



LIGA DE ENSINO DO RIO GRANDE DO NORTE
FACULDADE NATALENSE PARA O DESENVOLVIMENTO
DO RIO GRANDE DO NORTE
CURSO DE DIREITO

RENATO DE MELO FURTADO

**CONFLITOS ENTRE O DIREITO INTERNACIONAL E O DIREITO INTERNO: UM
ESTUDO DESCRITIVO E COMPARATIVO DAS ANÁLISES DE Kelsen E HART**

Artigo apresentado como requisito para conclusão do
Curso de Direito da Faculdade Natalense para o
Desenvolvimento do Rio Grande do Norte – FARN

Orientador: Prof. Mário Maia

NATAL/ RN
2011

CONFLITOS ENTRE O DIREITO INTERNACIONAL E O DIREITO INTERNO: UM ESTUDO DESCRITIVO E COMPARATIVO DAS ANÁLISES DE Kelsen E HART

Renato de Melo Furtado¹

RESUMO

A Constituição Federal brasileira, por não conter cláusula que indique a supremacia do direito internacional dentre o direito interno, deixa para a jurisprudência a importante tarefa de deliberar um posicionamento a respeito da questão do conflito entre as normas. Com o intuito de verificar tal questão, foi necessário voltar ao tempo na perspectiva de analisar obras como a Teoria Pura do Direito, de Hans Kelsen e o Conceito de Direito de Herbert Hart, a fim de demonstrar que o respectivo tema vem sendo discutido desde o século passado e que não é uma problemática no atual período histórico.

Palavras-chave: Constituição Federal. Direito Internacional. Direito Nacional. Conflitos.

CONFLITOS ENTRE O DIREITO INTERNACIONAL E O DIREITO INTERNO: UM ESTUDO DESCRITIVO E COMPARATIVO DAS ANÁLISES DE Kelsen E HART

ABSTRACT

The Brazilian Federal Constitution, it does not contain a clause that indicates the supremacy of international law from domestic law, the law leaves the important task of deciding a position on the issue of conflict between the rules. In order to verify this question, it was necessary to go back in time a view to considering works as the Pure Theory of Law by Hans Kelsen and the Concept of Law Herbert Hart in order to demonstrate that their issue has been discussed since the late past and that is not a recent problem in the current historical period.

Keywords: International Law. Internal law. Conflicts.

¹ Graduando do Curso de Direito da Faculdade Natalense para o Desenvolvimento do RN – FARN.
E-mail: Renato_furtado@yahoo.com.br

INTRODUÇÃO

A relação entre o direito internacional e o nacional esta longe de ser um problema teórico apenas. Cada vez mais os tribunais se deparam com situações embaraçosas para as quais não existem soluções doutrinariamente construídas, a exemplo do que acontece atualmente no Brasil onde a decisão do Supremo Tribunal Federal no caso da lei da anistia¹ esta sendo questionada pela OAB com base em decisão da Corte Interamericana. Qual das decisões deve prevalecer?

Desta forma é possível perceber que o fortalecimento do sistema internacional de direitos humanos deve ser diretamente responsável pelo aumento destas situações de “crise” institucional. Sendo a questão traduzida como um embate entre dois discursos divergentes: o de soberania estatal e o da supremacia dos direitos humanos internacionais. O estudo desta temática parece ser uma das grandes questões atuais tanto dos estudiosos de direitos humanos como de direito constitucional (assumindo que há uma diferença)².

Este estudo parte desta constatação concreta (e atual) e volta no tempo. Pretende verificar qual às lições fornecidas por Hans Kelsen e Herbert Hart ainda na década de 60 do século passado sobre a questão.

De maneira ampla pretende contribuir para o debate da questão historicizando-a. Perceber que não se trata de debate exclusivo do nosso tempo é uma contribuição que não se deve deixar de considerar. Isto permite que os debates não estejam sempre partindo do zero, que possamos prosseguir debatendo com consciência dos caminhos e tentativas de outro momento.

De maneira mais especifica o trabalho se propõe a descrever e comparar as perspectivas de enfrentamento da questão na “Teoria pura do direito” de Kelsen e no “O conceito de direito” de Hart.

1 ADPF 153

2 NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

Não fosse o debate concreto e atual sobre a questão, o estudo se justificaria pela importância dos autores em debate. Trata-se de dois pilares do chamado positivismo jurídico que trabalharam a partir de duas diferentes culturas jurídicas (anglo-saxônica e continental européia) em trabalhos produzidos na década de 60³.

Na estruturação do trabalho utilizou-se de procedimento indutivo, ou seja, partiu-se do específico e foi-se ao abstrato. Assim, primeiramente foi contextualizada a questão a partir da doutrina nacional. Passando-se em seguida ao âmbito mais abstrato da filosofia/teoria jurídica.

