

O direito internacional contemporâneo e a teoria da transnormatividade

The contemporary international law and the theory of transnormativity

Wagner Menezes*

Resumo

O artigo que ora se publica é desenvolvido a partir das resultantes jurídicas decorrentes da edificação da sociedade internacional contemporânea e tem por base o estudo das teorias presentes na relação do direito internacional com o direito interno. Propõe-se, após breve análise das teorias monista, dualista e conciliatórias do direito internacional, um estudo teórico para reflexão jurídica, no caso, a teoria da transnormatividade. Conclui-se que a sociedade internacional contemporânea se firma cada vez mais na internacionalização dos direitos, fato que não pode mais ser ignorado pelos Estados e indivíduos.

Palavras-chave: *Transnormatividade. Internacionalização do direito. Teorias: monista e dualista.*

Abstract

The present article is developed as from the current construction of contemporary international society and has its basis on the study of the theories on the relations between international law and internal law. It intends, after brief analysis of monist, dualist and conciliatory theories, a theoretical study for juridical reflection: the theory of the transnormativity. As a conclusion, it is understood that contemporary international society tends to improve internationalization of law, and such a fact might not be ignored, nor by States neither by individuals.

Keywords: *Transnormatividade. Internationalization of Law. Theories monist and dualist.*

Introdução

A sociedade internacional contemporânea tem passado por uma série de transformações nos últimos anos, resultado de um complexo de fatos históricos, políticos, tecnológicos, econômicos e científicos, que transpassam fronteiras e aproximam as distâncias, desenvolvendo, por isso, um sentimento global de cosmopolitismo entre os povos, e que se convencionou chamar de globalização.

O Direito, por ser um instrumento de regulação e expressão da vida social de uma dada sociedade, é chamado, a todo o momento, para dar respostas a esta nova realidade da sociedade internacional. Neste contexto, particularmente, o Direito Internacional, exsurge, de maneira geral, como meio hábil e apropriado para solucionar – ou ao menos delinear uma solução – para os problemas apresentados por essa *revolução globalizante*, que leva a uma inter-relação constante entre povos, empresas e

* Presidente da Academia Brasileira de Direito Internacional; Doutor e Mestre em Direito Internacional; Árbitro do Tribunal do Mercosul; Professor de Direito Internacional.

Estados, e que, por isso, ganha impulso e destaque no atual cenário, abarcando um maior número de competências e temas, ocupando, por assim dizer, um espaço próprio na vasta gama de ramificações do direito como ciência.

Se o Direito Interno puro vem se ocupando cada vez mais de questões internacionais e abrindo debates sobre sua internacionalidade, e se, por outro lado, ao mesmo tempo o Direito Internacional repercute diretamente no âmbito dos Estados, na vida dos indivíduos e empresas, num processo de trocas normativas e inter-relação das matérias de competência a elas relacionadas, tal situação, indubitavelmente, nos remete à seguinte indagação: mudou o Direito Internacional ou mudou o Direito Interno? Certamente que ambos mudaram. Não há mais como ignorar a forte influência normativa externa, direta e indiretamente, no âmbito nacional (DELMAS, 2003, p. 18).

Fato que, indiscutivelmente, contribuiu para que houvesse a inter-relação entre os Estados é a globalização, em seus vários aspectos, que tem influenciado na mudança da sociedade internacional contemporânea e, conseqüentemente, na relação do Direito Internacional com o Direito Interno, não só do ponto de vista da teoria monista ou dualista, mas também marcado agora por uma relação transnormativa, no qual vai se enquadrar a teoria da transnormatividade.

Portanto, na busca de melhor esclarecer o significado tanto da inter-relação quanto do impacto causado pela globalização no direito interno dos países e também da formação de um direito transnacional, é que se irá discorrer, no presente trabalho, sobre o desenho de uma nova teoria que procura explicar a relação do Direito Internacional com o Direito Interno no cenário contemporâneo, e que passa a existir substancialmente em razão da existência de uma nova sociedade global.

Tal debate propiciará ainda que se faça uma perspectiva da relação do Direito Internacional com o Direito Interno no cenário internacional contemporâneo, oportunizando, inclusive, uma rediscussão sobre as teorias monista e dualista, que buscam explicar e compor a relação entre os dois ordenamentos jurídicos, servindo como meio para uma melhor compreensão das novas formas de introdução e absorção do Direito Internacional, em todos os seus aspectos, no direito posto, interno.

1 As teorias sobre a relação do direito internacional com o direito interno

Tema que sempre suscitou muita discussão doutrinária através dos tempos e que compõe o

núcleo central de discussão do presente trabalho é a relação do Direito Internacional com o Direito Interno e seus impactos na sua aplicação.

Na época do surgimento doutrinário da matéria, basicamente a partir de Westfália, Vignale (1993, p. 64) o debate sobre a relação do Direito Internacional com o Direito Interno foi morno e pouca atenção ao tema era dispensada, face, principalmente, ao desenvolvimento da sistemática de relações internacionais e de sua agenda implementada naquele tempo.

Na verdade, à medida que o Direito Internacional foi avançando ao longo dos anos, no aspecto de incorporação de uma maior sistematização e de um regramento mais integrado, com repercussão das normas produzidas nas relações internacionais sobre o Direito Interno e que propiciou uma maior inter-relação entre normas produzidas no plano internacional e normas jurídicas produzidas internamente pelos direitos nacionais dos Estados, foi que o tema encontrou maior importância, acabando, assim, por despertar uma maior preocupação doutrinária.

No que concerne à relação desenvolvida pelo Direito Internacional com o Direito Interno, no âmbito do Direito Internacional clássico, embora pouco dinâmico, nunca um ignorou totalmente o outro, surgindo a partir dali as primeiras noções elementares que circundam o debate doutrinário até os dias atuais (AKHURST, 1985, p. 53).

