

A VALIDADE DA NORMA NO DIREITO INTERNACIONAL: BREVES APONTAMENTOS

Gustavo Fernandes Meireles¹

Renato Barbosa de Vasconcelos²

Resumo:

O reconhecimento da validade da norma e do ordenamento jurídico é fundamental para identificar sua aptidão para produzir efeitos no mundo fático. No âmbito do ordenamento jurídico nacional a validade é concebida, sobretudo em termos formais, com base no escalonamento das normas, tendo como ápice uma norma fundamental, acima da Constituição. Essa verticalização é possível porque a soberania é exercida pelo Estado. No âmbito da sociedade internacional a concepção de um ordenamento escalonado encontra óbices, haja vista que várias soberanias convivem, não se sobrepondo umas às outras. Por conseguinte, a aplicação de conceitos teóricos para o reconhecimento da validade jurídico-formal do Direito internacional leva a problemas de interpretação. O presente artigo tem por objetivo discutir questões relativas à validade do Direito internacional e a formas alternativas de se abordar o tema, tomando-se outros conceitos de validade como meio para identificá-la.

Palavras-chave: Teoria geral do Direito. Validade jurídica. Direito Internacional.

LEGAL VALIDITY OF INTERNATIONAL LAW: SOME NOTEWORTHY POINTS

Abstract:

Validity is a key concept to identify the capacity of Law in enforcing its rules, producing effects in real world. In domestic legal system validity is considered most in its formal concept, based on hierarchy of norms where the Constitution is in the top of the system. This vertical hierarchy is possible due to State's sovereignty. On the other hand, in the international society, the idea of a hierarchic legal system finds obstacles, since in the international scenario many sovereignties coexist in the same level. Hence, the utilization of theoretical concepts

¹ Mestrando em Direito da Universidade Federal do Ceará. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Bacharel em Ciências Sociais pela Universidade Estadual do Ceará. Bolsista da Fundação Cearense de Apoio ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico (FUNCAP). Membro do "Mundo Direito: Grupo de Estudos em Direito Internacional da UFC". Membro do projeto: "Possibilidades e Riscos de Políticas Comuns de Direitos e Garantias Fundamentais nos Estados Integrantes da UNASUL na Perspectiva de uma Constituição Sul-americana" (PROCAD/CAPES). Advogado. Email: gustavo.fernandes@ymail.com.

² Mestrando em Direito da Universidade Federal do Ceará, bacharel em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Membro do projeto "Possibilidades e Riscos de Políticas Comuns de Direitos e Garantias Fundamentais nos Estados Integrantes da UNASUL na Perspectiva de uma Constituição Sul-americana" (PROCAD/CAPES). Membro do "Mundo Direito: Grupo de Estudos em Direito Internacional da UFC". Membro do grupo de pesquisa "Filosofia dos Direitos Humanos" (UFC). Membro do grupo de pesquisa "Democracia e Finanças Públicas" (UFC). Pesquisador do Centro de Direito Internacional (CEDIN). Advogado. Email: rivasconcelos1989@gmail.com.

aiming to verify formal legal validity of International Law leads to misinterpretation. This paper aims to discuss issues concerning the validity of International Law and alternative approaches in this field, considering other concepts of legal validity as confirming evidences.

Key-words: General Theory of Law. Legal validity. International Law.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Questão pertinente no âmbito da Teoria Geral do Direito é discutir a validade de suas normas, a qual, segundo algumas correntes teóricas, relaciona-se estreitamente com outros conceitos tais como legitimidade e eficácia (NINO, 2010, p. 154-5). Do conceito de validade das normas, pode-se derivar a constatação da existência de todo um ordenamento jurídico. Por conseguinte, também se pode pensar, conjuntamente a essas categorias, o conceito de eficácia jurídica.

Nesse amplo espaço de discussão, o Estado é comumente apontado como ente que confere validade ao Direito. De sua soberania extrai-se a autoridade pública para o ordenamento da sociedade. As concepções contratualistas de Estado atribuem a este ente a congregação de forças sociais e o desempenho de funções de controle que incluem a elaboração de normas a serem por todos observadas e cumpridas e um aparato de força para o caso de descumprimento das normas prescritas.

Considerando-se a soberania e a institucionalização do poder de fato exercido sobre determinado território, não é difícil conceber um poder jurídico no âmbito interno de cada Estado. Seja essa soberania legítima, legítimo será, pois, o exercício do poder dela decorrente, assim como as normas estabelecidas nesse contexto.

Entretanto, o que se pode dizer acerca das normas que obrigam os Estados? Normas assim limitariam a soberania dos Estados? Seriam tais normas válidas, ainda que não haja um ente superior que as cancele? O que poderia ser apontado como elemento que lhes confira identidade jurídica? Essas são algumas das questões que frequentemente voltam à baila quando se discute Direito Internacional comparando-o com o Direito interno.

A afirmação de existência de um Direito Internacional não é novidade. Entretanto, ainda se percebe certa resistência na sua admissão como Direito. A emergência do Direito Internacional nos dias atuais nos convida a uma reflexão mais acurada acerca de categorias um tanto quanto cristalizadas pela Teoria Geral do Direito. Um aprofundamento dessas categorias à luz da prática jurídica internacional assim como de disciplinas correlatas – como

as Relações Internacionais –, pode suscitar uma melhor compreensão do Direito em si. No mínimo, amadurece-se a compreensão dos fenômenos jurídicos internacionais, cada vez mais presentes no contexto de globalização em que vivemos.

O presente artigo se propõe a discutir brevemente a validade do Direito Internacional, relacionando-a a outras categorias de análise tais como legitimidade e eficácia. Para tanto, tomaremos diretamente as acepções conceituais clássicas de validade, legitimidade e eficácia jurídica, buscando apontar pontos de distinção quando se trata de Direito internacional.

2 OS VÁRIOS SIGNIFICADOS DE VALIDADE DA NORMA JURÍDICA

A validade do ordenamento jurídico pode ser aferida pela validade das normas que o compõem. Santiago Nino parte de um questionamento a respeito da existência do sistema jurídico como um todo. Embora versando sobre todo o sistema normativo, o autor reconhece a aplicabilidade dos conceitos ao seu elemento fundamental: a norma. Para tanto, o autor toma o conceito de validade em seis diferentes acepções.

A primeira delas reconhece a identidade entre a validade e a existência de uma norma, havendo superposição entre os critérios de validade e de existência. Há ainda a concepção de validade enquanto justificação última para o que é permitido ou obrigatório. Nino cita ainda a concepção (adotada por Kelsen) que reconhece a validade de uma norma jurídica em outra norma jurídica que a declara como de aplicação obrigatória. A validade pode ainda determinar o pertencimento de uma norma a um determinado sistema jurídico. Sob um outro prisma, há quem aproxime o conceito de validade de vigência, e até mesmo eficácia. O autor argentino ressalta que esses “focos de significado” não são “significados autônomos da palavra ‘validade’, já que, em geral, eles se apresentam combinados de alguma maneira [...]” (*idem*).