1. RELAÇÃO ENTRE O DIREITO INTERNO E O DIREITO INTERNACIONAL

Sobre o presente tema, há dois campos que não devem ser confundidos. No primeiro campo, discute-se a matéria filosófica, a relação entre os ordenamentos jurídicos nacionais e o Direito internacional, cujo ponto de vista tanto pode dar-se em um duplo aspecto, seja de quem se coloca num sistema jurídico nacional e olha para as normas que vem de fora, seja de quem se encontra no sistema jurídico internacional e verifica o que se passa no interior do estado.

No segundo campo, trata-se de, em caso de conflito entre a norma interna e a internacional, decidir qual delas seria aplicada; não é um campo teórico, mas um exercício de tomada de decisão, onde argumentos racionais e bem elaborados, que possibilitam eventualmente ser excelentes numa produção teórica coerente. Ainda neste segundo campo, Guido Fernando Silva Soares assevera que (2004, p. 201):

Aos que cabe interpretar e aos aplicadores das normas no campo internacional, especialmente os tribunais internacionais e árbitros, somente aplicarão normas do sistema jurídico internacional, em virtude da operação das fontes do Direito Internacional. E em relação ao Direito Nacional, os motivos que determinam as razões de decidir, em especial dos poderes judiciários nacionais, devem estar sustentados em fontes nacionais do Direito que eles determinam sua aplicação e que lhes motivam não só a competência, como natureza das normas de solução de uma questão.

³ Sendo no caso de Kelsen uma produção “definitiva” de trabalho escrito originariamente em 1934.

Do ponto de vista do Doutrinador Roberto Luiz Silva (2002, p. 138):

A questão das relações entre o Direito Internacional e o Direito Interno envolve, primeiramente, a questão relativa à existência ou não de conexão entre ambos, podendo ainda gerar muitos problemas de ordem prática, especialmente se, havendo um conflito entre eles, decidir qual dos dois prevalecerá. Assim sendo, surgiram duas correntes: a escola do dualismo, que sustenta que os sistemas são totalmente distintos e incapazes de qualquer penetração mútua, e a dos monistas, que considera ambos os direitos unidos dentro de um marco de um ordenamento jurídico global.

É notório que no ordenamento jurídico brasileiro não há uma posição doutrinária consensual acerca da forma de relacionamento entre o Direito Interno e o Direito Internacional, e muito menos sobre a prevalência de um sobre o outro.

Aqueles que seguem a doutrina dualista analisam o Direito Internacional e o Direito Interno, como sendo distintos e separados, cada qual com suas normas próprias; a doutrina monista, por sua vez, considera o direito um sistema interligado tanto pelo Direito Internacional como pelo Direito Interno, constituindo um todo harmônico e homogêneo.

Diante de decisões tomadas pela Corte Internacional quanto pela nacional, verifica-se que nenhuma doutrina é completa, todas são passíveis de questionamentos; entretanto, a que, em alguns entendimentos, se encaixa de forma mais válida é a teoria monista com primado do Direito Internacional. Esta tese oferece uma maior segurança e harmonia nas relações internacionais na medida em que sobrepõe os tratados internacionais aos direitos internos dos Estados membros.

No tocante à realidade brasileira, Luis Ivani de Amorim Araújo (1998, p. 138) externa suas idéias afirmando que:

O Direito Internacional subscrito pelo Brasil são recepcionados pela legislação interna; porém, nosso ordenamento jurídico ainda é um pouco falho no que diz respeito à solução dos conflitos entre normas de Direito Internacional e de Direito Interno, já que poucas são as situações.

Imperioso se faz verificar quais os mecanismos utilizados para solucionar os conflitos entre o direito internacional e o direito interno no Brasil. Três possíveis situações foram destacadas por Flávia Piovesan (2006, p. 91-92):

1) As normas do tratado podem coincidir com o texto constitucional; 2) as normas do tratado podem complementar as normas constitucionais: a) introduzindo novos direitos e garantias no rol constitucional; b) ampliando o alcance do conteúdo normativo de direitos previstos constitucionalmente; c) elevando ao status de norma constitucional direitos fundamentais previstos infraconstitucionalmente; d) explicitando direitos e garantias fundamentais pré-existentes, mas considerados implícitos; e, por fim, e) resolvendo lacunas do ordenamento jurídico brasileiro; 3) as normas do tratado podem contrariar dispositivo constitucional, seja a norma internacional mais protetiva à pessoa humana ou vice-versa. (Grifo no original).

Em relação aos tratados internacionais que não versam sobre direitos humanos é que, portanto, depois de internalizados ingressam no ordenamento jurídico com o status de lei ordinária, conclui-se que: a primeira hipótese não constitui um conflito entre os planos interno e internacional, o que garante indubitável aplicabilidade às normas do tratado. A segunda situação também não caracteriza conflito na medida em que a complementação ocorrerá nos limites definidos pelo texto constitucional. A terceira, por implicar em conflito, deverá ser submetida ao Supremo Tribunal Federal, a quem cabe determinar, por meio de Controle de Constitucionalidade, a norma a ser seguida.