Cabe lembrar que, na construção do Direito Internacional clássico, especificamente em relação ao Direito Internacional, este, por muitas vezes, levou em conta o Direito Interno como prova de costume internacional e dos princípios gerais do direito; outras vezes, remeteu certas decisões para a decisão do Direito Interno, e ainda a similitude de certos institutos jurídicos como a responsabilidade internacional ou mesmo em relação à aplicação de noções de equidade e de boa fé. Aliás, o próprio atributo da soberania, tão forte naquele tempo, embora reconhecida pela sociedade internacional, era um atributo dado e sistematizado pelo Direito Interno. Por outro lado, o Direito Interno constantemente ia recebendo informações e se modelando segundo os padrões normativos dados pela ordem internacional e desenvolvidos principalmente, pelo comércio.

A questão da relação entre o Direito Internacional e o Direito Interno, segundo Akhurst (1985, p. 53), surgida a partir do Direito Internacional clássico, deu origem a muitos problemas de ordem prática, nem sempre fáceis de se resolver, especialmente na possibilidade da existência de conflito entre os dois ordenamentos com o estreitamento das suas relações. Duas teorias clássicas do Direito

Internacional procuraram, a seu modo, dar respostas para tais indagações: de um lado, a teoria dualista ou pluralista, construída sobre o manto da concepção westfaliana, e, do outro, a teoria monista, que percebia certas mudanças e avanços nas relações internacionais, já ao seu tempo, a partir das concepções dualistas.

É de se destacar que estas teorias foram construídas naquela realidade descrita no primeiro capítulo, do Direito Internacional clássico, e com fundamento nas relações internacionais praticadas então. Mesmo com a mudança radical da sociedade internacional, subsistiram, por mais que se critique ou desdenhe, continuam no mesmo grau de importância para a teoria do Direito Internacional, sendo estudadas como referencial para o estabelecimento e compreensão dessa relação pelos ordenamentos jurídicos dos Estados no exercício da aplicação das normas oriundas de foros internacionais, fornecendo as bases doutrinárias para a solução de conflitos eventualmente existentes entre norma internacional e norma de direito interno.

A propósito, Nguyen Quoc Dinh, Patrick Daillier e Alain Pellet, (1999, p. 84) ao comentarem a construção doutrinária sobre as teorias que procuram responder a esta relação entre o Direito Internacional público e o Direito Interno, asseveram que:

Se encararmos, numa perspectiva formal, as diferenças evidentes nos processos de elaboração e de aplicação das normas internacionais por um lado, das normas internas por outro, levam a interrogarmo-nos sobre a existência de uma eventual hierarquia entre estas normas, sobre a possibilidade de uma autoridade dependente de outra ordem jurídica ou sobre a sua obrigação de aplicar. É essa abordagem 'formal' que deve ser privilegiada aqui, na medida em que as soluções aduzidas têm uma incidência direta sobre o regime das fontes do Direito Internacional (tratados, costumes), sobre as modalidades do processo contencioso internacional, sobre o regime da responsabilidade internacional, todas elas questões fundamentais de um ponto de vista teórico.

Através das respostas dadas pela doutrina a estes problemas, desenha-se o sentido de uma evolução progressiva para um direito de subordinação, a favor de uma certa hierarquização do direito internacional e dos direitos nacionais, mas também para uma ordem jurídica mais institucionalizada, mais 'sancionada'.

Os autores acima consubstanciam os apartamentos metodológicos desenvolvidos no presente trabalho que, sob um enfoque formal, privilegiou-se. Antes da abordagem das teorias

isoladamente, há uma abordagem não somente sobre as coincidências de um novo cenário internacional contemporâneo, mas também uma análise das fontes de produção do Direito Internacional neste contexto, pois são elas que possuem incidência direta sobre a relação do Direito Internacional consigo mesmo e dele com o Direito Interno e que podem influir no estabelecimento de uma nova relação.

É esta nova relação do Direito Internacional com o Direito Interno que se quer demonstrar e também fazer compreender. Por isso, é de primordial importância debater a sistematização da construção das concepções monista e dualista, que serão estudadas a seguir.

1.1 A teoria dualista

O primeiro estudo, que procurou enfrentar o problema sobre a relação do Direito Internacional com o Direito Interno, foi realizado por Carl Heinrich Triepel, em 1899, na obra *Volkerrecht und Landesrecht*, publicada em Leipzig, e foi responsável por construir a teoria pluralista ou dualista, que foi seguida por vários doutrinadores na época e disseminada por vários Estados, valendo destacar Oppenheim; Strupp e Dionízio Anzilotti.

O referido autor parte do princípio de que o Direito Internacional e o Direito Interno são dois sistemas distintos, duas ordens jurídicas independentes uma da outra, não possuindo qualquer tipo de inter-relação jurídica, sendo em razão dessa distinção, inclusive, inconcebível o conflito entre as duas ordens jurídicas, por estarem em campos separados no momento de sua aplicação.

De nenhum modo se pode dizer que o Direito Interno recebe sua validade do Direito Internacional, pois estando os dois ordenamentos em esfera de igual importância e hierarquia, fazem parte de sistema jurídicos independentes e autônomos.