Desse ponto de partida, podemos observar o posicionamento dos demais autores a respeito do conceito de validade. Tércio Sampaio Ferraz Jr. a validade é a integração de uma norma ao ordenamento jurídico³. Por certo que essa integração deve ser feita pelos meios estabelecidos normativamente pelo próprio sistema jurídico. Esse seria, sem maiores detalhes,

³ FERRAZ JR., Tércio Sampaio Ferraz. **Introdução ao Estudo do Direito**. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 165.

o que Pontes de Miranda chama de “colorir” um fato do mundo para torná-lo jurídico através de uma norma jurídica (MIRANDA, 1999, p. 51-67)⁴.

Do ponto de vista dogmático, tal como é a opção metodológica de Ferraz Jr. em sua abordagem, a validade é considerada do ponto de vista do direito positivo. Portanto, para o direito positivo, existe a norma que foi reconhecida pelos meios juridicamente hábeis a fazê-lo.

Embora reconheça a dimensão deontológica e fenomenológica da norma jurídica, Bobbio reforça o entendimento de que a validade, enquanto dimensão ontológica da norma, diz respeito à sua existência no sistema jurídico (BOBBIO, 2001, p. 47). Nesse sentido, é o direito posto quem reconhece (ou não) uma norma como válida. Sob esse ponto de vista, normas não válidas não existem para o sistema jurídico. Hugo Machado é mais cauteloso ao expressar, de início, que uma norma pode existir sem ser válida, ou seja, se estiver em desacordo com a Constituição ou outra norma que lhe seja fundamento de validade (MACHADO, 2004, p. 95).

Ponto importante ao tratar-se da validade das normas é abordar a vigência. A vigência é conceito mais estreito do que a validade, pois é a “aptidão para incidir” (*idem*, p. 98). Esta aptidão é determinada temporalmente. Dentro das balizas temporais em que a norma passou a vigor até que ela seja revogada, ela está apta a incidir. Questão diversa é saber se ela incide ou não, ainda que esteja vigente. Esta seria uma abordagem acerca da eficácia da norma. Trata-se de questão de sociologia jurídica, tal como reconhecem Bobbio (*op. cit.*, p. 48) e Machado (*op. cit.*, p. 99).

Para Kelsen, que identifica Direito e Estado, a validade da norma jurídica encontra seu fundamento em outra norma que lhe é hierarquicamente superior, até que se chega a uma norma pressuposta (KELSEN, 2009, p. 215-217). Sem adentrar discussões referentes à possibilidade e à existência de uma Norma Hipotética Fundamental, importa ressaltar que, na concepção de Kelsen, o Estado é o ente autorizador da validade das normas, inclusive daquelas decorrentes de relações jurídicas privadas.

Apesar do destaque que se dá em sua teoria ao ordenamento jurídico interno, Kelsen afirmou a existência de uma ordem jurídica internacional e do Direito Internacional

⁴ Pontes de Miranda destaca a existência de um mundo jurídico que “está no conjunto a que se chama mundo” no qual alguns dos fatos que se passam no mundo são “coloridos”, tornando-os fatos jurídicos. O jurista chama esse processo de juridicização. As regras jurídicas desempenham papel fundamental nesse processo, pois são elas que incidem sobre os fatos do mundo, fazendo-os “fatos jurídicos”: a “regra jurídica colore [o suporte fático], fazendo-o entrar no mundo jurídico”. Dessa forma, a juridicização é um processo de entrada do “suporte fático” no mundo jurídico. Cf. MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Campinas: Bookseller, 1999, pp. 51-67 (*passim*).

propriamente dito, na medida em que medidas coercitivas podem ser previstas e adotadas por parte de outros Estados participantes da sociedade internacional (KELSEN, 1998, p. 468). Assim, para Kelsen, “o Estado é uma ordem jurídica. Mas nem toda ordem jurídica é um Estado” (KELSEN, 2009, p. 317).

Todavia, tomando-se a concepção kelseniana de validade da ordem jurídica, encontra-se dificuldades para se afirmar a validade – e, portanto a existência – do Direito Internacional. Isso porque, para o pensador alemão, a validade de uma ordem jurídica encontra seu fundamento em uma cadeia hierarquicamente organizada, até chegar-se a uma norma-ápice. No direito interno essa norma seria a Constituição, cuja validade fundamentar-se-ia em uma outra norma, pressupostamente superior (*idem*, p. 221).

Assim é que o positivismo afirma com veemência a primazia do Estado como irradiador do Direito através de sua função legislativa. Além desta função precipuamente exercida pelo Poder Legislativo, Hugo Machado (2004, p. 74 e ss.) observa que o direito também deflui da jurisprudência, de sentenças e de atos administrativos – e há quem diga que, no Brasil, a burocracia legisla quase que substituindo o legislador (STRECK, 2012). Entretanto, além das fontes formais estatais, fontes outras (não estatais), também contribuem para a construção do direito (e.g. contrato, doutrina, costume). O Estado é destarte o meio pelo qual essas formas jurídicas são autorizadas a produzir efeitos. Como que numa estamparia de linha de produção, o Estado reconhece como juridicamente válido um “produto” que, embora não tenha sido elaborado em sua “fábrica”, ganha as feições de um produto seu por ter passado pelo seu crivo de aprovação.

Nesse sentido, para Kelsen, mesmo as relações privadas seriam autorizadas pelo Estado. O autor critica veementemente as propostas de dicotomia entre direito público e direito privado. E é exatamente na identidade entre Direito e Estado que Kelsen fundamenta sua crítica. Para ele, o Estado é uma entidade metajurídica, sendo ao mesmo tempo pressuposto do Direito e sujeito que pressupõe o Direito (KELSEN, 2009, p. 315).

Nesse sentido, o dualismo entre direito privado e público não se justificaria, pois o Estado participa na formação e na defesa de relações jurídicas privadas. Para Kelsen,

os atos que formam o fato produtor do Direito apenas são, em ambos os casos, o prolongamento do processo da chamada formação da vontade estadual, e de que, precisamente, como no comando da autoridade, também no negócio jurídico privado apenas se realiza a individualização de uma norma geral. (*idem*, p. 312)

Assim, o Estado “filtra” a totalidade das relações jurídicas – públicas e privadas – perfectibilizando-as sob sua chancela.

No direito nacional, em que se tem a soberania como elemento de poder que confere ao Estado a capacidade de estabelecer a ordem jurídica, fundando-a com base em uma Constituição (o que, nas teorias contratualistas, seria justamente o contrato social estabelecido) isso parece mais fácil de justificar do que em uma ordem internacional. No âmbito dos Estados, com base na soberania, é possível estabelecer uma hierarquia mais clara na produção normativa.

Dentre as “marcas da soberania” apresentadas por Jean Bodin em sua clássica obra (BODIN, 1993, p. 162), o poder de estabelecer e impor a lei a todos e a cada um em particular figura em primeiro lugar, dele decorrendo todas demais marcas. Embora a soberania descrita por Bodin concentre-se ainda na figura de alguém que detém o poder soberano, a ideia foi atualizada para a soberania da sociedade, depositada no Estado.

Descrevendo um caso hipotético (da dinastia dos reis Rex), H. L. A. Hart observa que as normas jurídicas produzidas por um determinado soberano permanecem após o exercício de seu poder (HART, 2009, p. 83 e ss.). Ou seja, a soberania por ele exercida – que lhe confere o poder de criar o Direito –, não perece após sua morte, a menos que seja expressamente revogada. Da mesma forma ocorre no caso em que a soberania é do povo, e não de um soberano em seu exercício absoluto. Nesse caso, a soberania permanece soberana (com a licença da tautologia) até que a sociedade que a conferiu aos poderes do Estado seja desfeita ou constitua um novo pacto.

