

HANS KELSEN E A TEORIA PURA DO DIREITO INTERNACIONAL

POR JOSÉ SETTE CAMARA FILHO

OS adversários do positivismo jurídico de Kelsen batem sempre na mesma tecla: reconhecendo embora a majestade do edifício construído pela Escola Normativa de Viena, acusam-no de ser uma construção cerebrina, afastada da "realidade jurídica", pendurada sobre o vácuo pelo elo frágil de "uma norma fundamental hipotética"¹. Afastando-se do fluxo dos fenômenos sociais, determinados pelos fatores políticos, sociológicos e morais, Kelsen não conseguiu apreender a "realidade jurídica viva"², escravizado à estreiteza de um método excessivamente rígido.

Já é tempo de por-se um termo à tendência das chamadas escolas sociológicas do direito, que têm a sua origem próxima na revolução operada pela obra de F. Gény "Méthodes d'Interprétation et Sources en Droit Positif", publicada, pela primeira vez em Paris, em 1899, a qual deflagrou a reação contra a doutrina tradicional da lei como fonte por excelência do direito. Dêsse ponto de partida, pondo em relêvo o costume e a fôrça criadora do direito, que emana dos fatos sociais, chegou-se ao excesso da Escola do Direito Livre, de Kantorowicz³ e seus discipulos que enxotaram a lei para a posição modesta

(1) Paul Roubier, «Théorie Générale du Droit», Paris, 1946, pág. 62.

(2) Paul Roubier, op. cit., pág. 59.

(3) H. Kantorowicz, «Der Kampf um die Rechtswissenschaft», Heidelberg, 1906.

de fonte formal do direito, em contraposição às fontes reais, produto do fator social, obra exclusiva da sociedade e não do estado.

O direito é uma realidade essencialmente subjetiva, que só se exterioriza através da conduta humana. O estado, que em última análise, se identifica com o direito, só existe em função da conduta humana, determinada pela imperativo categórico da coerção. Assim, o estudo do direito, ciência normativa, só pode ser empreendido através dos instrumentos proporcionados pela cognição racional humana. Os que insistem em derivar o direito da "realidade social", do fluxo dos fatos sociais, se desorientam na estrada a que os conduziu um método destinado ao conhecimento de fatos e não de relações hipotéticas entre seres humanos.

De acôrdo com os ensinamentos de Kelsen, o jurista tem que lidar com o direito apenas. Ver-se-á êle na obrigação de salvaguardar a unidade e a pureza do método especial do estudo do direito, o método jurídico. Só assim conseguirá fazer uma ciência pura do direito, uma ciência escoimada de quaisquer elementos metajurídicos¹. A Filosofia do Direito não poderá jamais ser abordada pelos métodos usados no estudo das ciências naturais. E' antes de tudo uma ciência do espírito (*Geisteswissenschaft*).

O primeiro mérito de Hans Kelsen foi o de delimitar o campo da ciência do direito, definir-lhes as fronteiras, até agora muito flúidas com relação à sociologia. Essa monumental *actio finium regendorum*² conseguiu êle le-

(1) Joseph Kunz, «The Vienne School and International Law», New York, 1943, pág. 6.

(2) Joseph Kunz, op. cit. pág. 7.

var a bom t ermo. Definindo os limites da Filosofia do Direito, Kelsen isolou-a, do mesmo passo, de outras ciências fronteiriças que não a Sociologia, quais sejam a Biologia e a Psicologia. O homem da Biologia e o homem da Psicologia nada t em a ver com o homem-pessoa do direito, cria o do direito mesmo. Como veremos mais adiante, Kelsen logrou desmoralizar o tradicional dualismo pessoa-física pessoa-moral, mostrando que para o direito t odas as pessoas são pessoa jurídicas. A delimita o dos campos da Psicologia e do direito   de suma importancia. A regra jurídica tem seu sentido próprio, não dependendo da percep o dos homens. Psicologicamente seria impossível a justifica o do postulado "ignorantia juris non nocet". Na esfera da realidade humana eu não conhecia a lei. No entanto, sou responsável, por isto que a lei estabeleceu uma presun o, segundo a qual eu deveria conhecê-la. Aqui está patente a distin o entre a validade (Geltung) da norma jurídica e a questão absolutamente metajurídica de saber-se qual a rea o dos s eres humanos em face dela.