A separação existente entre os dois ordenamentos jurídicos – Direito Internacional/ Direito Interno – envolve uma diversidade de fontes, de sujeitos, além do que, o campo de atuação e aplicação de cada ordenamento é diverso. No caso específico da diversidade das fontes dos dois ordenamentos, segundo a concepção dualista, a fonte do Direito Internacional se expressa através da vontade coletiva de vários Estados concordantes e, no Direito Interno, a fonte é a vontade imperativa do Estado sobre os particulares; quanto ao campo de atuação, o Direito Internacional se presta a regular as relações somente entre os Estados soberanos e exclusivamente no plano internacional, enquanto o Direito Interno é criado para regular as relações no âmbito dos Estados entre os indivíduos; no que diz

respeito aos sujeitos de cada ordenamento; o Estado é o sujeito do Direito Internacional por excelência, enquanto o indivíduo é o sujeito do Direito Interno; ademais, enquanto a ordem internacional obedece a uma ordem de coordenação entre os Estados soberanos, o Direito Interno obedece a um sistema de subordinação (TRIEPEL, 1925, p. 77-118).

Assim, com fundamento nessa dicotomia, por serem ordenamentos jurídicos radicalmente incomunicáveis, o Direito Internacional e o Direito Interno são duas ordens que coexistem com vidas autônomas, sem relação de subordinação. Para que uma norma internacional vigore na esfera interna, de acordo com Ituassú (1986, p. 13), é necessário que ela seja aceita pelo ordenamento interno e passe por uma “transformação” ou “recodificação” que a incorporará à norma estatal interna.

Portanto, para que uma norma internacional penetre na esfera interna do Estado, representado por seus limites territoriais, que dão a dimensão geográfica de sua soberania, e possa operar juridicamente, produzindo plena eficácia, com a possibilidade de ser invocável ou oponível pelos indivíduos, como direito líquido certo e exigível, é necessária a ratificação da norma internacional e a sua devida incorporação no sistema interno. O Direito Internacional só teria validade no plano externo para o Estado, em caso, por exemplo, de responsabilidade internacional por descumprimento de uma norma como sujeito do Direito Internacional.

O legado deixado pela escola dualista foi a construção de lições importantes na observação da relação entre o Direito Internacional e o Direito Interno que contribuem até hoje para uma perspectiva doutrinária dessa relação no campo da aplicação e fundamentação do Direito Internacional. Assim, é de se destacar a distinção entre as duas estruturas normativas, segundo a qual o Direito Internacional tem uma relação de coordenação e o Direito Interno, uma relação de subordinação, havendo, segundo Vinale (1993, p. 87), diferenciação estabelecida entre os dois ordenamentos, entre seus sujeitos e objetos.

Em que pese alguns pontos positivos encontrados na teoria dualista, ela fica exposta a uma série de críticas de seus opositores. A primeira delas atinge o âmago da construção doutrinária da teoria, como, por exemplo: Os indivíduos também podem ser sujeitos de obrigações internacionais não apenas segundo o Direito Internacional geral, mas também segundo o Direito Internacional particula (KELSEN, 2000, p. 493). O direito não é produto da vontade dos Estados, pois o voluntarismo é insuficiente para explicar a obrigatoriedade do costume internacional (MELLO, 2000, p. 110). A distinção das fontes

originárias das normas interna e internacional não é correta, pois elas não são criadas pelos Estados, mas nascem do convívio social (RUSSOMANO, 1989, p. 35), ainda que a diferença entre as duas ordens não seja de natureza, mas de estrutura, pois o direito é um só.

Pela força dos argumentos acima enumerados, e também por causa do aparecimento de novos instrumentos jurídicos do Direito Internacional, é que foi sendo esculpida a teoria monista do Direito Internacional, que procurou explicar a relação do Direito Internacional com o Direito Interno por um outro ângulo, conforme se verá adiante.

1.2 A teoria monista

Em oposição ao dualismo surge, na escola de Viena, a teoria monista, preconizada por Hans Kelsen (2000), que não enxergava a divisão entre duas ordens jurídicas diferentes, então defendida pelos dualistas.

Para a teoria monista, o Direito Internacional e o Direito Interno fazem parte de um mesmo e único sistema, não havendo distinção entre as duas teorias, pois fazem parte do mesmo complexo jurídico, havendo entre elas uma relação hierárquica que subordina um ordenamento jurídico ao outro. O sistema monista é baseado na unicidade do sistema jurídico em uma relação normativa hierarquizada, na identidade de fontes e também dos sujeitos.

Em decorrência da unidade do sistema, o Direito Internacional se aplica diretamente na ordem jurídica dos Estados, *porque suas relações são relações de interpenetração*. (DINH, DAILLIER, 1999, p. 85).

A propósito, em sua primeira incursão pelo tema, em 1925, Kelsen sustentou que, do ponto de vista jurídico, tal escolha não seria possível em tese e que obedeceria, em cada caso, aos ideais políticos estatais ou à concepção da realidade de dada sociedade internacional e que, por isso, “seria aconselhável optar pelo primado do Direito Internacional”, mas esta relação era caracterizada pelo que se convencionou chamar de “livre escolha”. Mais adiante, em 1932, saindo de seu “indiferentismo”, passa a sustentar que, mesmo dum ponto de vista jurídico, Serra (1962, p. 159), *se deve ancorar a norma fundamental suprema no Direito Internacional*, isto indicava a posição franca do monismo com primazia da ordem jurídica internacional.

Neste contexto, Hans Kelsen (2000) raciocinou que:

uma norma superior pode determinar em detalhe o processo segundo o qual as normas inferiores

deverão ser criadas, ou então conferir a uma autoridade o poder de criar normas inferiores de acordo com o seu arbítrio. Desta última maneira, o Direito internacional forma a base da ordem jurídica nacional. Ao estimular que um indivíduo ou grupo de indivíduos capazes de obter obediência permanente à ordem coercitiva por eles estabelecida devam ser consideradas autoridades jurídicas e legítimas, o Direito Internacional 'delega' as ordens jurídicas nacionais cujas esferas de validade ele, desse modo, determina.