Essa instituição centralizadora dos poderes, mas já despersonalizada – em comparação com a autoridade que se prendia à pessoa do governante, do monarca, do príncipe – tem na soberania o sustentáculo maior de sua constituição. Esse atributo seria, segundo a doutrina contratualista da formação do Estado, fruto da vontade humana que escolheu abrir mão de sua liberdade em troca de proteção provida por uma entidade suprahumana. A respeito da soberania, elemento distintivo do Estado Moderno, Bonavides assevera que

[...] foi [ela], por sem dúvida, o grande princípio que inaugurou o Estado Moderno, impossível de constituir-se se lhe falecesse a sólida doutrina de um poder inabalável e inexpugnável, teorizado e concretizado na qualidade superlativa de autoridade central, unitária, monopolizadora de coerção. (BONAVIDES, 2004, p. 29)

Nesse sentido, a soberania fundamenta a subordinação de poderes privados a um ente centralizador dos interesses coletivos. A miríade de arranjos jurídicos de caráter familiar,

feudal, corporativo e religioso era contrária à ideia de certeza jurídica trazida pela representatividade estatal como fonte única do direito. A existência desse ente centralizador viria a garantir o princípio da igualdade jurídica formal.

Essa concepção de soberania perene fundamenta a criação do Direito positivo como obra estatal – tal como concebe Kelsen mesmo para as relações privadas. Através dela estabelece-se uma hierarquia no ordenamento interno que parte das pressupostas intenções contidas no contrato que funda a sociedade, irradiando em cadeia para conferir validade às normas mais específicas do ordenamento. Há, portanto, uma verticalização na construção do ordenamento, tendo no Estado o garante do cumprimento das ordens por ele estabelecidas em nome dos participantes da sociedade.

Contudo, estabelecer semelhante raciocínio para justificar a validade do Direito Internacional parece caminho mais árduo. Como pensar a validade de um ordenamento jurídico em uma sociedade de entes formalmente iguais, os quais não se submetem a nenhum ente externo que lhe seja superior? As especificidades do Direito Internacional requerem um olhar próprio para sua adequada compreensão.

3 SOBERANIA E VALIDADE DA ORDEM JURÍDICA

No âmbito interno, o Direito tem no Estado sua fonte legitimada pela soberania da desse ente centralizador do poder político. A soberania estatal confere força jurídica às ordens que emanam do Estado, na figura do soberano ou do governante. Vê-se aí que no âmbito interno do Estado, ou seja, dentro dos seus limites territoriais, o poder soberano é superior a todos os demais, tanto dos indivíduos quanto dos grupos sociais existentes no âmbito do Estado.

A questão central é que tais normas restringem-se ao território em que o Estado é soberano. A concepção de soberania no Estado moderno passa a sofrer profundas alterações na medida em que fatores externos passam a repercutir na atuação dos Estados.

A intensificação dos contatos entre Estados em grande parte estimulada pela crescente atividade comercial para além das fronteiras, bem como pelos conflitos bélicos, levou à existência de uma sociedade internacional semelhante à que conhecemos hoje e cujos principais atores nesse contexto histórico eram os Estados⁵.

⁵ Muito se discute acerca dos sujeitos da sociedade internacional. Algumas correntes das Relações Internacionais consideram que os atores não estatais, como as ONGs e as empresas multinacionais, são também protagonistas

Após a Guerra dos Trinta Anos (1618-1648) e da guerra entre espanhóis e flamengos (1568-1648), uma série de tratados de paz compôs o que viria a ser conhecido por Paz de Westphalia. A Paz de Westphalia representou um marco histórico que reconheceu o Estado como poder supremo dentro de suas fronteiras, definindo conceitualmente a ordem internacional daí nascida e seu elemento básico, a soberania no âmbito internacional.

Anderson Teixeira destaca a importância da Paz de Westphalia na resignificação do conceito de soberania:

Se internamente a necessidade de regulação jurídica concentrada em uma única autoridade política foi satisfeita pelo fortalecimento da soberania do Estado decorrente da Paz de Westphalia, externamente este momento representou a possibilidade de as relações internacionais começarem a se pautar por uma disciplina eminentemente jurídica, definida em regras estabelecidas *a priori* e não tendo mais base exclusiva nas necessidades momentâneas que determinada situação apresentava. (TEIXEIRA, 2011, p. 84)

A soberania westfaliana baseia-se na territorialidade e no princípio da não intervenção. Diversamente das consequências lógicas da soberania no plano interno – em que ela assegura a supremacia do poder estatal diante dos cidadãos ou outros possíveis poderes sociais concorrentes –, a soberania traduz, no âmbito externo, a igualdade dos Estados na comunidade internacional. Em outras palavras, a soberania significa, no plano internacional, a igualdade jurídica entre aqueles que são soberanos nas suas relações entre si.

Se internamente a construção de ordenamentos jurídicos se fortalecia como meio de resolução de conflitos a serem mediados por um ente supremo e despersonalizado, o desenvolvimento de relações mais próximas entre Estados (juridicamente iguais, porque igualmente soberanos) demandava também a criação de um ordenamento jurídico supraestatal.

A ruptura com o modelo westfaliano, que reconhece o Estado como exclusivo sujeito de direito internacional, a inserção de atores como ONGs, organizações internacionais, e grandes corporações transnacionais, e o complexo de constantes mudanças trazidas pelo processo de globalização tem trazido inúmeros desafios para o direito internacional e para a ideia de soberania tal como engendrada ao longo da construção do Estado moderno.

Nesse sentido, Anderson Teixeira discorre argutamente acerca de fatores que têm contribuído para a relativização da soberania no contexto global contemporâneo. Por um lado

nesse cenário. Cf. KARNs, MINGST, 2010, p. 222. No Anuário das Organizações Internacionais, editado pela União das Associações Internacionais, mais de 25.000 são listadas como ONGs internacionais. Cf. UNION OF INTERNATIONAL ASSOCIATIONS, 2012.

(no âmbito interno) fala-se em crise do Estado; de outra banda (no âmbito internacional) fala-se em surgimento e fortalecimento de novos atores globais, tais como organizações internacionais, ONGs e empresas multinacionais que também participariam da criação do direito internacional (*idem*, p. 131)⁶.

Os diferentes matizes que a soberania assume no âmbito internacional e no âmbito interno atuam para tornar distintas as ordens jurídicas em cada um desses ambientes. Se no âmbito interno prevalece a hierarquia da ordem emanada do Estado, ente legitimado ao uso da força⁷, na sociedade internacional prevalece – segundo teóricos realistas das Relações Internacionais, tais como Carl von Clausewitz, Raymond Aaron e Kenneth Waltz (ROCHE, 2008, p. 29) – a anarquia, no sentido de que os Estados agem de acordo com seus próprios interesses, não havendo nenhum ente superior que os obrigue a agir. Isso não quer dizer que não haja uma ordem (ou ordens) nas relações internacionais, mas não se trata da mesma ordem hierarquicamente determinada dos Estados em seu âmbito interno.