Kelsen   um kantiano, no que toca ao método. A sua teoria do direito não   mais uma tentativa de aplica o do método transcendental de Kant ao terreno do direito, onde o filósofo de Koenigsberg se ateve às doutrinas tradicionais. Kant se manteve fiel ao jusnaturalismo tradicional, enquanto Kelsen, usando como ponto de partida o contraste fundamental entre os conceitos de *sein* (ser) e *sollen* (deve ser)¹, realizou a crítica da cogni o do direito. O método transcendental kantiano,

(1) Hans Kelsen, «Der Soziologische und der Juristische Staatsbegriff», Tübingen, 1922, pág. 75 e segs.

adotado por Kelsen, é anterior à experiência, embora se atenha sempre à experiência possível. Não se trata de um método transcendente, que vise a um objeto metafísico, ultrapassando a experiência. Antecede a experiência mas não se alheia dela. A unidade e a pureza do método e a perfeita delimitação de fronteiras são características essenciais da especulação kantiana, como da kelseniana.

O direito, para Kelsen, é uma ordem que aponta a cada membro da comunidade os seus deveres e portanto, a sua posição na comunidade, por meio de uma técnica específica, mediante um ato de coerção, uma sanção dirigida contra o membro da sociedade que falte ao dever. Para a definição do direito, é essencial a idéia da coerção, da sanção, que é, segundo Kelsen, a técnica específica do direito. A sanção, como característica primeira do direito, é um dos pontos fundamentais da doutrina da Escola de Viena. A afirmação usual que uma determinada conduta humana requer a aplicação de uma sanção porque implica num delito é errônea. Na realidade tal procedimento é um delito por isto que envolve a aplicação de uma sanção. A sanção precede o delito¹. Kelsen combate a velha distinção entre *mala in se* e *mala prohibita*. Não há o crime em si. Existem tão somente os *mala prohibita*. Essa distinção apenas vale enquanto se estiver imbuído de preconceitos estranhos ao direito e

(1) Hans Kelsen, «General Theory of Law and State», Harvard University Press, 1945, pág. 51. Hans Kelsen, «Théorie Générale du Droit International Public», in «Recueil des Cours», vol. 42, 1932, IV, pág. 124: «Com efeito tal é a forma essencial de uma regra de direito, — unir dois fatos dos quais um é a conduta socialmente nociva, o «ilícito» (Unrecht) e o outro a sanção (Unrechtsfolge)».

pertinentes ao campo da moral. Aliás, o revelho brocardo do direito criminal *nulla poena sine lege, nullum crimen sine lege* "não é mais do que a afirmação da inexistência dos *mala in se*. Kelsen não faz mais do que estender a todo o campo do direito um princípio até agora pacificamente aceito pelo direito criminal. Assim, do exposto, pode-se deduzir a definição de delito do mestre: "Delito é o procedimento do indivíduo contra quem a sanção, como consequência do seu procedimento, é dirigida"². Muitas vezes o delito é objeto de condenação religiosa e moral, do mesmo passo que jurídica. E', entretanto, básico para a compreensão da doutrina da Escola Normativa o abandono das noções de "mal", "erro" e "pecado", absolutamente estranhas ao direito.

A motivação indireta da conduta humana é a mola do direito. O homem age de tal ou qual maneira não pela tendência natural a obedecer a lei, mas por isto que a lei comina tal pena, ou proporciona qual recompensa para a sua conduta. A técnica do castigo é muito mais frequente que a da recompensa. Consiste o castigo em privar o violador da lei de alguma coisa que seja objeto da sua posse: vida, saúde, liberdade ou propriedade. A sanção deve o seu caráter coercitivo ao fato de se processar geralmente contra a vontade do indivíduo. Uma ordem social que procura determinar a conduta dos seus indivíduos componentes através de medidas de coerção é a chamada ordem coercitiva. Assim, chegaremos à definição de sanção, formulada por Kelsen desta maneira: "Sanção, socialmente organizada, é um ato de coerção, que um indivíduo, determinado pela ordem social,

(2) Hans Kelsen, «General Theory of Law and State», pág. 54.

aplica sôbre o indivíduo responsável pela conduta contrária à ordem¹. A sanção legal pode ser distinguida da sanção transcendente, — a doença ou a morte do peccador, ou a punição póstuma, por isto que é um ato da comunidade legal e não de uma autoridade super-humana. Nota Kelsen² que o delito é da mesma natureza do instrumento específico da ordem coercitiva, ou seja a sanção.