E, ainda:

o conflito entre uma norma estabelecida de Direito internacional e uma de Direito nacional é um conflito entre uma norma superior e uma inferior. Tais conflitos ocorrem dentro da ordem jurídica nacional sem que a unidade dessa ordem seja por isso posta em risco (KELSEN, 2000, p. 527).

Concluindo:

a unidade de Direito nacional e Direito internacional é um postulado epistemológico. Um jurista que aceita ambos como conjuntos de normas válidas deve tentar compreendê-los como partes de um único sistema harmonioso. Isto é possível, a priori, de duas maneiras diferentes. Dois conjuntos de normas podem ser partes de um sistema normativo porque uma, sendo uma ordem inferior, deriva a sua validade da outra, uma ordem superior. A ordem inferior tem a sua norma fundamental relativa, ou seja, a determinação fundamental da sua criação, na ordem superior. Ou, então, dois conjuntos de normas formam um sistema normativo porque ambos, sendo duas ordens coordenadas, derivam a sua validade de uma mesma terceira ordem, a qual, na sua condição de ordem superior, determina não apenas as esferas, mas também o fundamento de sua validade, ou seja, a criação das duas ordens inferiores (KELSEN, 2000, p. 530).

Portanto, partindo do postulado da unidade entre o Direito Internacional e o Direito Interno, em caso de conflitos que possam existir, estes seriam harmonizados dentro do próprio sistema jurídico, de acordo com a valoração normativa de cada ramo específico do direito, dentro do sistema de hierarquia normativa.

O desdobramento prático da teoria, é que, diferentemente do dualismo (que exigia um ato de incorporação do ordenamento jurídico interno para a norma internacional ter validade e produzir efeitos no âmbito interno, no direito nacional), o monismo, por enxergar o Direito Interno e internacional como partes de um único sistema jurídico, permite que, a partir do momento em que surge uma norma internacional, ela passe a produzir efeito imediatamente no direito interno, ou não, podendo ser invocada por qualquer pessoa nacional ou internacional, guardando aí a

relação valorativa hierárquica de uma norma para com a outra, dependendo do posicionamento de cada ordenamento jurídico.

Neste sentido, é que surgiram duas correntes dentro da teoria monista: o monismo com primazia do Direito Internacional, defendida por Kelsen, em que o Direito Internacional prevalece a toda e qualquer norma de Direito Interno que seja conflitante com seus dispositivos, e o monismo com primazia do Direito Interno, para o qual prevalece a norma interna sobre a norma internacional, assentado sobre a concepção hegeliana de soberania absoluta do Estado que não deve se subordinar a nenhuma ordem jurídica que não seja por sua própria vontade.

Conforme observou Celso de Albuquerque Mello (2001, p. 112), a principal crítica dirigida à teoria monista é de que "ela não corresponde à história, que nos ensina ser o Estado anterior ao DI." Ocorre que tal crítica chega a ser estranha à concepção de relações internacionais desenvolvidas através da própria história e que acabaram por gerar não só os Estados, mas também o Direito Internacional.

1.3 Teorias conciliatórias

Outras teorias surgiram em meio à oposição do monismo ao dualismo, se auto-intitulando teorias conciliatórias, procurando soluções mais amenas para a relação entre o Direito Internacional e o Direito Interno, em um meio termo entre as duas teorias, valendo citar as tentativas dos seguintes doutrinadores:

Gustav Adolf Walz que, sob uma visão dualista, defendeu que o Direito Internacional é direito dos Estados como tais e é direcionado a estes, enquanto o Direito Interno é o direito que regula a vida dos indivíduos nacionais, existindo certa independência entre as duas ordens jurídicas. No entanto, o Direito Interno pode ser derogado pelo Direito Internacional, em caso de conflito que envolva uma responsabilidade internacional do Estado.

Na visão do autor, o Direito Internacional está mediatizado pelo Direito Interno, por isso a lei interna, em caso de conflito com a norma internacional, terá vigência se for correta do ponto de vista estatal, mesmo que contrarie aquela norma internacional, em que pese poder surgir uma responsabilidade internacional do Estado, no plano internacional, pelo seu descumprimento. Na verdade, o sistema preconizado por Gustav Adolf Walz é um dualismo com relação a certa subordinação do Direito Internacional com o Direito Interno.

Por outro lado, Alfred Verdross (1963, p. 65), em uma interpretação do monismo defendido por Kelsen, constrói a idéia do "monismo moderado",

segundo a qual defende que as leis estatais que entrem em confronto com o Direito Internacional não são imediatamente nulas na ordem interna, ou seja, nenhum confronto entre os dois ordenamentos deve ser interpretado como um choque normativo e encontram sua solução na própria unidade do sistema jurídico como um todo.

Neste aspecto, Alfred Verdross (1963, p.65) expõe:

[...] só pode se enquadrar na realidade jurídica uma teoria que, reconhecendo desde logo a possibilidade de conflitos entre o Direito Internacional e o direito interno, advirta que tais conflitos não têm caráter definitivo e encontram sua solução na unidade do sistema jurídico. Dou a esta teoria o nome de monismo moderado sobre a base da primazia do direito Internacional, porque mantém a distinção entre o direito Internacional e o direito estatal, mas destaca ao mesmo tempo sua conexão dentro de um sistema jurídico unitário baseado na constituição da comunidade jurídica internacional.

Ainda neste sentido, dentro da concepção monista, António Truyol y Serra, dentro na concepção de existir uma relação de coordenação hierárquica sob uma mesma ordem jurídica comum, derivada do direito natural, possibilita a existência de um corolário entre este ordenamento e o Direito Internacional e o Direito Interno que é alicerçado sobre os princípios gerais que os informam, que só realmente se distinguem enquanto o direito é o ordenamento do Estado e o Direito Internacional é o direito da comunidade dos Estados. Distinguem-se, portanto, suas fontes de positivação e os sujeitos de ambos os ordenamentos, sem maiores repercussões que coloquem um ordenamento de um lado e um outro oposto.