Não há, no direito internacional, portanto, uma norma superior que possa validar outras normas inferiores em cadeia, tal como ocorre no plano interno, ordenado de forma escalonada, segundo a proposição de Kelsen⁸. Mesmo que no âmbito internacional existam normas costumeiras, de caráter pretensamente obrigatório (*jus cogens*), não se pode (por ora) apontar uma norma que sirva de fundamento de validade jurídico-formal para a ordem jurídica internacional.

Entretanto, Kelsen esforça-se por apontar a existência de uma norma fundamental do direito internacional (*idem*, p. p. 239-242). Para o jurista, pode-se considerar o direito internacional em duas distintas situações: como validado pela soberania dos Estados, tendo seu fundamento de validade nas Constituições estaduais; ou como “ordem jurídica soberana, supra-ordenada a todas as ordens jurídicas estaduais, delimitando-as, uma em face das outras, nos respectivos domínios de validade [...]” (*idem*, p. 239). No primeiro caso, o fundamento de validade seria o mesmo da ordem jurídica interna, pois que o direito internacional seria validado pela própria Constituição (norma posta) e esta seria validada por uma norma pressuposta. No segundo caso, o direito internacional seria validado por uma norma pressuposta. Nesse caso, a ordem jurídica dos Estados não seria validada por uma norma

⁶ Cf. também CONDORELLI; CASSESE, 2012, p. 14-25.

⁷ Para Max Weber, “[o Estado] é a única fonte do ‘direito’ de exercer coação” (WEBER, 1999, p. 525).

⁸ “A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas n mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por sua vez, é determinada por outra; e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental – pressuposta.” (KELSEN, 2009, p. 247).

pressuposta, mas sim por uma norma posta: a norma de direito internacional, esta sim pressuposta. Por sua vez, a norma de direito internacional teria seu fundamento de validade em uma norma fundamental, na qual, como no âmbito interno, “não está contida qualquer afirmação de um valor transcendente ao Direito positivo; nem mesmo do valor paz [...]” (*idem*, p. 241). Nessa segunda hipótese, a ordem jurídica internacional é concebida como ordem jurídica soberana, alterando o significado de soberania dos Estados, e estabelecendo-os como “comunidade jurídico-internacionalmente imediatas”, uma vez que sua “soberania” está subordinada à ordem jurídica internacional (*idem*, p. 242)⁹.

Vê-se que Kelsen tenta conciliar a convivência das ordens jurídicas internas e internacional com a ideia de uma norma fundamental que confira validade última à norma-ápice do ordenamento e ainda com a ideia de que o *locus* da soberania é de onde irradia a norma fundamental. Assim, se a soberania é dos Estados, a norma fundamental será do âmbito interno e este é que irá validar o direito internacional, por meio de sua Constituição; porém, se a ordem internacional é soberana *per se*, então as normas-ápice dos ordenamentos internos (Constituições) é que encontrarão fundamento de validade em uma norma fundamental internacional. Apesar de apresentar as hipóteses, Kelsen não aponta qual das duas aplica-se à realidade global contemporânea¹⁰.

H. L. A. Hart refuta veementemente a pretensa necessidade que se atribui ao direito internacional de possuir uma norma fundamental. Para Hart, as especificidades do direito internacional são de forma não de conteúdo. Não se pode, portanto, querer estabelecer análises do direito internacional a partir de comparações com estruturas assemelhadas (mas não iguais) do direito interno. O autor britânico observa que a ausência de um poder legislativo internacional, de tribunais com jurisdição compulsória e sanções centralmente organizadas faz com que o direito internacional não tenha normas secundárias¹¹ de modificação e julgamento nem uma norma de reconhecimento unificadora que especifique as

⁹ O mesmo argumento é apresentado no texto “Porque a lei deve ser obedecida?”. O texto é parte da obra “O que é justiça?”, publicado pela primeira vez em 1952. No texto, Kelsen reafirma que a validade de uma norma no direito positivo, e a razão pela qual ela deve ser obedecida, deve-se à norma hierarquicamente superior, chegando-se a uma norma fundamental pressuposta. Da mesma forma, o motivo para a validade do Direito internacional será uma norma pressuposta, a qual institui o costume como fato criador do Direito. Esta será, em última análise, também o motivo da validade das ordens jurídicas nacionais. Cf. KELSEN, 2001, p. 251-259.

¹⁰ Importa destacar que Kelsen adota a teoria monista com prevalência do Direito internacional. Segundo essa concepção, a ordem jurídica internacional complementa o Direito nacional, abrangendo todas as ordens jurídicas nacionais. Cf. KELSEN, 1998, p. 516 e ss.

¹¹ Para Hart, as normas primárias (embora na denominação de Hart ele sempre se refira a “regras”) são aquelas que determinam uma obrigação (“regras de obrigação”). Ocorre que o ordenamento jurídico não pode contar apenas com essas normas pois estas têm “defeitos” que lhes são inerentes. Assim, o ordenamento conta ainda com normas secundárias, as quais dizem respeito às normas primárias, estabelecendo exceções, formas de aplicação e a alteração destas (HART, 2009, p. 105 e *passim*).

fontes do direito e forneça critérios gerais para a identificação de suas normas (HART, 2009, p. 277)¹².

Contudo, Hart sustenta que não se pode com isso afirmar a inexistência do direito internacional, ou tente conciliar sua existência (evidente) com uma norma fundamental. Para Hart, trata-se de um direito distinto, mas ao qual não se pode negar o estatuto de Direito. O autor critica as tentativas de estabelecer analogias do direito internacional com o direito interno na tentativa de afirmá-lo como “direito”:

Como já dissemos, [a estrutura do direito internacional] se assemelha na forma embora não no conteúdo, a um regime simples de direito primário ou consuetudinário. Entretanto, alguns teóricos, ansiosos por defender contra os céticos o título do direito internacional a ser chamado “direito”, sucumbiram à tentação de minimizar essas diferenças formais e de exagerar as analogias que podem ser encontradas no direito internacional com a produção de leis ou outras características formais desejáveis do direito interno. (*idem*, p. 301)

Para Hart a pergunta a fazer não é qual a norma fundamental do direito internacional, mas sim porque fazer essa suposição *a priori*. O autor defende a possibilidade de existirem conjuntos de normas que não necessariamente precisam ser validadas por uma norma unificadora. A crítica de Hart à Kelsen é expressa:

Kelsen e muitos teóricos modernos insistem em que o direito internacional, como o interno, possui, e de fato precisa possuir, uma “norma fundamental”, aquilo que chamamos de norma de reconhecimento, em relação à qual se avalia a validade das outras normas do sistema e em virtude da qual as normas constituem um único sistema. (*idem, ibidem*)

Nesse sentido, a validade do direito internacional, para Hart, não necessariamente reside em uma norma fundamental (ou em uma norma de reconhecimento, segundo seus conceitos teóricos). Para o autor, o direito internacional é um conjunto de normas os quais se assemelham ao direito interno quanto ao conteúdo, e não à forma, não havendo portanto, uma norma fundamental que ofereça critérios gerais de validade para suas normas. Hart não afasta a possibilidade de o direito internacional se desenvolver a ponto de assemelhar-se a um sistema como o direito interno. Nesse caso as analogias que ele refuta passariam a ser válidas; mas afirmá-las no contexto contemporâneo é ainda precipitado (*idem*, p. 305)¹³.

