereço: Rua Manoel Peterlongo, 578. Garibaldi/RS. CEP: 95.720-000. E-mail: andiara_flores@yahoo.com.br.

2 O DIREITO INTERNACIONAL E O DIREITO ESTADUAL

A ordem constitucional de cada país é quem dispõe sobre a admissibilidade da ordem internacional no Direito interno. Mesmo sendo o sistema jurídico internacional regido por normas e princípios próprios, é necessário que tenha, via de regra, o referendo de cada Estado-Membro, como pressuposto de validade dentro do seu território, surgindo daí o relacionamento entre Direito Internacional Público, e o Direito interno dos Estados.

A Convenção de Viena, em vários artigos, se refere ao Direito interno do Estado. Pelo art. 27 uma parte não pode invocar as disposições de seu Direito interno como justificativa para o inadimplemento de um tratado. Por este dispositivo se consagrou a supremacia do Direito Internacional sobre o Direito interno, nas relações entre partes contratantes.

Embora o dispositivo não tenha feito referência à obrigatoriedade, para o Estado, de adequar suas normas internas às contratuais, o art. 26, obriga-o a executar, de boa-fé, o tratado, subentendendo-se que o Estado deve dar-lhe prevalência sobre suas normas internas, seja quando transformado em leis, seja, ainda como tratado.

Observando tais dispositivos, estabelece-se que a validade de um tratado, o consentimento do Estado em obrigar-se por ele, só poderá ser impugnado em virtude de aplicação da própria Convenção. Se há silêncio no tratado, aplica-se as regras estatuídas na Convenção sobre Direito dos Tratados.

Já a tendência constitucionalista, defendendo a soberania estatal considera que a observância de regras constitucionais dos Estados contratantes é requisito essencial para a validade do tratado, pois é o Direito Constitucional de cada um que estabelece os órgãos competentes e os procedimentos de que dependem a formação da expressão da vontade do Estado em obrigar-se, internacionalmente.

Se o conflito se der entre o Direito Internacional e o Direito interno, a solução dependerá, do próprio Direito interno, podendo-se ter as seguintes situações: supremacia do Direito Internacional ou paridade destes em face do Direito interno. A dependência se dá junto ao Direito interno pelo fato de não haver no Direito das Gentes uma norma positivada que assegure o primado internacionalista, o que faz reportar aos ensinamentos de Kelsen (MENEZES, 2004, p. 319).

Procurando conciliar as opiniões divergentes, a Convenção de Viena não consagrou a vitória de uma ou de outra tendência.

Isto posto, a questão envolvendo a transformação do Direito Internacional em Direito interno, tem-se duas teorias: Dualista e Monista.

2.1 Teoria Dualista

O primeiro estudo sistemático da Teoria Dualista foi feito por Heinrich Triepel, em 1899, na obra *Volkerrecht und Landesrecht*. Parte este jurista da concepção de que o Direito Internacional e o Direito interno são noções diferentes e, em consequência, as duas ordens jurídicas são independentes, não possuindo qualquer área em comum. Triepel leciona que esta oposição é resultante de três diferenças que existem nas duas ordens jurídicas (MELLO, 2000, p. 109).

A primeira diferença é de relações sociais: na ordem internacional o Estado é o único sujeito de direito enquanto na ordem interna aparece o homem também como sujeito de direito (MELLO, 2000, p. 109).

A segunda diferença é das fontes nas duas ordens jurídicas: o direito interno é o resultado da vontade de um Estado, enquanto o Direito Internacional tem como fonte à vontade coletiva dos Estados, que se manifesta expressamente nos tratados-leis e tacitamente no costume internacional (MELLO, 2000, p. 109).

A terceira diferença é relativa à estrutura das duas ordens jurídicas: a interna está baseada em um sistema de subordinação e a internacional na coordenação. É a comunidade internacional uma sociedade paritária. Esta concepção conduz à denominada Teoria da Incorporação, isto é, para que uma norma internacional seja aplicada no âmbito interno do Estado, é preciso que este faça primeiro a sua transformação em Direito interno incorporando-a ao seu sistema jurídico (MELLO, 2000, p. 109).