Na hipótese da norma do tratado contrariar a Constituição, de forma a retirar ou limitar determinada proteção ao ser humano, será declarada inconstitucional, pela propositura de ação direta para aferição de constitucionalidade do decreto legislativo, possibilitando que a ratificação e, portanto, a recepção do tratado na ordem interna seja obstada.

É possível, a utilização da medida cautelar para retardar ou suspender a ratificação dos tratados até a decisão final do órgão de cúpula do Poder Judiciário. Sendo contrária à Carta Maior, mas aumentando o âmbito de proteção às pessoas, pode o Supremo determinar sua constitucionalidade.

Já diante de normas de tratados internacionais de direitos humanos aprovados pelo procedimento estabelecido no § 3º do artigo 5º da Constituição e que, consequentemente, possuem *status* de emendas constitucionais, entende-se que as duas primeiras situações não constituem conflito e as normas do tratado farão parte Bloco de Constitucionalidade.

Na terceira hipótese, havendo conflito entre as normas e, na medida em que ambas possuem valor constitucional, deve-se respeitar as limitações impostas ao Poder Constituinte Derivado Reformador. Se as normas do tratado internacional de direitos humanos não contrariarem cláusulas pétreas, elas passam a determinar um novo parâmetro de

constitucionalidade. Se ocorrer o contrário, deverá ser protegida a integridade do texto constitucional e afastada a norma do tratado.

Desta maneira conclui-se, que ao estabelecer um Tratado Internacional, o Estado deve adaptar o seu ordenamento Interno para a recepção daquele, evitando assim, desordem que perturbe a ordem interna e internacional.

2. RELAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL COM O DIREITO NACIONAL PARA KELSEN.

Na Obra Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen, podem ser verificadas vertentes quanto à união do Direito Internacional e o Direito Interno. A principal vertente considera ambos estes Direitos como ordenamentos de normas vinculantes simultaneamente válidas, não fazendo por qualquer outra forma que não seja abrangendo o ordenamento jurídico interno com o externo.

Em tese, essa forma trabalha com a idéia de que os dois tipos de normas ao mesmo tempo podem compor um sistema único. Que um desses ordenamentos se apresente como subordinado ao outro, porque um contém uma norma que determina a produção das normas do outro e, em consequência, a norma produzida encontra naquele o seu fundamento de validade. Trata-se de uma elaboração consistente com a idéia piramidal de hierarquização de leis produzida pelo autor.

Seguindo o mesmo raciocínio, Kelsen afirma que “os dois tipos de normas também podem, porém, formar um sistema de normas unitárias tal que os dois ordenamentos sejam como situados ao mesmo nível, quer dizer, delimitados, nos respectivos domínios de validade, um em face do outro.”⁴

Tal posição revela que o Direito Internacional e o Direito Interno formam um direito unitário, então a relação entre eles tem de ajustar-se a uma das suas formas expostas. O direito internacional tem de ser concebido, ou como um ordenamento jurídico que delegada pela

⁴ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999,

ordem jurídica estadual, ou como um ordenamento jurídico total que delega nas ordens jurídicas estaduais.

Analisando a fundo a interpretação apresentada por Kelsen, notório fica que o Direito Internacional e o Direito Interno devem representar uma construção monista, onde por sua vez, aprecia o direito como sendo um sistema integrado tanto pelo Direito doméstico como pelo Direito Internacional, constituindo um todo harmônico e homogêneo.

Na construção da teoria monista, autores dividiram-se em duas correntes: monismo com primazia do direito interno e o monismo com primazia do direito internacional (raízes em Kelsen). O ponto de vista do monismo com primazia do direito interno, tenta impor uma não obrigação de se cumprir os tratados firmados com outros Estados, o que efetivamente não é o que acontece. Já na teoria do monismo com primazia do direito internacional não estabelece diferenças entre a ordem interna e a externa.

Verifica-se então, que aqui paira a teoria pura do direito de Kelsen e a sua pirâmide de normas consiste que toda norma tem sua origem e retira seu fundamento de validade de uma outra norma que lhe seja imediatamente superior.

Segundo alguns autores, a Pirâmide Hierárquica de normas elaborada por Kelsen, inexistente em suas obras, sendo esta uma ficção do seu aluno Adolf Merkl, fato este, servindo apenas como curiosidade neste artigo.

Diante do exposto, denota-se que a teoria monista com primazia do direito internacional, vem ganhando espaço nas páginas dos doutrinadores juristas, deixando claro que a utilização da teoria acima mencionada é a mais adequada no ordenamento brasileiro, não sendo esta uma unanimidade, mas sim a mais adotada.

Flávia Piovesan não segue essa mesma linha de raciocínio. A mesma entende que o Direito brasileiro faz opção por um sistema misto, que combina regimes jurídicos diferenciados: um regime aplicável aos tratados de direitos humanos e um outro aplicável aos tratados tradicionais. Enquanto os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos – por força do art. 5º, §§1º e 2º - apresentam hierarquia de norma constitucional e aplicação imediata, os demais tratados internacionais apresentam hierarquia infraconstitucional e se submetem à sistemática da incorporação legislativa (Flávia Piovesan, 2006).