¹² Para Hart a regra máxima do ordenamento é a norma de reconhecimento, a qual conte os fundamentos da validade de todas as demais regras. Em Hart também existe a concepção de um sistema jurídico escalonado, cujo ápice é ocupado pela norma de reconhecimento. Entretanto, para o britânico essa norma é explicada pela prática (fundamento empírico da norma fundamental). Cf. HART, 2009, p. 129 e ss.

¹³ A veemência da crítica de Hart aos teóricos que buscam enquadrar o direito internacional em formas e conceito teóricos típicos do direito interno é ainda ironicamente explicitada pelo autor na seguinte passagem:

Com isso, Hart desvia a validade do direito internacional de aspectos formais para aspectos factuais. Nesse sentido, é importante considerar outros critérios de validade das normas e do ordenamento jurídico para além de abordagens meramente formais. A legitimidade e a eficácia do direito internacional podem ser critérios elucidativos para o reconhecimento da validade das normas de direito internacional.

4 LEGITIMIDADE COMO CRITÉRIO DE VALIDADE

É bem verdade que o conceito de validade por meio do qual refletimos as questões apresentadas até então não considera aspectos importantes como o conteúdo ético e a repercussão social das normas jurídicas. Robert Alexy chama a atenção que a validade do Direito pode ser pensada em correspondência aos conceitos de Direito (ALEXY, 2009, p. 101 e ss.).

O autor destaca os conceitos sociológico e ético de validade, além do conceito jurídico. Pelo conceito de validade ética, as normas são válidas quando moralmente justificadas. Por sua vez, a validade sociológica levaria em conta a efetiva repercussão da norma na sociedade. Sob esse viés, uma norma seria válida se fosse observada ou se, no caso de sua inobservância, haja a punição estabelecida (*idem*, p. 102).

A questão da legitimidade da norma jurídica ressoa como essencial nas discussões de Teoria Geral do Direito. Uma das razões aparente é o fato de esse elemento propor uma aproximação, ainda que tímida, das teorias juspositivistas a explicações que consideram alguma justificativa para validade do Direito que foge ao próprio sistema. Chega-se a um limiar em que se questiona donde deriva o fundamento de validade da norma jurídica. Nesse ponto, muitos autores tergiversam em considerar, ou não, a importância de fatores “externos ao sistema” (BOBBIO, 1995, p. 63).

De onde advém a legitimidade é questão que os juristas, notadamente os positivistas, preferem desviar, sob a alegação de que esta não é função de uma teoria científica do Direito. Embora o fundamento da legitimidade em si seja relegado a segundo plano, o da função que ela exerce não o seja. Assim é que os autores consideram a legitimidade como fundamento de

“Há algo de cômico nos esforços para encontrar uma norma fundamental nas formas mais simples de estrutura social, que existem sem necessitar dela. É como se afirmássemos com insistência que um selvagem nu *na realidade* está vestido com um tipo invisível de roupa moderna.” (HART, *op. cit.*, p. 304).

validade da norma jurídica (KELSEN, 2009, p. 233; BOBBIO, 1995, p. 60; VASCONCELOS, 2000, p. 235).

A concepção de ordenamento jurídico escalonado de Kelsen aponta para a norma imediatamente superior em hierarquia como fundamento de sua validade. Assim, a norma é válida por ser autorizada por uma norma superior no ordenamento escalonado. Chega-se assim, à Constituição e, acima dela, a uma norma pressuposta (KELSEN, 2009, p. 225). Nesse aspecto, Kelsen mantém sua proposta de neutralidade axiológica na concepção do princípio da legitimidade. Daí sua afirmação:

Dum ponto de vista jurídico, é indiferente que esta modificação da situação jurídica seja produzida através de um emprego da força dirigida contra o governo legítimo ou pelos próprios membros deste governo, através de um movimento de massas populares ou de um pequeno grupo de indivíduos. (*idem, ibidem*)

De certa forma, essa concepção da legitimidade do ponto de vista pretensamente neutro em busca de uma afirmação da ciência do Direito é defendida por Bobbio. O autor, demonstrando a dependência de uma norma fundamental para justificar o poder constituinte e a unidade do sistema jurídico, postula que desta norma fundamental deriva a legitimidade de todo o sistema. Assim, uma norma é válida se tiver sido criada em obediência às regras do ordenamento. Ou seja, a pertinência ao ordenamento é que a caracteriza como válida e, portanto, apta a produzir efeitos. Bobbio simplifica a questão ao afirmar: “Significa que consideramos legítima a Constituição porque foi legitimamente estabelecida.” (BOBBIO, 1995, p. 60).

O autor chega a reconhecer que a questão da norma fundamental leva, por fim, a uma discussão acerca do fundamento do poder, elencando três respostas mais frequentes: todo o poder advém de Deus; o dever deriva de uma lei natural; o poder constituinte deriva de uma convenção originária (*idem*, p. 64).

Arnaldo Vasconcelos, por sua vez, trata a legitimidade sob um viés axiológico, considerando-a como uma “instância de valor”, reconhecendo que, por meio da legitimidade, “verifica-se a preeminência do fato político sobre o jurídico, colocando-se a legitimidade por cima da justiça” (VASCONCELOS, 2000, p. 234). O autor faz tal afirmação sob a observação de que, no sistema jurídico positivista, “a justiça não integra o conceito essencial de Direito” (*idem, ibidem*). Vasconcelos enfrenta a questão sobre a autoridade do poder que instaura uma ordem jurídica, reconhecendo que esse, para se impor, necessita ser legítimo.

Parece correta a abordagem do autor, que reconhece a legitimidade como elemento fundamental para que o poder soberano se imponha. Desta forma, a legitimidade é reconhecida em seu aspecto social e político (*idem*, p. 246). Entretanto, isso não quer significar que todo governo legitimado pelo contexto histórico que o reconhece como soberano seja justo. Nesse aspecto, o autor é claro ao enfatizar preliminarmente que “a norma pode ser justa, sem ser legítima, legítima, sem ser justa e, ao mesmo tempo, justa e legítima ou injusta e ilegítima” (*idem*, p. 234).

5 LEGITIMIDADE E EFICÁCIA NO DIREITO INTERNACIONAL

A compreensão da validade do direito internacional deve considerar, como alerta Hart, que características da norma diferenciam o direito internacional do direito interno. Essas características decorrem do meio onde são produzidas as normas internacionais, ou seja, no seio da sociedade internacional. Como visto, a visão clássica incluía apenas os Estados como legítimos sujeitos de direito internacional. Ainda no contexto pós-westfaliano os Estados são os principais construtores dessa ordem jurídica, contudo novas modalidades de arranjos jurídicos têm surgido – tais como acordos bilaterais ou multilaterais envolvendo pessoas jurídicas de direito privado.

Apesar de o sistema jurídico internacional apresentar caracteres comuns ao direito interno por se tratar de uma ordem normativa, dotado de sanção em decorrência a um fato ilícito, outras características o distinguem. Mello, citando Aguilar Navarro, aponta algumas como o fato de as normas no sistema jurídico internacional apresentarem poucas normas em número, ter normas extremamente abstratas e serem atributivas, “no sentido de darem uma competência sem assinalarem a materialidade da ação a executar” (MELLO, 2004, p. 83).