Destarte, utilizando elementos puramente jurídicos, Kelsen procura assentar tóda a sua teoria pura do direito em uma base escoimada de juizos substantivos de valor, como seja, por exemplo, a idéia de Justiça. Kelsen nega a existênciã dessa ordem naturalmente bôa, absolutamente justa, por isto que é ininteligível ao conhecimento humano. Afirmar-se a existênciã da Justiça e aceitar-se, ao mesmo tempo, a impossibilidade de definí-la é uma descabelada contradição. Justiça é uma idéia irracional. Do ponto de vista da cognição racional existem apenas interêsses e conflitos de interêsses. Os juizos baseados no ideal transcendente da Justiça não podem ser verificados objetivamente. Portanto uma “ciência” do direito não poderá aceitá-los¹. Fundam-se em ideologias, que não são, como os juizos jurídicos de valor, paralelas a uma realidade social definida². O problema do jurista é “Quid juris”? O problema do moralista é “Quid est justum”? A doutrina tradicional confunde a realidade jurídica com um ideal de direito em termos utópicos. A doutrina jusnaturalista é, assim, a justificação racional de um

(1) Hans Kelsen, *Ibidem*, pág. 20.

(2) Hans Kelsen, *Ibidem*, pág. 21.

(1) Hans Kelsen, *Ibidem*, pág. 49.

(2) Hans Kelsen, *Ibidem*, pág. 49.

postulado baseado num desejo, como o de que todos os homens sejam bons. E' atribuir a regulamentação definitiva do procedimento humano a uma fôrça imanente na natureza do homem, por vontade humana ou por determinação divina. A doutrina do direito natural parte da afirmação de uma ordem reguladora das relações humanas, diferente do direito positivo, acima dêste e absolutamente válida e justa, porque emanando da natureza, da razão humana, ou da vontade de Deus. No fundo a idéia de direito natural se confunde com o conceito de Justiça mesmo. São fórmulas transcendententes, como o *suum cuique tribuere* do direito romano, ou o imperativo categórico de Kant. *Suum cuique tribuere*. E que é o "seu" de cada um? Quais são os princípios gerais que determinam a boa conduta dos homens? Em última análise a resposta só será dada pelo direito positivo. Portanto, os conceitos absolutos de Justiça e do direito natural, levados às suas consequências últimas, justificarão qualquer ordem legal e admitirão a justeza de qualquer ordem jurídica. Kelsen não é um adversário da doutrina do direito natural. Para êle os jusnaturalistas não especulam no terreno jurídico e sim no campo da moral ou da metafísica. Os conceitos de Justiça e de direito natural são absolutamente estranhos ao terreno do direito. Para êles não há lugar em uma verdadeira ciência do direito.

Um dos pontos mais controversos da teoria geral do direito é a distinção entre direito público e direito privado. Kelsen procura colocar a questão em termos positivos. Só aceita a distinção enquanto ela tenha um sentido de relação de derivação e de hierarquia. O direi-

to privado regula relações entre sujeitos em igualdade de condições, enquanto o direito público regula relações entre superior e inferior. No direito privado, cuja instituição típica é o contrato, prevalece o princípio da autonomia, ao passo que no direito público domina o princípio da heteronomia¹.