Outro ponto a ser discutido, é a teoria da Norma Fundamental (Grundnorm) de Kelsen, onde a mesma, expressa que a norma deve ser conduzida segundo a Constituição, e de estar em conformidade com o universo, o que é uma teoria hipotética, que foi alterada por Kelsen como teoria fictícia.

Esse mesmo filósofo visou purificar o Direito, isto é, evitar idéias e interesses absolutos sobre o Direito, e não como incorretamente se compreende que ele visou a supremacia do Direito sem relações com tudo, no entanto ele não se estrutura como um jurista e doutrinador radical como é muito compreendido equivocadamente.

O que é nítido em Hans Kelsen, mesmo na década de 60, é que este autor, demonstra ter pensamento positivo em relação à problemática do tema. O mesmo vê e constrói possibilidades para solucionar conflitos existentes entre ambos os ordenamentos jurídicos, fazendo com que as normas vivam em plena harmonia.

3. RELAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL COM O DIREITO NACIONAL PARA HART.

O estudo do autor inglês se mostrou especialmente difícil, devido às diferentes tradições jurídicas existente entre o Direito brasileiro com o Direito inglês, a começar com a inexistência de uma constituição escrita na Inglaterra.

Herbert Hart ao contrário de Kelsen não possui um pensamento positivo em relação ao tema, mas sim uma idéia negativa. Na concepção do mesmo, verifica-se a possibilidade de criar uma assembléia legislativa federal segundo o modelo do congresso, com a competência jurídica apenas sobre questões específicas. Ou criar um regime em que a única forma de obrigação reconhecida seja contratual ou auto-imposta, de tal forma que a independência de um estado seja juridicamente limitada apenas pelos seus próprios atos.

O que é necessário frisar, é que Hart externa tais idéias, devido às regras do direito internacional serem, na verdade, vagas e conflitantes em muitos pontos. Porém, estas dificuldades não definem que o Direito internacional tem que ter uma soberania absoluta sobre os estados, pelo contrário, expressa que o uso sem críticas da idéia de soberania espalhou uma confusão na teoria, quer dito no Direito interno e no direito internacional. Segundo Hart (2009, p. 239)

Somos levados a acreditar que deve haver em cada sistema jurídico interno um legislador soberano não sujeito a quaisquer limitações jurídicas; como somos levados a acreditar que o direito internacional deve ter uma certa natureza, já que, os Estados são soberanos e incapazes de limitações jurídicas, salvo por eles próprios.

Outra vertente a ser verificada em H.L.A., é a linha da Teoria dualista, adotando a idéia que de que tal conjectura não admite a existência de duas ordens diferentes: a interna e a externa, onde não existe relação uma com a outra. O Direito Interno é constituído pela vontade soberana do Estado, no entanto o Direito Internacional encaixa-se na acomodação destas vontades e, via de consequência, acolhe que a norma internacional somente poderá ser imposta à vida interna por incorporação ao Direito Nacional.

Ainda nesta mesma corrente, a doutrina dualista, vigora que as normas internacionais sejam aplicadas na ordem doméstica de um Estado, este deve antes de tudo, ser modificada em norma de direito interno, congregando-a ao seu ordenamento jurídico interno. Esta doutrina pode ser definida como teoria da incorporação. Segundo a mesma, não há possibilidade de conflitos entre os dois ordenamentos jurídicos, por serem totalmente independentes.

Hart entende que não há conflito entre os ordenamentos internos e internacionais, e sim subversão entre normas de direito interno, já que, um tratado anexado ao ordenamento jurídico de um Estado, passa a ser uma norma interna, havendo o conflito entre o tratado incorporado e as outras normas internas, um conflito de normas que não tem haver ao Direito Internacional (Herbert Hart, 2009).

Além da Teoria dualista, Hart se refere também a teoria do direito internacional, que são conhecidas como voluntaristas ou teorias autolimitação. Estas tentaram conciliar a soberania dos Estados com existência de regras vinculativas do Direito Internacional, tratando todas as obrigações internacionais como auto-impostas, tal como a obrigação que nasce de uma promessa. Tais teorias são de fato a contrapartida no Direito Internacional das teorias do contrato social da ciência política. As últimas procuravam explicar o fato dos indivíduos, naturalmente livres e independentes, estarem, todavia, vinculados pelo direito interno, considerando a obrigação de obediência ao direito como surgindo de um contrato que aqueles que estavam vinculados tinham celebrado uns com os outros, e, em certos casos, com o seus governantes.

É nítido verificar, que estas teorias falham por completo na explicação de como os estados podem encontrar-se vinculados por obrigações auto-impostas, ou por que razão este ponto de vista da sua soberania ser aceite, antes de qualquer exame de natureza efetiva do Direito internacional. Mostra também, que há algo de incoerente no argumento destinado a mostrar que os estados em virtude de sua soberania, só podem estar sujeitos ou vinculadas por regras que impuseram a si próprios.