A essas características, outras podem ainda ser acrescidas como o faz o mesmo autor referindo-se a Serge Sur: relatividade, uma vez que cada Estado desenvolve a sua concepção sobre ela e o fato de que a mudança das normas internacionais é mais ampla do que o que se observa no direito interno (*idem*, p. 84).

Como expressão do Direito (*lato sensu*), o direito internacional necessita de força jurídica para estabelecer limites à ação dos membros da sociedade internacional e cumprir seu objetivo de ordenar essa convivência global¹⁴. Para tanto, retomando as lições de Miguel

¹⁴ Não se quer com isso dizer que a validade da norma resida na força. Contudo, esse elemento indica a validade da norma, embora seja possível existir norma válida que não requisite força para seu cumprimento.

Reale, é necessário que a regra de direito seja formalmente válida e socialmente eficaz (REALE, 2002, p. 113). Esse requisito aponta à condição da legitimidade na produção e aplicação da norma. Da legitimidade depende a efetividade do direito, o que não é diferente no âmbito do direito internacional.

Legitimidade, todavia, não é conceito unívoco. Sob um ponto de vista clássico, legitimidade tem sido definida como justificação de autoridade, em termos mais precisos, a capacidade de tomar decisões obrigatórias ou de prescrever regras cujo cumprimento deve ser obrigatoriamente respeitado (WOLFRUM, 2006, p. 6).

Para além da visão clássica, Bodansky busca superar a legitimidade normativa, elegendo uma abordagem que inclui dois tipos de legitimidade: política e social. Para o autor, legitimidade social é aquela atribuída pela aceitação dos atores de uma dada sociedade. Em se tratando da sociedade internacional, esses atores são os Estados, mas aí também inclusos as ONGs, as corporações e os indivíduos que crescentemente tem tomado parte no concerto internacional (BODANSKY, 2008, p. 313). Interessante observar que a própria inclusão desses últimos atores, não legitimados pela clássica ordem westfaliana, ocorre também pela via da legitimidade que a eles tem sido atribuída.

Essa legitimidade social tem ganhado peso com a inclusão de novos atores além dos Estados nas relações internacionais. Também as organizações internacionais, compostas eminentemente por Estados, mas com muitos organismos já incluindo representantes da sociedade civil – como faz a OIT desde sua fundação, pautada no princípio do tripartismo – tem sido legitimadas para atuar autonomamente no cenário internacional, inclusive como produtores e executores de normas.

Nesse contexto, a legitimidade que se atribui a um organismo ou outro sujeito de direito internacional depende do exercício de autoridade que ele exerce. Assim, “instituições exercendo diferentes tipos de legitimidade necessitam de diferentes bases de legitimidade” (*idem*, p. 316).

Obviamente que ao exercício da autoridade exercida por determinado sujeito internacional, deve-se adicionar que a soberania clássica ainda repercute como uma fonte de legitimidade para atuação dos Estados no cenário internacional, tendo habilidade para negociar e para aderir a acordos internacionais (WOLFRUM, 2006, p. 6).

Não se pode olvidar que o direito internacional é (ainda) bastante dependente da ordem jurídica interna de cada Estado. Tomando-se a análise da aplicação de tratados da atual ordem jurídica internacional, vê-se que o plano internacional submete-se ao interesse interno, ainda que no plano externo haja uma base de consensualidade para aprovação e adoção de um

determinado acordo. Há, portanto, uma importante “cadeia de legitimidade” conectando ordem jurídica interna e externa (*idem*, p. 7).

Nesse sentido, Wolfrum questiona a legitimidade de tal corrente quando se estabelece relações com Estados não-democráticos, sobretudo porque o direito internacional não é provido de sanções automáticas contra Estados organizados em estrutura diferente daquela que vem sendo crescentemente exigida, qual seja, uma democracia representativa liberal de tipo ocidental.

Acrescente-se que este aspecto tem sido utilizado como argumento para intervenções internacionais violentas no âmbito interno de vários países, como se tem observado desde a Guerra do Golfo até a mais recente operação da OTAN contra o ditador líbio Muammar Gadafi. Isso evidencia a dificuldade de se estabelecer um sistema jurídico uno onde os sujeitos legitimados a construí-lo estão em igualdade jurídica, mas não de fato. De fato, existe uma enorme disparidade de poder entre os países, daí decorrendo uma imposição de vontade por parte das grandes potências.

Paralelamente a tais importantes questões acerca da legitimidade, a eficácia do direito internacional encontra ainda obstáculo na heterogeneidade do sistema internacional. Matz-Lück aponta para o crescente estabelecimento de cortes internacionais e outros mecanismos de regulação de disputas na ordem internacional como causa de uma fragmentação do direito internacional (MATZ-LÜCK, 2008, p. 99-121, *passim*).

A instalação de tribunais especializados e a superveniência de competência entre um tribunal e outro – sem que seja claramente atribuída uma competência para resolução de conflitos de competência entre tais tribunais – pode ensejar por parte do jurisdicionado a escolha do órgão jurisdicional que lhe possa ser mais benéfico¹⁵.

Em 2006, o Grupo de Estudos da Comissão de Direito Internacional da ONU apresentou relatório acerca da fragmentação do direito internacional. Não obstante o reconhecimento por parte da comissão da multiplicação de órgãos jurígenos e jurisdicionais no âmbito internacional, o relatório reconheceu a existência de um sistema legal internacional. Para a comissão, “o sistema internacional não é uma coleção aleatória de normas” (*apud* MATZ-LÜCK, *op. cit.*, p. 105).

Daí é que o autor reconhece, como o faz Bodansky (2008), a existência de diferentes bases de legitimidade na ordem jurídica internacional. Todavia, ainda que esse sistema não

¹⁵ Matz-Lück justifica a possibilidade de tal prática pelo fato de no sistema jurídico internacional não haver uma norma genérica de litispendência que impeça ou dificulte a proposição de ação da mesma lide em diferentes tribunais. Cf. MATZ-LÜCK, *op. cit.*, p. 102.

seja dotado da unidade e hierarquia no que concerne a produção e aplicação de normas, não se pode negar a sua existência. Para Matz-Lück, a fragmentação é inerente ao direito internacional. As regras são mais genéricas e aplicáveis, na maioria dos casos, entre as partes que se submeteram a adotá-las. Dessa forma, não se pode falar de um *corpus* normativo como se pode observar em ordenamentos jurídicos internos (MATZ-LÜCK, *op. cit.*, p. 107).

Apesar das limitações da fragmentação do direito internacional para sua legitimidade e eficácia, a crescente atividade jurisdicional tem levado a uma experiência de operacionalização do direito internacional que aponta para a construção de uma jurisprudência minimamente coerente (*ibidem*). Mesmo com os riscos de competição entre regras e organismos jurisdicionais no âmbito internacional, há também um importante desenvolvimento do internacionalismo jurídico e consequências a nível interno de cada país.

Justifica-se, portanto, a prática do direito internacional na medida em que ela proporciona legitimidade a um sistema jurídico em constante construção e que tem apontado gradualmente a uma conformação coerente. Assim observa Matz-Lück analisando a adoção de precedentes por diferentes cortes, e mesmos sistemas, do direito internacional (*idem, ibidem*).