A propósito, António Truyol y Serra (1962, p. 155-156) conclui:

a conclusão é que na esfera internacional uma norma de direito interno contrário ao direito internacional importa uma responsabilidade do Estado, mesmo que seja de aplicação obrigatória para os órgãos dos súditos do Estado. Em caso de dúvida a presunção será a favor do direito internacional. Independentemente da possibilidade de uma norma internacional ter diretamente vigência na esfera interna (possibilidade que a evolução do direito internacional torna cada vez maior, e que culminaria na hipótese de o direito internacional vir a converter-se num 'direito mundial') não se necessita sempre de uma "transformação no sentido de TRIEPEL, mas bastará uma recepção geral pelo legislador estadual".

O ponto importante, que deve ser ressaltado na tentativa da construção de teorias conciliatórias, é que se trata de institutos antagônicos que,

paradoxalmente, possuem pontos convergentes. As teorias conciliatórias soblevam a inter-relação do Direito Internacional e do Direito Interno numa relação de coordenação entre os dois ordenamentos, seja sob o enfoque do direito natural, conforme imaginado pelos monistas reformadores, ou seja, pela mediatização do Direito Interno – e do Direito Internacional, defendida pelos dualistas reformadores.

Por certo, estas transformações sofridas pelo Direito Internacional, nos últimos anos, não só pela edificação de uma nova ordem mundial, mas também por causa de importantes modificações nas suas fontes de produção normativa, terão influência na construção de um novo formato de relação no cenário internacional contemporâneo. Neste sentido, cabe, a seguir, buscar realizar uma leitura dessas transformações e suas conseqüências.

2 A relação do direito interno com o internacional no cenário contemporâneo

Se todo o direito é expressão da vida social de uma dada sociedade, no pensamento de Reuter (1981, p. 11) na sociedade internacional contemporânea caracterizada pela multiplicidade de inter-relações jurídicas e por uma dialética permanente entre o global e o local, o Direito Internacional (ARNAUD, 1999, p. 214) pode ser caracterizado pela sua grande expansão e pelo envolvimento crescente de muitos temas, antes não adstritos à sua competência, com forte repercussão no plano interno dos Estados que compõem a comunidade internacional (IANNI, 1996, p. 170).

Em face disso, a relação do Direito Internacional com o Direito Interno, no cenário contemporâneo, pode ser definida por uma interpenetração cada vez mais profunda entre os dois ordenamentos jurídicos. O Direito Internacional deixa de ser eminentemente direcionado para os Estados e passa a atingir empresas, indivíduos que, por sua vez, atuam mais constantemente também na ordem internacional, até mesmo como protagonistas.

Não se pode deixar de observar, segundo Friedmann (s/d, p. 57), que uma série de fatores conjugados induziu a esta transformação, como: a) ampliação da interpretação das normas de direitos humanos como um direito universal e sua subdivisão em várias ramificações normativas (primeira, segunda, terceira e quarta gerações de direitos); b) a avocação de foros e organizações internacionais que passaram a atuar como verdadeiros legisladores universais; c) ampliação considerável da comunidade

internacional representada por um número maior de países e por uma multiplicidade de organizações internacionais e até mesmo sujeitos individuais; d) o desenvolvimento de um multilateralismo estatal de tomada de decisões e da sistematização de uma democracia horizontal implementada, sobretudo pela ONU; e) a transnacionalização dos capitais e do comércio mundial através de regras de efeito supra e intraestatais; f) o estabelecimento de uma agenda internacional com temas universais, que reclamam sua regulamentação pelo direito; g) abertura de canais políticos e ideológicos para o redimensionamento das relações internacionais entre os Estados.

Através dessa nova dimensão oportunizada por este conjunto de fatores, o Direito Internacional penetra em muitas esferas da competência do Direito Interno e influencia cada vez mais a produção de normas para conformação dos objetivos traçados nos foros internacionais. As instituições legislativas dos Estados se obrigam a cumprir, sem dúvida, diretivas originadas de compromisso de governo no exercício das relações internacionais (FRIEDMANN, s/d, p. 56-57).

A divisão radical dos dois ordenamentos, defendida pelos dualistas, já não é mais sustentável, pois cada vez mais o Direito Internacional abarca temas de Direito Interno, não existindo mais uma distinção entre ambos. Assim, vislumbra-se a construção do direito do consumidor, do direito ambiental, dos direitos humanos, da arbitragem comercial internacional, dos contratos internacionais, do direito do trabalho etc., muitas vezes derivados e influenciados por tratados, por instrumentos *soft law*, ou mesmo de leis-modelo derivadas de foros internacionais, como a UNCITRAL.

A partir da diversificação desses mecanismos do Direito Internacional, utilizados nos foros internacionais, com um *movimento de deslocalização de produção de normas jurídicas*, para Arnaud (1999, p. 214), os Estados acabam por reproduzir, literalmente, textos de normas produzidas no plano externo e incorporando-os legislativamente (sem qualquer tipo de mecanismo constitucional ou legislativo específico) em seu ordenamento, como se normas nacionais em essência fossem, mas não são! E as sociedades nacionais se vêem cada vez mais consumindo uma norma dita nacional, mas que foi confeccionada e desenhada por foros internacionais. Neste cenário, a norma se corporifica como uma norma nacional, mas que geneticamente foi toda concebida no plano internacional, guardando com ela uma relação de cumplicidade e, muitas vezes, em caso de conflito entre as mesmas, uma relação incestuosa.