Em certas formas, mais extremas da teoria da autolimitação, o acordo de um Estado ou os compromissos decorrentes de um tratado são encarados como meras declarações da sua conduta futura proposta, e a não execução não é considerada como violação de qualquer obrigação. Isto, embora esteja em desacordo com os fatos, tem pelo menos coerência: é a teoria simples de que a soberania absoluta do Estados é incompatível com obrigações de qualquer espécie, de tal forma que, o estado em si não se pode vincular a si próprio. Tais regras pressupostas na própria noção de obrigação auto-imposta não podem obviamente derivar o seu estatuto obrigatório de uma obrigação auto-imposta de lhes obedecer.

O que deveria ocorrer, era que em qualquer sociedade onde seja composto por indivíduos, seja de estado, o que é necessário e suficiente para que as palavras de uma promessa, acordo, ou tratado dêem origem a obrigações, é que as regras que dispõem sobre tal e que especificam um processo para estes atos-vinculativos sejam geralmente reconhecidas, ainda que não seja necessário serem universalmente reconhecidos. Quando elas são reconhecidas, o indivíduo ou o Estado que usar conscientemente destes processos estão vinculados por eles, quer escolham ou não estar vinculados. Por isso, mesmo esta forma voluntária de obrigação social envolve algumas regras que são vinculativas, independentemente da escolha da parte por elas vinculadas e isto, no caso dos estados, é incompatível com a suposição de que sua soberania exige liberdade de todas essas regras.

É verdade que o moderno Direito internacional é um direito convencional, e tentativas elaboradas têm sido feitas para mostrar que as regras que parecem ser vinculativas quanto aos Estados sem o seu consentimento prévio repousam de fato no consentimento, embora este possa ter sido dado só tacitamente ou tenha de ser inferido. Embora nem todas, as tentativas de reduzir a uma das formas a obrigação internacional provocam a mesma suspeita que a noção de comando tácito, a qual visava desempenhar uma simplificação semelhante do Direito interno.

Não se pode levar em consideração uma análise detalhada da pretensão de que todas as obrigações internacionais surgem a partir do consentimento da parte vinculada, mas há duas formas claras e importantes que devem ser levadas em consideração: a primeira é o caso do novo Estado. Nunca se duvidou de que, quando um novo estado independentemente surge como tal, está vinculado pelas obrigações gerais do direito internacional, incluindo, entre outras, as regras que dão força vinculativa aos tratados. No segundo caso, é de um Estado que adquire território ou passa por qualquer outra mudança que traz com ela, pela primeira vez, a incidência de obrigações no domínio de regras que previamente não tiveram oportunidades, quer de observar, quer de violar e relativamente às quais não tiveram ocasião de dar ou retirar consentimento.

Além destes, há casos mais discutíveis, principalmente relativos aos efeitos dos tratados gerais ou multilaterais sobre os que dele não são parte; mas essas duas importantes indagações são bastantes para justificar que a teoria geral, segundo o qual todas as obrigações internacionais são auto-impostas, têm sido criadas por muitas idéias abstratas e por poucos fatos.

4. HIERARQUIA ENTRE OS TRATADOS E A LEI INTERNA.

A Constituição Federal de 1988, como se sabe, salvo no que corresponde aos tratados de proteção dos direitos humanos, que têm caráter e nível constitucional, em nenhum de seus artigos estatuiu, de forma clara, qual a posição hierárquica em relação ao direito internacional perante o nosso ordenamento interno. Consente para a jurisprudência e para a doutrina esta incumbência. A Corte brasileira (Supremo Tribunal Federal), desde 1977, já firmou de modo praticamente absoluto seu entendimento no que diz respeito a esta matéria. Trata-se nesse contexto, dos tratados internacionais tradicionais ou comuns.

No que tange à questão da hierarquia entre os tratados internacionais e a lei interna brasileira, importante se faz averiguar as decisões do Supremo Tribunal Federal sobre o tema ao longo desses anos, e quais as discussões que se rebelam até hoje em nossa doutrina.

O problema da concorrência entre o ordenamento jurídico internacional e leis internas de estatura infraconstitucional, pode ser solucionado, no campo do direito das gentes, em princípio de duas formas. Na primeira, atribuindo a prevalência aos tratados que diz em

respeito ao direito interno infraconstitucional, na segunda, tais problemáticas são resolvidas garantindo-se aos tratados apenas tratamento paritário, adotando como paradigma leis nacionais e outros diplomas de grau homogêneo, ou seja, havendo conflito entre tratado e lei interna, a solução é aplicar o princípio *lex posterior derogat priori* (REZEK, 2002 p. 104). O Brasil, segundo o Supremo Tribunal Federal, adota o segundo sistema (monismo nacionalista moderado). Há mais de trinta anos (desde 1977, como já se falou) prevalece na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal o sistema paritário onde o tratado, uma vez formalizado, começa a ter força de lei ordinária, podendo, por isso, revogar as disposições em contrário, ou ser revogado diante de lei posterior.