Em consonância com esse posicionamento, Wolfrum entende que o direito internacional tem desenvolvido formas sutis de influenciar a organização jurídica e administrativa dos Estados, ainda que de forma indireta. Sob uma visão alargada do conceito de eficácia jurídica, esta seria já uma eficácia indireta do direito internacional (WOLFRUM, 2008, p. 10).

Por certo que estamos longe da construção de um sistema unificado de normas (substantivas e adjetivas) no âmbito internacional. Porém, muitos passos tem sido dados na construção de uma governança global que seja capaz de conferir legitimidade suficiente para operacionalização de um tal sistema. Diante da intensificação da vida social global e da afirmação de sujeitos de direito internacional que não os Estados, não há falar-se em retrocesso no que concerne à construção de um sistema de direito internacional.

Essa expansão foi tema do X Congresso Brasileiro de Direito Internacional, em 2012. Para Wagner Menezes, presidente da Academia Brasileira de Direito Internacional, organizadora do evento,

O fenômeno da internacionalização não é um ‘modismo’ do Direito e, sim, decorrência de uma nova realidade global, consolidada a partir da sociedade internacional contemporânea, que evolui para a maior institucionalização das

relações entre os Estados e engloba uma dinâmica agenda internacional, na qual são incorporados novos temas, mecanismos e atores. (MENEZES, 2011, p. 27)

A expansão do direito internacional acompanha o impulso dado pelo fenômeno da juridicização das relações sociais. Emmanuelle Jouannet argumenta que o direito e, nessa toada, o direito internacional têm-se expandido sobremaneira, alcançando o que a autora chama de “panjuridismo”, na medida em que o Direito é chamado a regular os mais diversos domínios da vida social. Jouannet alerta para o fato de que replicação de normas já em vigor no direito interno pelo direito internacional além das promessas ambiciosas que se tem defendido pode levar ao enfraquecimento do próprio direito internacional no que concerne à sua legitimidade e eficácia (JOUANNET, 2007, *passim*).

Certamente que o alerta de Jouannet não se aplica apenas ao direito internacional, podendo estender-se ao direito interno diante de fenômenos contemporâneos como a judicialização da política. Contudo não se pode deixar de considerar o fato de que o direito internacional tem realmente se desenvolvido a ponto de regular cada vez mais matérias, antes consideradas específicas demais para serem universalizadas por normas internacionais.

De toda forma, não se pode dar as costas para o avanço do direito internacional e sua paulatina presença do cotidiano forense. Recair na postura dos cétricos apontados por H. L. A. Hart que não consideram o direito internacional “direito” ou de adotar subterfúgios teóricos para justificar a validade do direito internacional com base em concepções construídas para explicar o direito interno não parece adequado.

Malgrado a evidente expansão do direito internacional, a pergunta lançada por Anthony D’Amato – a qual intitula célebre artigo de 1984 – ainda é respondida por muitos de forma negativa. D’Amato lança seu questionamento – “Direito internacional é realmente ‘Direito’?” – argumentando que os processos de aplicação do direito internacional são distintos, e contam muito mais com ações políticas para alcançar eficácia, o que não quer dizer que o Direito internacional não seja “Direito” (D’AMATO, 1985, *passim*).

O autor refuta a argumentação genericamente apresentada contra a juridicidade do direito internacional com base na alegada falta de eficácia coativa. Para D’Amato coação não é marca distintiva do Direito, portanto, não se pode argumentar pela inexistência do direito (internacional ou qualquer outro) pelo fato de não alcançar os fins pretendidos pelas normas estabelecidas. O autor sustenta que é possível imaginar uma sociedade idílica em que haja Direito e que não haja uso da força, nem mesmo sequer os aparelhos estatais para uso da força. Não havendo necessidade da coação, ela resta apenas como uma possibilidade, logo a coação não é intrínseca nem necessária à existência do Direito (*idem*, p. 1297).

Juntamente com esse argumento – e também o argumento de linguagem segundo o qual o autor afirma que as discussões jurídicas em torno do direito internacional já o conferem existência¹⁶ – D’Amato defende que a aplicação do direito deve ser observada sob o viés das prerrogativas que são conferidas aos participantes da sociedade jurídica (*entitlements*¹⁷) e que lhes são restringidos caso uma dessas partes violem as normas. Nesse sentido, torna-se mais fácil pensar em outras formas de sanção além da coação física, tais como sanções sociais, morais e políticas.

Em seu raciocínio, D’Amato considera os Estados como um conjunto de prerrogativas (*entitlements*) de diferentes matizes, dentre os quais os mais importantes são a inviolabilidade de fronteiras, o exercício da jurisdição e a proteção de seus nacionais quando estes estão além das fronteiras¹⁸. Cada novo Estado na sociedade internacional consente na aceitação do conjunto de prerrogativas (*entitlements*) que é inerente a cada Estado, de forma igualitária. Entretanto, as prerrogativas de um podem ser violadas por outro (e.g. violação da imunidade diplomática ao se atacar uma embaixada). Nesse contexto, D’Amato sustenta que um Estado atingido em um de suas prerrogativas pode retaliar em outra frente, visando a comprometer outra prerrogativa do Estado que o atacou.

Como exemplo, o autor apresenta o caso da ocupação da embaixada dos Estados Unidos, em Teerã (capital do Irã), em 1979. Esta foi considerada uma violação à prerrogativa imunidade diplomática. Como retaliação, os EUA não restringiram a mesma prerrogativa do Irã, ocupando sua embaixada em Washington ou expulsando os diplomatas iranianos do território estadunidense. Os EUA optaram por responder ao ataque restringindo (violando) a prerrogativa do Irã no que concerne ao uso de depósitos bancários no exterior. Dessa forma, os EUA “congelaram” aproximadamente treze bilhões de dólares iranianos depositados em bancos estadunidenses (*idem*, p. 1312).

Essa é uma forma muito comum de se atuar no âmbito do direito internacional, em que muitos aspectos de relações internacionais estão em jogo. D’Amato defende que é juridicamente possível a retaliação contra a violação de uma prerrogativa com a violação de uma prerrogativa de natureza diversa. D’Amato chama esse processo de “violação recíproca de prerrogativas” (*reciprocal-entitlement violation*), o qual seria o meio de coação do Direito internacional, que só em última instância opera com o uso da força. Isso não quer dizer que o Direito internacional seja ineficaz por isso.

¹⁶ *Idem*, p. 1301-1302.

¹⁷ Também se pode traduzir *entitlement* por “direito subjetivo”.

¹⁸ *Idem*, p. 1308.

Abordagens mais recentes têm buscado compreender a legitimidade e a eficácia do Direito internacional com base em critérios próprios a esse ramo do Direito. Nesse sentido, Andrew Guzman defende que o Direito internacional não pode ser dissociado da política internacional. O autor destaca que “o direito internacional tem o potencial de influenciar o comportamento dos Estados, mas ele sempre o faz em um contexto político.” (GUZMAN, 2008, p. 217)

Segundo a tese defendida por Guzman, uma violação ao Direito internacional pode custar ao Estado três custos, na seguinte ordem de grau de intervenção: reputação, reciprocidade e retaliação (os três Rs) (*idem*, p. 33-48). Essas formas de aplicação do Direito internacional coadunam-se com a ideia de violação recíproca de prerrogativas de D’Amato e colocam a questão da eficácia do Direito internacional em termos bem mais complexos do que a simples mensuração da aplicação de sanções diretamente previstas para o caso de inobservância a uma norma de suas normas.