As regras internacionais passam, ora por um processo de transnacionalização, atravessando fronteiras e emergindo nos ordenamentos nacionais, ora por um processo de modelação em foros internacionais, em que essas normas são reproduzidas pelos Estados, alterando, com isso, substancialmente, a relação do Direito Internacional com o Direito Interno. A relação deixa, portanto, de ser dualista ou distante para ter cada vez mais uma dimensão transnormativa.

3 A transnormatividade como teoria: uma proposta para reflexão jurídica

No contexto da relação e de aplicação de normas internacionais pelo Direito Interno expostas acima, percebe-se claramente que existe uma estrutura institucional que abrange, em vários níveis, elementos do governo local, nacional, regional e global, envolvendo processos econômicos, sociais e culturais, que induzem uma movimentação jurídica que transpassa as fronteiras estatais (HELD, 2001, p. 88).

Philippe Braillard (1990, p. 275), em estudo sobre a caracterização da sociedade transacional, definiu-a como um sistema de interação, num domínio particular, entre atores sociais pertencentes a sistemas nacionais diferentes, visualizando que, no interior de cada sistema nacional, as interações são decididas por elites não-governamentais e continuadas diretamente pelas forças sociais, econômicas e políticas nas sociedades de que fazem parte.

A dinamização dessa interação normativa, caracterizadora de uma relação envolta em uma sociedade transnacional, que propicia um sistema de interação jurídica entre o internacional – global – e o local, acaba produzindo o que se pode chamar de uma relação transnormativa entre Direito Internacional e Direito Interno.

Essa concepção não é nova. É oportuno recordar importante estudo de Philip Jessup, (1965, p. 124) que concebeu, já na década de cinquenta, a relação entre o Direito Internacional e o Direito Interno, não de forma dualista ou monista, pois “os conflitos e os direitos são obra do homem, assim como suas teorias”, mas como relações decorrentes de situações transnacionais que podiam envolver indivíduos, empresas, Estados, organizações de Estados ou outros grupos, que acabavam por produzir um “direito transnacional”, o qual definia como o conjunto de “normas que regulam atos ou fatos que transcendem fronteiras nacionais, tanto do direito público quanto do privado, bem como

outras normas que não se enquadram inteiramente nas categorias clássicas.” Neste sentido, é que se deve desenvolver uma outra perspectiva da relação do Direito Interno com o Direito Internacional, agora além de uma relação monista, outra vezes dualista, não se pode ignorar uma perspectiva transnormativa porque evidente.

O conceito de transnormatividade e da construção de um direito transnacional, no entanto, se revitaliza nos dias de hoje à medida que, no cenário contemporâneo, ampliam-se os mecanismos de interação entre Direito Internacional e Direito Interno, estabelecendo verdadeiramente uma relação transnormativa, não só de produção, mas também de efeitos e repercussão de um direito – especialmente o internacional –, sobre o sistema normativo do outro.

Essa relação transnormativa se caracteriza por vários fatores de alocação de uma nova realidade internacional que, através de seus instrumentos normativos produzidos no plano internacional, dissolvem as fronteiras e possibilitam uma interpenetração de normas jurídicas entre o local e o global em um mesmo espaço de soberania e competência normativa. Elementos de fundamentação da construção normativa, como as fontes do direito, incluindo as *soft law*; o direito comunitário e seus mecanismos específicos para regulamentação intra-bloco; as regras de direitos humanos que passam de uma simples resolução e adotam cada vez o caráter de um *ius cogens*, um direito imperativo que deve ser respeitado e observado por todos os povos; as organizações internacionais, seus foros e sua atividade pseudo-legislativa; a transnacionalização da ordem econômica que envolve um número maior de temas e opera entre fronteiras, não só através do seu principal objeto, que é o capital, mas também por sujeitos operacionais, como as empresas transnacionais.

A relação de transnormatividade entre Direito Internacional e Interno encontra campo fértil para desenvolver-se em um ambiente incrementado pelo desencadeamento do processo de globalização, que amplia ainda mais o leque de temas que adquirem um verdadeiro caráter global/local. Nesta realidade, o conceito de soberania concebido pelo Direito Internacional Clássico sofre reveses, pelo bombardeio, a todo tempo, de mecanismos e instrumentos jurídicos que produzem fissuras e *fragmentam*, de acordo com Arnaud (1999, p. 215), limites delineados por entre fronteiras normativas, que normalmente poderiam ser um óbice à sua aplicação e, ainda, por poros que se abrem na película da soberania estatal espontaneamente, pela própria permissão do Estado, e vão se agregando

ao sistema normativo interno, que se torna cada vez mais internacionalizado, caracterizando então a operacionalização do fenômeno da transnormatividade.

A globalização que se traduz no conjunto de acontecimentos coincidentes que se configuram através da intensificação das interações transnacionais, entre o local e o global, dinamizando as relações sociais mundiais, sejam na forma de localismos globalizados ou globalismos localizados. A realidade de um fenômeno meramente localizado mostra-se cada vez mais inadequada neste cenário (GIDDENS, 2000, p. 23).

Fatos, acontecimentos, idéias, invenções, teorias disseminam-se com uma velocidade nunca vista antes, e podem influenciar o plano internacional que por sua vez, pela abertura de canais de comunicação não só tecnológicos, mas também políticos (atores transnacionais como organismos financeiros, políticos), acabam por reproduzir aquele modelo para o plano local, apropriando-se, assim, daquele modelo, absorvendo-o à sua cultura local.