As regras de direito, quando válidas, são normas que estipulam sanções para a conduta humana que acaso lhes seja contrária. Assim, uma norma é uma ordem obrigatória partida de uma entidade autorizada. É impessoal e anônima, isto é, não visa a determinado indivíduo, nem sua força obrigatória emana da vontade de um ser humano. Há muito de verdade no velho brocardo "**Non sub homine sed sub lege**". Geralmente a validade da norma decorre de outra norma. O mandamento "Não matarás" encontra a razão de sua força obrigatória em outra regra mais geral, que é: "Obedecerás aos mandamentos de Deus". Esta será a norma última, evidentemente válida por si mesma. É o que Kelsen chama de norma básica (Grundnorm), uma norma cuja razão de validade não decorre de outra superior. O conjunto de normas vinculadas, pela origem, a uma mesma norma básica constitui um sistema de normas, ou seja, uma ordem. Há um sistema estático de normas e um sistema dinâmico de normas. No primeiro os indivíduos sujeitos ao sistema "devem" proceder de acordo com a norma, em virtude do seu conteúdo mesmo, de vez que ela possui uma qualidade evidente, capaz de garantir a sua própria obediência. Aí as normas derivam da norma

(1) Hans Kelsen, «Allgemeines Staatslehre», Berlin, 1925, pág. 80.

básica como o particular deriva do geral. O que há de característico em um sistema estático de normas é que tôdas as normas particulares poderão ser deduzidas, por meio de uma operação intelectual simplesmente, isto é, pela inferência do geral ao particular. No sistema dinâmico de normas, as regras não podem ser deduzidas pelo raciocínio apenas. A norma básica estabelece uma autoridade, que por sua vez delega o poder de criar normas a outras autoridades. "As normas de um sistema dinâmico têm que ser criadas através da vontade de indivíduos autorizados a criar normas por alguma norma superior¹". Portanto, num sistema dinâmico a "Grundnorm" será a regra fundamental de acôrdo com a qual as normas do sistema deverão ser "criadas". O direito, criado pelos homens investidos da função de criá-lo, por artes de uma determinada norma, se enquadra no sistema dinâmico de normas. E' sempre direito positivo e a sua positividade repousa no fato de, ser criado ou anulado por atos de sêres humanos, diferentemente da moral, quando se aceita como "Grundnorm" a vontade de uma autoridade extra-humana e super-humana. E' fundamental para a compreensão do raciocínio kelseniano a distinção entre validade e eficácia da norma. Validade (Geltung) significa que a norma é obrigatória, que os homens devem proceder de acôrdo com o que é nela prescrito. Eficácia (Wirkung)² quer dizer que os homens procedem, de fato, de acôrdo com o preceito da norma, que as normas são verdadeiramente obedecidas e

(1) Hans Kelsen, «General Theory of Law and State», pág. 112-113.

(2) Hans Kelsen, «Hauptprobleme der Staatsrechtslehre», 2ª. ed., Tübingen, 1923, pág. 7.

aplicadas. Assim, a validade da norma é conceito compreendido dentro da esfera do "sollen", portanto dentro das fronteiras das ciências normativas, enquanto que a eficácia pertence ao campo do "sein", dos fatos, dentro dos limites das ciências naturais, no sentido mais amplo da expressão. A eficácia é uma condição da validade, mas jamais a razão dela. Ou, para usar as palavras de Kelsen: "A norma não é válida porque eficaz. E' válida se a ordem a que pertence, no todo, é eficaz³".

Outra distinção importante é a que Kelsen estabelece entre norma primária (primare Norm) e norma secundária (sekundare Norm). A norma primária comina uma sanção para determinada conduta humana. A secundária prescreve aos homens a conduta que está em contradição com o delito. Assim, a norma primária só pode ser "válida" para órgão que aplica a sanção. Apenas a norma secundária poderá ser obedecida ou desobedecida pelo sujeito das normas. Jamais a primária, que não é atingida diretamente pela sua conduta¹.

Há uma hierarquia das normas. A unidade da ordem jurídica é uma relação de delegação progressiva (Erzeugungszusammenhang). As diferentes normas de uma ordem jurídica não permanecem no mesmo nível, numa relação puramente horizontal. A ordem jurídica é uma gradação de "strata" de normas, que estão umas para as outras em relação de sub e supra ordenação. Aí está a concepção da pirâmide do direito (Stufenbau des Rechts) da Escola de Viena. No ápice da pirâmide

(3) Hans Kelsen, «Hauptprobleme», pág. 14.