Esse posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal veio alterar seu antigo ponto de vista que expressava o primado do direito internacional frente ao ordenamento interno brasileiro. De forma que nos encontramos diante de um retrocesso no que diz respeito à matéria, admitia o Ministro Rezek (2002 p. 104), em comentário em que evidenciava a convicção unânime da Suprema Corte, àquela época, quanto à prevalência dos tratados internacionais sobre o ordenamento interno infraconstitucional.

Neste momento, é preciso mencionar, a par do que já se viu, que o estudo das relações entre o Direito Internacional e o Direito interno, no que diz respeito à hierarquia dos tratados, se mostra um dos mais complexos de compreender, pois consiste em compreendermos qual o tipo de relações que mantêm entre si. O ponto crítico da questão incide em saber-se qual das normas deverá prevalecer em havendo conflito entre obra normativo convencional (norma internacional) e a norma interna. Primeira questão a analisar-se, então, seria a respeito da validade desses tratados no nosso ordenamento jurídico interno.

Nas palavras de Flávia Piovesan (2006 p. 83-84),

Entende-se que o posicionamento firmado a partir do julgamento do Recurso Extraordinário 80.004 compreende, de fato, um aspecto crítico, que é a sua indiferença às consequências do não cumprimento do tratado no plano internacional, na medida em que permite o Estado-parte a descumprir dispositivos da ordem internacional – os quais prometeu a cumprir de boa-fé. Esta conduta afronta, ademais, o artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, que expressa não poder o Estado-parte invocar posteriormente dispositivos de direito interno como explicação para o descumprimento do tratado. Tal dispositivo reitera a importância, no âmbito internacional, do princípio da boa-fé, pelo qual incumbe ao Estado aferir o cumprimento às disposições de tratado, com o qual livremente permitiu. Ora, se o Estado no pleno e livre exercício de sua soberania confirma um tratado, não pode em seguida obstar seu cumprimento. Além disso, a conclusão de um tratado está submetida à disciplina da denúncia, ato que é unilateral do

Estado pelo qual exprime seu desejo de deixar de ser parte de um tratado. Vale ressaltar, em face do regime do ordenamento internacional, apenas o ato da denúncia provoca a retirada do Estado de determinado tratado internacional. Assim, na hipótese de não existência do ato da denúncia, consiste a responsabilidade do Estado na ordem internacional.

Em suma, com essa compreensão da Corte brasileira, a norma convencional passou ser vigorada como tendo o mesmo *status* e valor jurídico das disposições legislativas internas. E, diante do escopo, o tratado internacional seria vedado a disciplinar matéria reservada à lei complementar.

Enfim, segundo o posicionamento da Corte brasileira, que, de resto, vem sendo seguido até os presentes dias, a Constituição Federal, ao abordar a competência do Supremo Tribunal Federal, teria posicionado os tratados internacionais pelo Brasil ratificados, no mesmo plano hierárquico das normas infraconstitucionais, o que reflete a compreensão monista moderada.

Assim é que, quando a Constituição brasileira diz incumbir ao Supremo Tribunal Federal julgar, mediante recurso extraordinário, as causas sentenciadas em única ou última instância (quando a decisão recorrida prolatar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal), estaria a mesma igualando em mesmo grau de hierarquia os dois diplomas legalmente vigentes.

Desta feita, em caso de subversão entre o ordenamento internacional e o ordenamento interno, aplicar o princípio geral em relação às normas de igual valor, isto é, o critério cronológico, onde a norma mais recente revoga a antiga que com ela conflite. Na afirmativa de alguns Doutrinadores, quando a Constituição Federal manda incorporar ao direito interno as normas advindas do direito internacional, isto não leva a entender que o Corpo Legislativo fique impossibilitado de editar novas leis contrárias ao disposto nos tratados. O único resultado de recepção do direito internacional no quadro do direito interno é de dar força de lei às normas jurídicas assim atribuídas à legislação. Neste caso, os tratados prevalecerão como lei e, nesta qualidade, serão utilizadas pelos Tribunais, da mesma maneira, na mesma proporção e com a mesma obrigatoriedade própria à aplicação do direito interno.

Seguindo entendimento adotado pela Suprema Corte, qualquer tratado internacional, desde que corroborado pelo Estado brasileiro e devidamente promulgado internamente, começa a fazer parte do ordenamento jurídico brasileiro, no âmbito da legislação ordinária.

Esta, como é notório, não tem força nenhuma para alterar o texto constitucional, isto porque, a Carta Magna, como declaração máxima da soberania nacional, como quer o Supremo Tribunal Federal, está um patamar acima de qualquer tratado ou convenção internacional que com ela conflite.

Existe outro ponto, entretanto, que merece ser destacado, e que diz respeito à tese da especialidade das leis no sistema jurídico brasileiro. Neste contexto, pode parecer que, a princípio, tanto as convenções internacionais como os tratados, sendo a lei mais recente, têm legitimidade para revogar as leis infra-constitucionais anteriores a sua ratificação, que expressem, de modo diverso, as mesmas matérias por eles disciplinadas. Não constando na Constituição brasileira garantia de privilégio hierárquico dos tratados internacionais sobre o nosso ordenamento interno, deve ser garantida a prevalência da norma mais recente, pois é paritário o tratamento brasileiro, dado às normas de direito internacional, o que faz processar em favor delas, neste caso, a regra *lex posterior derogat priori*.