Conforme já observado neste texto, a propósito do movimento global de trocas culturais entre os diferentes povos, tanto o localismo globalizado como o globalismo localizado devem ser entendidos como dois modos de produção de globalização que operam em conjunto, mas devem ser tratados separadamente, por causa dos desdobramentos de cada tipo de fenômeno da globalização, pois é cada vez mais determinante que os países centrais especializem-se em localismos globalizados exportando para outros povos seus padrões culturais, normativos que são vendidos como modelos, restando aos países periféricos, segundo Santos (2002, p.65-66), como é o caso daqueles situados na América Latina, o exercício do globalismo localizado, importando modelos globais e aplicando seus pressupostos sobre a cultura local de seu povo, gerando, assim, uma desestruturação e desintegração dessa cultura, para absorver imperativos transnacionais.

Assim, neste contexto, as normas são criadas, pensadas e distribuídas fluindo e transpassando fronteiras não só geográficas, mas também jurídicas, filosóficas e sociológicas, criando e desenvolvendo um mesmo espaço global normativo, de produção e aplicação das normas jurídicas nas mais variadas identidades culturais (IANNI, 1996, p. 178).

Ressalte-se que não se pretende aqui sepultar o caráter de internacionalidade das relações entre Estados, inclusive no aspecto da produção normativa que continua amplamente a existir e subsiste como referencial também do sistema internacional contemporâneo, mas se quer destacar um fenômeno que se visualiza no cenário internacional

contemporâneo, que está ocorrendo no mesmo espaço de produção normativa, ou seja, ao lado das relações internacionais convencionais desenvolvidas a partir do Direito Internacional Clássico, e desenha-se fortemente, e de forma crescente, num processo também de transnormatividade, que interfere e muda a relação do Direito Internacional com o Direito Interno.

4 A internacionalização dos direitos

Há, por assim dizer, Mello (2000, p. 114), no atual cenário contemporâneo, um pluralismo jurídico, sobretudo pela interpenetração dos direitos. Tal pluralismo, segundo esclarece André-Jean Arnaud (1999, p. 214-215), *é oriundo da fragmentação das soberanias*; tanto pelos modos de regulação do direito, como das fontes desta regulação, absorvendo mecanismos de regulação alternativa não estatal; dando origem a um pluralismo de racionalidades, e que produz, no campo do direito, *lógicas estilhaftadas*, pela flexibilização e diversificação de produção normativa que se multiplicam a todo o tempo.

Os direitos internos vão sendo produzidos de acordo com a adequação de regras produzidas no plano internacional e isso, sem dúvida, leva a uma internacionalização dos direitos, não só como regra material, mas também porque influencia o próprio sistema central e ideológico do Direito do Estado (LUHMANN, 1995, p. 59).

O Direito Interno dos Estados, como o processo de internacionalização, tende a adquirir características de uniformidade ainda maior, desenvolvendo-se, inclusive, consenso quanto aos dogmas que se espalham pelos vários universos jurídicos. O direito nacional, cada vez mais influenciado pelo que ocorre no plano internacional, vai se amoldando a ele. Aliás, Hans KELSEN (1984, p. 437) já havia enunciado que “não existe nenhuma fronteira absoluta entre o direito nacional e o direito internacional.”

No atual contexto, essa relação fica mais evidente. Os Estados, que antes discutiam internamente seus problemas, passam agora, fruto da mudança do estabelecimento de foro de discussões dos problemas estatais para o plano internacional, através de organismos e organizações, a gestar, a abstrair estas normas desses foros (ROSSI, 2001, p. 3).

Assiste-se, assim, à standartização de direitos elementares que são absorvidos pelos Estados. Surgem a partir de discussões dos Estados em Organismos internacionais e também por instrumentos jurídicos de transposição normativa e acabam sendo absorvidos pelos ordenamentos

jurídicos internos como um direito estatal, uma norma nacional inserta nos mais variados ramos do direito.

Não se pode deixar de mencionar aqui, como forma de aprofundar a discussão, a observação feita por Guido Fernando Silva Soares (2002, p. 33), que chama a atenção para o mesmo fenômeno ao comentar:

[...] existe um outro fenômeno digno de nota: no momento em que um ramo do direito interno torna-se internacional, perdem relevância suas fontes internas, ganha ele métodos de hermenêutica diferentes dos vigentes no ordenamento interno, e as regras de sua vigência no espaço e no tempo são distintas daquelas das normas domésticas.

No contexto de um processo de internacionalização de normas internas, faz-se necessário que o operador do direito tenha um amplo conhecimento do Direito Internacional, inclusive das fontes normativas que influenciaram na produção dessas regras reproduzidas a partir de foros internacionais, para que possa, efetivamente, debater e argumentar sobre a natureza e finalidades desta regra perante os tribunais de seu Estado, buscando o verdadeiro sentido teleológico-normativo daquele direito.

Esta internacionalização dos direitos que se contextualiza e a exigência de uma ordem internacional cada vez mais influente em nossa realidade fazem antever que cidadãos, empresas e organismos dos mais diversos países receberão forte influência do Direito Internacional, mesmo sem nunca terem saído de seus limites territoriais nacionais. A interpretação desse direito produzido precisa estar em perfeita consonância com os acontecimentos internacionais em sua análise mais técnica e científica.

Nas palavras de Jungen Habermas (1995, p. 28), reinaugurando, assim, um novo cosmopolitismo com “um sistema de leis para um conjunto de povos”. Existe hoje, portanto, segundo Mello (2001, p. 113), “um processo de internacionalização de toda a vida jurídica”, estabelecendo novos paradigmas para o pensamento do próprio Direito Interno, cuja influência crescente no exercício da ordem internacional na produção normativa não pode mais ser ignorada pelos Estado e indivíduos, sob a pena de pecar pela ignorância, seja através da subtração de direitos, seja pela possibilidade de não exercício deles.