(1) Hans Kelsen, «Allgemeines Staatslehre», pág. 51.

de uma ordem legal, na forma da estrutura das ordens legais existentes atualmente, está a constituição, a primeira constituição, da qual derivaram, porventura, outras, ponto a que tôdas as outras normas se prendem através da relação de derivação. Acima ainda da primeira constituição, paira o postulado da sua validade. A verdadeira "Grundnorm" de uma ordem jurídica nacional é, portanto, a pressuposição da validade da primeira constituição². Essa ordem jurídica nacional, a pirâmide de normas que se ligam tôdas, direta ou indiretamente à "Grundnorm" da validade pressuposta da primeira constituição². Essa ordem jurídica nacional, a pirâmide a essa conclusão, Kelsen revê o problema da conceituação das pessoas em direito. "Na realidade", argumenta ele³, "a pessoa de direito, *latu sensu*, não é uma entidade diferente de seus direitos e deveres, mas nada menos que a sua unidade personificada, ou, desde que os direitos e deveres decorrem tão somente de normas legais, a unidade personificada de um conjunto de normas legais. No que toca ao direito, a pessoa física não é uma realidade natural, mas sim uma construção do direito mesmo. Não pertence ao campo dos fenômenos naturais, ao terreno do "sein". É um conceito jurídico, existe em termos de "sollen" apenas. A pessoa física é a personificação de um conjunto de normas legais, que regulam a conduta de um determinado ser humano. O homem do direito nada tem a ver com o homem da Biologia ou da Psicologia. Se Kelsen tal afirmou com relação à pessoa física, com muito maiores razões pôde

(2) Hans Kelsen, «General Theory of Law and State», pág. 116.

(3) Hans Kelsen, *Ibidem*, pág. 93.

patentear o absurdo da doutrina tradicional sôbre a pessoa jurídica. Na concepção da Escola de Viena é ponto pacífico que apenas o procedimento de seres humanos pode ser regulado por uma ordem legal¹. A verdadeira realidade na estrutura da pessoa jurídica são os indivíduos que a compõem. Êsses indivíduos, entretanto, se vêm na posição de agir como membros da corporação, enquanto o seu procedimento corresponder à ordem especial que constitui a pessoa jurídica. Esta só existirá se houver uma ordem ou sistema especial de normas regulando a conduta dos indivíduos membros. Do ponto de vista jurídico, o homem, como ser biológico, não interessa. Assim, numa pessoa jurídica o que existe é a ordem normativa regulando o procedimento de alguns indivíduos. A associação ou comunidade "constituída" pela ordem se identifica com a ordem mesma, é claro. Em outras palavras, a pessoa jurídica é a personificação de uma ordem regulando o procedimento de vários indivíduos, enquanto membros dessa ordem. É o que Kelsen chama de personificação de uma ordem jurídica parcial (*die Personifikation einer Teilrechtsordnung*)².

Afirma Kelsen que a noção de corporação como ser real, com uma vontade própria diversa da dos indivíduos componentes, tão comum nas "ficções" da teoria tradicional, está no mesmo nível das crenças animistas que levaram o homem primitivo a dotar as coisas da natureza de uma alma¹. O estado, a comunidade criadora de uma

(1) Hans Kelsen, «Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts», Tübingen, 1920, pág. 131.

(2) Hans Kelsen, «Allgemeines Staatslehre», pág. 66.

(1) Hans Kelsen, «General Theory of Law and State», pág. 108.