No entanto, não é bem assim que isso funciona. O Supremo Tribunal Federal, vem, ultimamente, utilizando outro argumento jurídico, no que diz respeito à especialidade das leis no ordenamento brasileiro. Assim é que a prevalência de algumas normas de direito interno sobre as de direito internacional deriva de primados do próprio STF, com pilares na especialidade das leis no sistema jurídico constitucional.

Enfim, o que a Suprema Corte brasileira vem utilizando como argumento, no que concerne a alguns casos de conflito entre tratado e lei interna, o que diz respeito à peculiaridade das leis. É afirmar que, uma lei que seja geral não pode derrogar uma lei especial. No que consiste o seu entendimento, nem toda lei nova, somente porque é lei nova, tem eficácia para revogar uma lei anterior que com ela conflita. Não basta ser apenas lei nova. Exige-se mais: além de ser a mais recente, deve ser capaz a revogar a lei anterior. E esta qualidade só se observa nas hipóteses em que as duas leis (nova e anterior), sejam gerais, ou ambas sejam especiais.

Fato curioso é que, antes da Constituição Federal de 1988, o Supremo Tribunal Federal já tinha proferido sua posição a respeito da orientação de vigência e eficácia imediatas, no ordenamento interno brasileiro, dos pactos, tratados e convenções internacionais no total, de que o Brasil seja signatário.

Essa declaração foi emitida no sentido de que não é pertinente que a validade dos tratados fique inteiramente dependente à dupla manifestação do Congresso Nacional, exigência que nenhuma das anteriores Constituições jamais prescreveu. Isto é, não se pode exigir, além da admissão do tratado, a publicação de um segundo diploma legal que reproduza as normas modificadoras. Na ementa deste mais contemporâneo precedente da Corte sobre a matéria, a questão foi a de que aprovada a Convenção pelo Congresso Nacional, e regularmente promulgada, suas normas têm aplicação instantânea, inclusive naquilo em que retificarem a legislação interna.

Assim, os tratados internacionais comuns ratificados pelo Brasil encontram-se em um patamar hierárquico intermediário: estão em um nível inferior da Constituição, mas acima da legislação infraconstitucional, onde não podem ser revogados por lei posterior, por não se encontrarem em posição de paridade normativa com as variadas leis nacionais.

Os tratados e Leis internacionais de proteção dos direitos humanos, por sua vez, possuem o *status* de norma constitucional, não podendo ser revogadas sequer por emenda à Constituição. Sendo esta uma exceção.

5. RELAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL E O DIREITO NACIONAL PARA HART E KELSEN.

Diante de tais exposições, é notório que Hart e Kelsen são bastante dessemelhantes em suas idéias no que tange à relação do Direito Internacional com o Direito Interno. Cada um traz em suas teses, maneiras diversas de definir e solucionar os conflitos existentes entre os ordenamentos externos e os internos.

Hart (2009, p. 240) quando mencionava o Direito Internacional, afirmava que:

O Direito Internacional consiste em um sistema jurídico primitivo. E neste sistema primitivo estariam presentes apenas as denominadas normas primárias, ao tempo que o elemento caracterizador dos sistemas jurídicos modernos, as denominadas normas secundárias, restariam ausente da ordem jurídica internacional.

O Direito Internacional representaria, em outra adjacência, um conjunto desordenado de regras jurídicas primárias, e aguardaria o seu processo de evolução para um sistema

jurídico de maior conciliação entre as normas, em que pode se caracterizar a partir da existência de normas secundárias que atribuissem validade às normas internacionais.

Observando o pensamento de Hans Kelsen, conclui-se que o seu argumento é um tanto quanto diferente de Herbert Hart. O mesmo desenvolve seus estudos da ordem jurídica internacional adotando como ponto de partida a analogia com a ordem jurídica presente nos Estados Nação. O Direito Internacional, seria construído seguindo estritamente os mesmos moldes das ordens jurídicas internas dos Estados (HANS KELSEN, 1999).

Dentre essas concepções, há discordância entre ambos principalmente quando se trata da Norma Fundamental (esta composta por Kelsen). Hart faz críticas em relação ao fundamento do Direito Internacional, quando este afirma que: (2009, p. 241):

A norma fundamental do direito internacional se anuncia assim quando Estados devem se conformar com as regras estabelecidas pelas práticas costumeiras e estabelecidas como obrigatórias por estes mesmos Estados. “Esta Norma” contenta somente afirmar que aqueles que admitem certas regras devem igualmente observar uma regra em cujos termos as regras devem ser observadas. Isto constitui uma simples repetição inútil do fato de que um conjunto de regras são admitidas pelos Estados como regras obrigatórias.