Conclusão

A sociedade internacional, que passa a exigir novos instrumentos jurídicos que possibilitem

uma resposta efetiva à regulamentação de uma ordem mundializada e mais integrada, o que o Direito Internacional clássico, da forma que foi concebido, não conseguia mais dar, e vêm alterar, substancialmente, a relação e a forma de aplicação do Direito Internacional pelos Estados e a relação jurídico-normativa entre o Direito Internacional e o Direito Interno.

O Direito Internacional passa então a contar com várias formas de relação do Direito Internacional com o Direito Interno, seja através dos mecanismos convencionais explicados pelas teorias dualista, monista, pelas teorias conciliatórias e também pelo processo de transnormatização explicado pela construção da teoria da transnormatividade, ora proposta para reflexão da comunidade acadêmica.

Neste contexto, o Direito Internacional passa a atingir e a servir também não só os Estados soberanos, mas também diretamente os indivíduos, empresas, corporações, e a se ocupar, crescentemente, de problemas até então considerados de competência dos Estados, individualmente, e um fenômeno novo passa a ser cada vez mais reproduzido no plano interno, no ordenamento jurídico interno dos Estados, influenciando todo o conjunto normativo nos mais variados ramos do direito.

O desdobramento desse fato é que os jurisdicionados consomem e obedecem a um direito aparentemente interno, produzido dentro de todos os rigores legislativos disciplinados pelo Direito Interno, mas, na verdade, esse direito é geneticamente internacional, pois é produzido e derivado de foros internacionais e reproduzido, copiado, pelos Estados.

Em suma, existe hoje, como uma realidade jurídica insofismável, um processo de internacionalização de toda a vida jurídica nos mais vários ramos do Direito Interno, sejam eles de natureza trabalhista, comercial, arbitral/comercial, ambiental, consumidor, contratos internacionais, direito penal, processual etc., daí porque a realização de um grande número de eventos e publicações que estão buscando compreender o processo de internacionalização de seus ramos, que agora, no atual contexto da sociedade internacional contemporânea, precisam buscar novos paradigmas para o pensamento do próprio Direito Interno.

Essa influência crescente do Direito Internacional sobre a produção normativa do Direito Interno não mais pode ser ignorada pelos Estados e indivíduos, sob pena de pecar pela ignorância, seja através da subtração de direitos, ou pela possibilidade de não exercício deles, ou ainda, no caso específico dos operadores do direito, não saber interpretar o

verdadeiro sentido normativo e teleológico de muitos dispositivos que povoam a constelação normativa de seu Estado.

Referências

AKEHURST, Michael. *Introdução ao direito internacional*. Tradução Fernando Ruivo. Coimbra: Almedina, 1985.

ARNAUD, André-Jean. *O direito entre a modernidade e globalização: lições de filosofia do direito e do Estado*. Tradução Patrice Charles Willaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

ARNAUD, André-Jean. Repensar um direito para a época pós-moderna. In: _____. *O direito traído pela filosofia*. Tradução Wanda de Lemos Capeller e Luciano Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

BRAILLARD, Philippe. *Teoria das relações internacionais*. Tradução J. J. Pereira Gomes e A. Silva Dias. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1990.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Três desafios para um direito mundial*. Tradução Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003.

DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito internacional público*. Tradução Vítor Marques Coelho. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

GIDDENS, Anthony. *Mundo em descontrole*. Tradução Maria Luiza X de A. Borges. Rio de Janeiro: Record, 2000.

HABERMAS, Jürgen. *A crise de legitimação no capitalismo tardio*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1980.

_____. O Estado-nação europeu frente aos desafios da globalização. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 43, p. 87-101, 1995

_____. *Facticidad y validez sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Tradução Manoel Jiménez Redondo. Valladolid: Trota, 1998.

HELD, David; MCGREW, Anthony. *Prós e contras da globalização*. Tradução Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

IANNI, Octávio. *A era do globalismo*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1996.

_____. *A sociedade global*. 8. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999.

ITUASSÚ, Oyama César. *Curso de direito internacional público*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

JESSUP, Philip C. *Direito transnacional*. Tradução Carlos Ramires Pinheiro da Silva. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1965.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do Estado e do direito*. Tradução Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. *Teoria pura do direito*. 6. ed. Tradução João Baptista Machado. Coimbra: Armênio Amado, 1984.

LUHMANN, Nickolas. *La differenziazione del diritto*. Tradução Raféale De Giorgi e Michele Silbernagl. Bologna: Società Editrice Il Mulino, 1995.

MELLO, Celso de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 12. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. *Curso de direito internacional público*. 13. ed. rev. e. aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MENEZES, Wagner. *Ordem global e transnormatividade*. Ijuí: Nijuí, 2005.

REUTER, Paul. *Direito internacional público*. Tradução Maria Helena Capêto Guimarães. Lisboa: Presença, 1981.

ROSSI, Lucia Serena. *Evolução do direito internacional e globalização*. Trabalho apresentado no 1º Congresso de Direito Internacional da PUCPR, Curitiba, 9,10 e 11 de agosto de 2001. Mimeografado.

RUSSOMANO, Gilda Maciel Corrêa Meyer. *Direito internacional público*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

SERRA, António Truyol y. *Noções fundamentais de direito internacional público*. 2. ed. rev. e atual. Tradução R. Ehrhardt Soares. Coimbra: Armênio Amado, 1962.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Curso de direito internacional público*. São Paulo: Atlas, 2002. v. 1.

TRIPPEL, Carl Heinrich. Les rapports entre le droit interne et le droit international. In: *Recueil de Cours de L'Academie de Droit International*. La Haye, 1925. t. 1.

VERDROSS, Alfred. *Derecho internacional publico*. 4. ed. Tradução Antonio Truyol y Serra. Madrid : Aguilar, 1963.

VIGNALI, Heber Arbuet. *Derecho internacional publico: temas de la teoría general*. Montevideo: Talleres Grafico, 1993.