ordem jurídica nacional, é uma pessoa jurídica. Assim, o estado se identifica com a sua ordem jurídica, como a corporação não se distingue da sua ordem constitutiva². O dualismo estado-direito é absolutamente indefensável. Se existir uma unidade sociológica Estado, ela suporá a existência prévia da entidade jurídica Estado. O verdadeiro conceito jurídico de Estado é a ordem legal centralizada. A definição lugar-comum de Estado como sociedade politicamente organizada é leviana. Onde está o caráter político dessa organização? O fato de que ela é uma ordem coercitiva, responde Kelsen³. E' absurdo falar-se de poder atrás do direito. O direito é o poder mesmo, visto como a coerção é a sua técnica específica. Da mesma maneira que Deus, como pessoa, — do ponto de vista da cognição racional e não no da metafísica religiosa, é a personificação de uma idéia, a antropomórfica expressão de sua unidade, assim, o Estado como pessoa jurídica da doutrina tradicional é a personificação antropomórfica da ordem legal⁴. Esse conceito de Estado é um produto típico do que Kelsen chama de teologia política⁵. Uma conclusão necessária da teoria do Estado do mestre é que o tempo passará a ser considerado como elemento do Estado, da mesma maneira que o espaço (território). Isto no sentido que há uma esfera de validade temporal, que corresponde à esfera da validade espacial de uma ordem jurídica. Assim como o Estado não

(2) Hans Kelsen, «Der Soziologische und der Juristische Staatsbegriff», pág. 86.

(3) Hans Kelsen, «General Theory of Law and State», pág. 190.

(4) Hans Kelsen, «Law and Peace in International Relations», Harvard University Press, 1942, pág. 74.

(5) Hans Kelsen, *Ibidem*, pág. 74.

é infinito no espaço, não é eterno no tempo. E' justamente o direito internacional que delimita ambas as esferas de validade da ordem legal nacional, ou seja a questão da validade espacial e a do nascimento e desaparecimento de Estados. A delimitação espacial tem um caracter puramente normativo. O território do Estado é o espaço dentro do qual os seus atos coercitivos podem ser aplicados, o espaço dentro do qual os órgãos estatais estão autorizados pelo direito internacional a executar a ordem legal nacional.

A idéia de que o Estado tem deveres e direitos fundamentais, além do direito costumeiro internacional e dos tratados internacionais, não é senão uma aplicação da doutrina do direito natural às relações entre os Estados. Essa posição é logicamente impossível. Os princípios legais não podem jamais ser pressupostos por uma ordem legal. São produtos dessa ordem. De fato, a criação do direito positivo não é uma criação *ex nihilo*. O legislador e o costume são dirigidos por alguns princípios gerais de ordem moral ou política e não legal. Tais princípios não podem, portanto, impor deveres ou conferir direitos aos homens. Os direitos e deveres fundamentais do Estado só são direitos e deveres se são previstos pelo direito internacional costumeiro¹.

Na concepção monista do direito não há fronteiras entre o direito nacional e o direito internacional. Estados têm sido criados por um tratado internacional e confederações de Estados já foram criadas por um ato legislativo. A diferença entre direito nacional e direito

(1) Hans Kelsen, «General Theory of Law and State», págs. 248-250.

internacional é relativa. Consiste, em primeiro lugar, no grau de centralização e descentralização do processo de criação e execução do direito. O direito internacional, como o nacional, define o seu próprio *processus* de criação. Quando dois Estados concluem um tratado, funcionam como órgãos do direito internacional. Os representantes dos Estados contratantes juntos formam um órgão composto, que cria a norma contratual. É um órgão da comunidade internacional, constituída de acôrdo com o direito internacional mesmo. Os representantes dos Estados contratantes são órgãos-parte dêsse órgão composto. Logo o representante de cada Estado é primeiramente um órgão parcial da comunidade internacional e apenas secundariamente um órgão do seu Estado. A doutrina tradicional, reverenciando o dogma da soberania absoluta, diz que os estados individuais criam o direito internacional através do tratado. Na realidade é a comunidade internacional que, usando os estados como órgãos seus, cria o direito internacional, da mesma maneira que, na comunidade nacional, o estado, por seus órgãos, cria o direito nacional. O estado é um órgão do direito internacional e isto exprime apenas o fato que a ordem legal nacional é organicamente ligada à ordem legal internacional e, através dessa ordem, a cada outra ordem legal nacional, de maneira que tôdas as ordens legais se fundem num sistema legal íntegro¹. Essa concepção monista do direito, adotada pela Escola de Viena, é sobretudo devida a Alfred Verdross, que, em 1914, adaptou as idéias de Kelsen ao campo do direito internacional. Kelsen, nos seus primeiros trabalhos, o "Haupt-