Estas são consequências da completa independência entre as duas ordens jurídicas, o que significa dizer também que não existe uma possibilidade de conflitos entre elas, já que inexistente quaisquer espécies de relação entre ambas (MELLO, 2000, p. 109).

A diferenciação entre o Direito Internacional e o Direito interno é possível haja vista que ambos apresentam, respectivamente, seus próprios conteúdos e suas próprias fontes (ARIOSI, 2000, p. 65).

O Direito Internacional e o Direito interno dos Estados são sistemas absolutamente independentes e distintos, de forma que a validade jurídica de um em nada interfere na do outro. A validade do Direito interno não se condiciona à sintonia junto ao Direito das Gentes, de modo que o Direito Internacional e o Direito interno confrontam-se, um com o outro, como mero fato e não como normas jurídicas colidentes (MENEZES, 2004, p. 315).

Outro entendimento necessário é como o Direito Internacional é recepcionado na esfera jurídica doméstica dos Estados. Para Triepel, havendo duas ordens independentes, estas não poderiam se chocar, já que a recepção do Direito Internacional é realizada pela transformação deste em Direito interno (ARIOSI, 2000, p. 69).

Fraga (2001, p. 06) enumera algumas conseqüências da separação das duas ordens:

- a. Validade de normas internas contrárias ao Direito das Gentes;
- b. Impossibilidade de que ordem jurídica possa determinar a validade das normas de outra ordem;
- c. Inadmissibilidade da norma internacional no Direito interno;
- d. Necessidade de transformação da norma internacional para integrar-se no Direito interno;
- e. Inocorrência de primazia de uma ordem sobre outra, por constituírem dois círculos que estão em contato íntimo, mas que não se sobrepõem jamais.

Para Kelsen (1998, p. 230), ao determinar a relação existente entre Direito estadual e Direito Internacional, a questão de saber se podem existir conflitos insolúveis entre os dois sistemas de normas. Somente quando esta questão tenha de ser respondida afirmativamente é que fica excluída a unidade do Direito estadual e do Direito Internacional. Neste caso, sim, só é efetivamente possível uma construção dualista ou pluralista das relações entre Direito estadual e Direito Internacional. Mas, em tal hipótese, também não se pode falar de uma validade simultânea de ambos .

Se houvesse conflitos insolúveis entre Direito Internacional e Direito estadual e se, por isso, fosse inevitável uma construção dualista, desde que considerássemos o Direito estadual como um sistema de normas válidas, não só poderíamos conceber o Direito Internacional como Direito, como também o não poderíamos sequer conceber como uma ordem normativa vinculante que se encontra em vigor ao mesmo tempo que o Direito estadual. Apenas poderíamos interpretar as relações submetidas à nossa apreciação, ou do ponto de vista da

ordem jurídica estadual, ou do ponto de vista da ordem jurídica internacional (KELSEN, 1998, p. 231).

Assim, Kelsen (1998, p. 231) conclui que a generalidade dos representantes da teoria dualista vê-se forçada a considerar o Direito Internacional e o Direito estadual como ordens jurídicas com vigência simultânea que são independentes uma da outra nessa sua vigência e podem entrar em conflito uma com a outra. Para ele, esta doutrina é insustentável.

2.2 Teoria Monista

A Teoria Monista sustenta, de um modo geral, a existência de uma única ordem jurídica, não aceitando a existência de duas ordens jurídicas autônomas, independentes e não derivadas. Esta concepção tem duas posições: uma, que defende a primazia do Direito interno, e outra, a primazia do Direito Internacional.

Para o Monismo, a ordem jurídica internacional e a interna fazem parte de um único sistema, havendo equiparação entre sujeitos, fontes, objeto e estrutura das duas ordens, que se comunicam e se interpenetram (FRAGA, 2001, p. 06).

2.2.1 O primado da ordem jurídica estadual

A corrente Monista com primazia no Direito Internacional desenvolvida pela Escola de Viena, cujos principais representantes são Kelsen, Verdross e Kunz, parte do princípio da subordinação, em razão do qual todas as normas jurídicas se acham subordinadas entre si, numa ordem rigorosamente hierárquica. A ordem jurídica interna deriva da ordem jurídica internacional que tem supremacia (FRAGA, 2001, p. 08).