Do ponto de vista da validade do Direito internacional, é mister lançar mão de concepções e fontes outras que não as estritamente jurídico-formais. A atribuição imperativa de uma norma fundamental como unificadora do ordenamento jurídico tem-se mostrado problemática. Ao contrário, a legitimidade e a eficácia dessas normas no contexto da sociedade internacional, compreendida com auxílio do olhar das relações internacionais, são conceitos de validade que se mostram apropriados. Análises factuais, que busquem descrever o Direito internacional a partir de suas práticas, de sua forma e de sua eficácia específica, contribuem para amadurecer a compreensão dos fenômenos do Direito internacional e certamente refutarão muitas das atribuições teorísticas que foram construídas sem o devido cotejo com a realidade.

Diante de todo o exposto e do irrefreável avanço do processo de internacionalização do Direito – consequência da intensificação dos processos de globalização e relativização da(s) soberania(s) – é desarrazoada qualquer tentativa de negar validade ao Direito internacional. E tão insensata quanto essa atitude é valer-se de instrumentos teóricos construídos para a análise do direito doméstico no intuito de compreender o Direito internacional. É preciso compreender esse ramo jurídico em suas especificidades.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A validade da norma jurídica (e do ordenamento jurídico) é conceito caro à Teoria Geral do Direito. Pela validade, pode-se afirmar a vigência da norma, ou seja, sua aptidão para incidir determinando uma conduta. Também pela via da validade busca-se chegar ao fundamento da norma, a razão pela qual ela encontra sua força para incidir. Outra importância atribuída à validade é o estabelecimento de critérios de unificação do ordenamento, a partir de um ponto de irradiação de normas.

O positivismo jurídico ressalta o conceito formal de validade como critério primordial. A partir da concepção de ordenamento jurídico escalonado, as normas encontram fundamento de validade naquelas que estão hierarquicamente acima, até alcançar a Constituição, norma que rege as demais no ordenamento. Acima da Constituição, haveria uma norma fundamental, pressuposta, que por sua vez lhe conferiria validade.

A compreensão da validade do Direito internacional requer um entendimento da soberania como o poder inerente ao Estado, a partir do qual a norma fundamental é engendrada. No âmbito interno, é possível estabelecer uma hierarquia de produção normativa a partir do Estado, haja vista que não há outras soberanias a competir com o poder Estatal (conferido pelo povo, por meio do contrato social). Assim, justifica-se conceber uma norma-ápice que coordena a produção e aplicação das demais. Todavia, afigura-se mais complexo o estabelecimento de um sistema jurídico hierarquicamente ordenado no âmbito da sociedade internacional – em que várias soberanias convivem no mesmo patamar hierárquico.

Uma análise da validade do Direito internacional – assim como de outras características desse ramo do Direito – devem levar em conta suas especificidades. A comparação do Direito internacional com o Direito doméstico no que concerne a sua estrutura e funcionamento (em suma, à sua forma) pode conduzir a equívocos.

Nesse contexto, outros conceitos de validade do Direito além dos critérios meramente formais são de grande relevância para identificar a validade das normas de Direito internacional. Os critérios social e ético apontados pela legitimidade e pela eficácia devem ser considerados.

Ademais, é importante ter em mente uma abordagem que considere as relações internacionais e suas peculiaridades. Nesse sentido, Anthony D'Amato (1985) e Andrew Guzman (2008) contribuem com a indicação de formas de aplicação do Direito internacional que demonstram sua eficácia, mas que não necessariamente seguem a lógica aplicada ao Direito interno.

A expansão do Direito internacional é fenômeno que se intensifica a cada dia, impulsionado pela intensificação do processo de globalização. A negação da validade do Direito internacional ou sua limitação a um modelo teórico estabelecido para explicar o Direito nacional padecem não apenas de insensatez, mas também de pungente anacronismo.

7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. Trad. Gercélia Bastista de O. Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. São Paulo: Edipro, 2001.

_____. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 6.ed. Brasília: UnB, 1995.

BODANSKY, Daniel. The concept of legitimacy in International Law. *In*: WOLFRUM, R.; ROSEN, V. (orgs.). **Legitimacy in International Law**. Heidelberg: Springer, 2008, pp. 309-317.

BODIN, Jean. **Les six livres de la République**. Édition et présentation de Gérard Mairat. Paris: Librairie générale française, 1993.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CONDORELLI, Luigi; CASSESE, Antonio. Is Leviathan still holding sway over international dealings? *In*: CASSESE, Antonio (org.). **Realizing utopia: the future of international law**. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 14-25.

D'AMATO, Anthony. Is international Law really 'Law'? **79 Northwestern University Law Review**, Dec. 1984/Feb. 1985, p. 1293-1314.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio Ferraz. **Introdução ao Estudo do Direito**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GUZMAN, Andrew T. **How international Law works: a rational choice theory**. New York: Oxford University Press, 2008.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Trad. Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

JOUANNET, Emmanuelle. A quoi sert le droit international? Le droit international providence du XXème siècle. **Revue belge de droit international**, 2007/1, Bruxelas: Bruylant, p. 5-51.

KARNS, Margaret P.; MINGST, Karen A. **International Organizations: the politics and processes of global governance**. 2a ed. Londres: Rienner, 2010.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 8 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

_____. **Teoria geral do direito e do estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. Porque a lei deve ser obedecida? *In: O que é justiça?* 3 ed. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

MACHADO, Hugo de Brito. **Uma introdução ao estudo do direito**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MATZ-LÜCK, Nele. Promoting the unity of International Law: Standard-setting by international tribunals. *In: WOLFRUM, R.; ROSEN, V. (orgs.). Legitimacy in International Law*. Heidelberg: Springer, 2008, p. 99-121.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. vol.1. 15 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

MENEZES, Wagner. Direito internacional: temas e perspectivas globais. **Revista Jurídica Consulex**. Ano XV, n. 357, pp. 26-28, 1º dez. 2011.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Campinas: Bookseller, 1999.

NINO, Carlos Santiago. **Introdução à análise do Direito**. Trad. Elza Maria Gasparotto. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROCHE, Jean-Jacques. **Théories des relations internationales**. 7ed. Paris: Lextenso, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. **O fator Julia Roberts ou quando o Supremo Tribunal erra**. Site Consultor Jurídico. Seção Senso Incomum, 25 out. 2012. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2012-out-25/senso-incomum-fator-julia-roberts-ou-quando-supremo-erra> >. Acesso em 25 jan. 2013.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Teoria pluriversalista do Direito Internacional**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

UIA - UNION OF INTERNATIONAL ASSOCIATIONS. **Yearbook of International Organizations 2012/2013**. Volume 1: Organization descriptions and cross-references. 49. ed. Bruxelas: UIA, 2012.

VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da Norma Jurídica**. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

WEBER, Max. **Economia e Sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. V. 2. Brasília: Editora UnB, 1999.

WOLFRUM, Rüdiger. Legitimacy of International Law from a legal perspective: some introductory considerations. In: WOLFRUM, R.; ROSEN, V. (orgs.). **Legitimacy in International Law**. Heidelberg: Springer, 2008.