Mas a principal divergência entre ambos os autores, é que Kelsen segue a Teoria monista com primado do direito internacional, onde nega o voluntarismo e protege a ordem jurídica estadual e a ordem jurídica internacional. Entretanto, a unidade protegida deriva de o direito internacional prevalecer suas normas sobre as normas do direito interno. Assim o ordenamento jurídico interno é subordinado à ordem jurídica internacional.

Prevalecendo sobre as normas internas, as normas internacionais acabam por determinar a competência daqueles, sendo que cabe ao legislador, averiguar se há conflito entre ambas. Na ocorrência de conflitos, as normas de direito internacional prevalecerão, e a ordem interna acaba por ter que ceder.

Já Hart, acredita que é necessária uma assembléia legislativa federal segundo o modelo do congresso, com a competência jurídica apenas sobre questões específicas. Ou criar um regime em que a única forma de obrigação reconhecida seja contratual ou auto-imposta, de tal forma que a independência de um estado seja juridicamente limitada apenas pelos seus próprios atos.

Nessa linha de pensamento, Hart demonstra ser um fiel seguidor da Teoria dualista, onde adota a idéia de que tal conjectura não admite a existência de duas ordens diferentes: a interna e a externa, onde não existe relação uma com a outra. O Direito Interno é constituído pela vontade soberana do Estado, no entanto o Direito Internacional encaixa-se na acomodação destas vontades e, via de consequência, acolhe que a norma internacional somente poderá ser imposta à vida interna por incorporação ao Direito Nacional.

Vigora ainda para que as normas internacionais sejam aplicadas na ordem doméstica de um Estado, esta deve antes de tudo, ser modificada em norma de direito interno, congregando-se ao seu ordenamento jurídico interno. Segundo a mesma, não há possibilidade de conflitos entre os dois ordenamentos jurídicos, por serem totalmente independentes.

Nesse contexto, percebe-se que Hans Kelsen e Herbert Hart em nenhum momento tiveram semelhanças em suas construções teóricas. Mas há apenas uma semelhança no que diz respeito a esses autores, que é a tentativa de acabar com as divergências entre o direito internacional e o direito interno, tornando assim um sistema integrado, constituindo um todo harmônico e homogêneo.

6. CONCLUSÃO

No presente artigo foram abordados diversos pontos com o intuito de observar e estudar as relações e os conflitos existentes entre o ordenamento jurídico interno e externo. Como é notório, não há uma única semelhança entre Kelsen e Hart, ambos têm pensamentos e teorias totalmente diferentes no que tange à matéria. Mas existe apenas uma exceção, que é a tentativa de tornar o ordenamento jurídico interno e externo um sistema integrado.

Verifica-se nesta ampla moldura, que a principal diferença entre ambos, é a escolha e a criação das teorias em que seguem. Kelsen adota a teoria do monismo com primado do direito internacional, que em resumo é a integração dos ordenamentos. Por sua vez, Hart segue a teoria dualista, que admite a existência de duas ordens diferentes: a interna e a externa.

Como já foi mencionado anteriormente, nota-se que Kelsen apresenta com seu ponto de vista, um pensamento positivo em relação à possibilidade dos ordenamentos jurídicos se harmonizarem e que pode ser construído um sistema de proteção de direito internacional.

Já Hart, não pensa como Kelsen e ver o ordenamento jurídico Internacional distinto e separado, tornando o direito internacional frágil e heterogêneo, não tendo o mesmo pensamento positivo de Kelsen no que diz respeito à solução dos conflitos existentes entre o ordenamentos interno e externo, onde não existe relação.

No contexto histórico atual, pode-se verificar que a idéia da teoria monista está em harmonia com a Organização das Nações Unidas (ONU). Ambos consistem na relação das normas, ao mesmo tempo, poderem compor um sistema único internacional de proteção, capaz de proteger os indivíduos até mesmo dos estados nacionais.

Contudo, não há respostas definitivas quando se trata de encontrar uma relação hierárquica estanque entre os ordenamentos. Os impasses institucionais deverão possivelmente ser mais frequentes. A solução talvez esteja numa relação de dialogo entre os tribunais nacionais e internacionais, onde a “ultima palavra” seja consensualmente construída. Isto, porém, não foi objeto de estudo deste trabalho.

REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, Luis Ivani de Amorim. **Curso de Direito Internacional público**. 9ª ed.. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.
- HEBERT L.A., Hart. **Conceito de Direito**. 1ª. ed. São Paulo: WMF, 2009.
- JÚNIOR, Gabriel Denze. **Direito Constitucional Comentado e Interpretado**. 11. ed. Brasília: VESTICON, 2006.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SOARES, Guido Fernando. **Curso de Direito Internacional Público**. 2. ed. São Paulo: Atlas S.A, 2004.

SILVA, Roberto Luiz. **Direito Internacional Público**. 2ª. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

TROVÃO, ANTÔNIO DE JESUS. Teorias Monistas e Dualistas em Direito Internacional. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1175>>. Acesso em: 13 nov. 2011.