O monismo com primazia do Direito interno teve como maior precursor Hegel e considera o Estado como tendo uma soberania absoluta, não estando, em consequência, sujeito a nenhum sistema jurídico que não tenha emanado de sua própria vontade.

Alguns doutrinadores sustentam que o Direito Internacional só é válido para o Estado, como parte do seu Direito nacional, filiando-se a concepção da soberania absoluta do Estado. O Brasil adota esta teoria.

Hegel, em cujos escritos se baseou o monismo nacionalista, via na soberania do Estado algo absoluto, inerente à própria idéia de Estado, sem a qual não poderia ele sequer sobreviver (MENEZES, 2004, p. 317).

Na concepção Kelseniana, o Direito Internacional tem de ser reconhecido pelo Estado para valer em relação a ele. Nesta questão vai implícita a suposição de que o fundamento de validade do Direito Internacional tem de ser encontrado na ordem jurídica estadual, isto é, a admissão do primado da ordem jurídica do próprio Estado, ou seja, da sua soberania, ou, o que significa o mesmo, a aceitação da soberania do Estado relativamente ao qual está em questão a validade do Direito Internacional (KELSEN, 1998, p. 235).

Esta soberania do Estado é o fator decisivo para a admissão do primado da ordem jurídica estadual. Esta soberania não é qualquer qualidade perceptível – ou objetivamente cognoscível por qualquer outra forma –, um objeto real, mas é uma pressuposição: a pressuposição de uma ordem normativa com ordem suprema cuja validade não é dedutível de qualquer ordem superior (KELSEN, 1998, 235).

Em suma, a ordem jurídica internacional é delegada pela ordem jurídica estadual, o que quer dizer, quando apenas se considera o Direito Internacional como válido em relação ao Estado se ele é reconhecido por este (KELSEN, 1998, p. 235).

Por fim, Kelsen leciona que o Direito Internacional, que do ponto de vista do primado da ordem jurídica estadual – ou da soberania do Estado – apenas vale na medida em que um Estado o reconhece como vinculante em relação a si, surge, por conseguinte, não como uma ordem jurídica supra-estatal, e também não como uma ordem jurídica independente da própria ordem estadual, isolada em face desta, mas – na medida em que seja Direito – como uma parte integrante da própria ordem jurídica estadual. Tem-se-lhe chamado “Direito estadual externo”, partindo da suposição de que regula as relações do Estado com o “exterior”, as suas relações com outros Estados (KELSEN, 1998, p. 235).

2.2.2 O primado da ordem jurídica internacional

A segunda via pela qual se alcança o conhecimento da unidade de Direito Internacional e Direito estadual toma por ponto de partida o Direito Internacional como ordem jurídica válida (KELSEN, 1998, p. 236).

Neste sentido, o Direito Internacional se mostra capaz de limitar a atuação dos Estados em face da ordem internacional. A doutrina internacionalista considera que uma lei interna contrária ao Direito Internacional só produz os seus efeitos perante a própria ordem interna, mas jamais em face do Direito das Gentes (MENEZES, 2004, p. 317).

O fundamento de validade da ordem jurídica internacional é possível porque o princípio da efetividade, que é uma norma do Direito Internacional positivo, determina, tanto o fundamento de validade, como o domínio territorial, pessoal e temporal de validade das ordens jurídicas estaduais e estas, por conseguinte, podem ser concebidas como delegadas pelo Direito Internacional, como subordinadas a este, portanto, e como ordens jurídicas parciais incluídas nele como ordem universal, sendo a coexistência no espaço e a sucessão no tempo de tais ordens parcelares tornadas juridicamente possíveis através do Direito Internacional e só através dele. Isso significa o primado da ordem jurídica internacional (KELSEN, 1998, p. 236).

Os Estados singulares conservam, mesmo sob o Direito Internacional, a sua competência fundamental para normar tudo; no entanto, apenas mantêm esta competência na medida em que o Direito Internacional não se apossa de uma matéria e assim, a subtraia a uma livre regulamentação por parte da ordem jurídica estadual. Esta, se se pressupõe o Direito Internacional como ordem jurídica supraestatal, já não tem uma competência soberana (KELSEN, 1998, p. 238).

Assim, o Estado aparece como determinado pelo Direito Internacional na sua existência jurídica em todas as direções, quer dizer, como uma ordem jurídica delegada pelo Direito Internacional, tanto na sua validade como na sua esfera de validade. Somente a ordem jurídica internacional, e não qualquer ordem jurídica estadual, é soberana (KELSEN, 1998, p. 238).

Neste sentido, vale salientar o que dispõe a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados em seu art. 27, demonstrando nitidamente a soberania internacional:

Artigo 27. Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o descumprimento de um tratado. Esta regra não prejudica o art. 46.

Atualmente, a jurisprudência internacional tem sido unânime em consagrar a primazia do Direito Internacional. O Direito interno tem para o juiz internacional o valor de um simples fato, não possuindo qualquer valor normativo. Isto não significa que o Direito Internacional Público ignore o Direito interno, pois este pode servir de prova para a existência de um costume internacional.

Desta forma, toda a evolução técnico-jurídica apontada tem, para Kelsen (1998, p. 230), em última análise, a tendência para fazer desaparecer a linha divisória entre Direito Internacional e ordem jurídica do Estado singular, por forma que o último termo da real evolução jurídica, dirigida a uma centralização cada vez maior, parece ser a unidade de organização de uma comunidade universal de Direito mundial, quer dizer, a formação de um Estado mundial.

3 CONCLUSÃO

Diante de um cenário internacional que tem a globalização como determinante de suas estruturas, o Direito Internacional vai adquirindo também um aspecto globalizado. Na verdade, as relações internacionais têm sido estabelecidas, cada vez mais, sob bases jurídico-institucionais, onde arranjos internacionais têm delimitado novas esferas de influência e configurado novas estruturas de poder no âmbito internacional.

Com efeito, o Direito Internacional tem recebido cada vez mais importância, mediante acontecimentos que adquiriram uma dimensão internacional que se torna impossível não reconhecer a indispensabilidade de uma produção científica cada vez mais aprofundada acerca do Direito Internacional Público.

Contemporaneamente nos deparamos com uma nova concepção de soberania, que implica também no reconhecimento, pelo Direito interno de cada país, dos acordos firmados internacionalmente. Nesse novo contexto, o Direito Internacional ganha relevância e os tratados passam a ser analisados com maior atenção, tendo em vista a globalização.

Na perspectiva de consolidação de uma ordem legal internacional, num cenário onde a soberania dos Estados se harmonizam sob regras ditadas pelo próprio ordenamento, a regra da primazia do Direito Internacional em relação ao Direito interno deverá superar toda esta celeuma, operando mais que a harmonização, a uniformização do Direito dos Estados, possibilitando o estabelecimento e o desenvolvimento dos processos de integração a que se sujeitaram.

Deve-se assinalar a importância da adaptação do Direito Constitucional dos Estados ao Direito Internacional, para poder possibilitar uma contextualização mais adaptada à nova realidade internacional.

É mister, que a jurisprudência e a doutrina cumpram seu papel perante a sociedade, mostrando os caminhos jurídicos para a solução das controvérsias advindas da globalização, que hoje já não é mais uma opção, mas sim um fato.

REFERÊNCIAS

ARIOSI, Mariângela. Conflitos entre Tratados Internacionais e leis internas: o judiciário brasileiro e da nova ordem internacional. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FRAGA, Mirtô. O conflito entre Tratado Internacional e Norma de Direito Interno: Estudo analítico da situação do Tratado da Ordem Jurídica Brasileira. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. Curso de Direito Internacional Público. 12. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. v. 1.

MENEZES, Iure Pedroza. Os Tratados Internacionais e o Direito Interno dos Estados. Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 12, n. 48, p. 303-323, jul. 2004.

INTERNATIONAL LAW AND STATES LAW IN KELSEN

ABSTRACT

This paper is characterized as a test, it is part of an initial research on developing international environmental standards. This essay seeks to understand the theories of integration of international law in the States, investigating the prevalence of conflict in the case of these standards in view of Kelsen.

Keywords: International Law, State Law; monist theory; dualistic theory.

Entrega dos originais: 30/01/2010.