(1) Hans Kelsen, «General Theory of Law and State», pág. 354.

probleme der Staatsrechtslehre" e o "Ueber Staatsunrecht", publicados pela primeira vez em 1913, professava ainda uma doutrina nitidamente dualista. Já na sua segunda obra de fôlego, o "Das Problem der Souveränität und die Theorie des Volkerrechts", editada em 1920, Kelsen sustenta uma teoria monista, mostrando o quanto existe de fictício nas teorias do chamado consentimento mútuo, quer sob a forma de "contrato social" da "Gemeinwille", quer sob o aspecto do totalitarismo benevolente da teoria da auto-limitação (Selbstverpflichtung) dos estados, de Georg Jellinek. Incapazes de fundamentar em bases científicas o direito internacional, essas doutrinas voltaram à negação completa de sua existência, às idéias de John Austin¹, que proclamou a impossibilidade de um direito sem sanção. Constrói, então, Kelsen uma teoria do direito internacional em bases rigorosamente científicas.

Para a compreensão da doutrina kelseniana do direito internacional é indispensável aceitar-se a sua dicotomia em direito internacional geral e direito internacional particular: "o primeiro é o direito costumeiro, válido para todos os estados que pertencem à comunidade internacional. O direito internacional particular, criado pelas convenções e tratados, é válido apenas para alguns estados, que participam, como órgãos da comunidade internacional, da criação de certas normas especiais. Não existe ainda, diga-se de passagem, tratado internacional concluído pela totalidade dos estados, ou seja direito internacional geral criado por tratado internacional. Mes-

(1) John Austin, «Lectures on Jurisprudence», 5ª. ed., 1885, I, 173.

mo os tratados que lograram ser ratificados por um grande número de estado, tais como o Pacto da Liga das Nações, o Pacto Kellog e a Carta das Nações Unidas, não conseguiram a universalidade que os erigiria em direito internacional geral².

Podem-se encontrar traços da dicotomia do direito internacional em geral e particular nos primeiros clássicos do direito das gentes. Assim, localizamos em Vitória¹ a seguinte passagem: "...A isto respondemos com a suposição que o **Jus Gentium** é bipartido, tal como o direito positivo: existe uma espécie de direito positivo oriunda dos acordos privados e uma outra originária do consenso público".

Os tratados têm sido considerados por muitos autores como as fontes únicas do direito internacional. Afir-mam êles a inexistência do direito internacional geral de Kelsen, já percebido por Vitória, como acabamos de mostrar. Kelsen classifica essa atitude como um voluntarismo extremado. Com o propósito de manter o mito da "vontade livre" de cada estado, vale dizer, a sua soberania absoluta, e de negar qualquer ordem jurídica superior ao estado, desenvolveram os autores essa teoria, que é a negação mesma do direito internacional. A evasiva de considerar os costumes internacionais como um tratado tácito não é, de nenhum modo, convincente. Tratados só obrigam os Estados signatários. O direito consuetudinário internacional, direito 'internacional ge-

(2) Hans Kelsen, »Law and Peace in International Relations», pág. 31.

(1) Francisco de Vitoria, «De Jure Gentium et Naturali», Apêndice «E», do «Francisco de Vitoria and his Law of Nations, de John Basset Moore, pág. CXII.

ral, obriga ainda os Estados que não existiam ao tempo em que se criou a norma.

Deve-se entender todo o direito positivo, a ordem legal internacional, tanto quanto as ordens jurídicas nacionais, como um sistema jurídico único e universal². É a concepção monista do Direito. Dentro desse sistema, as normas do chamado direito internacional geral são as normas centrais, válidas para um território que compreende os de todos os estados existentes e para os territórios onde estados poderão um dia existir. As ordens jurídicas estatais são ordens jurídicas parciais dentro da ordem jurídica universal. Suas normas são locais, por isto que espacialmente limitadas, como as do chamado direito internacional particular, criadas pelos tratados internacionais. As normas do direito internacional geral são inferiores em número e importância às do direito internacional particular. Assim, dentro da ordem jurídica

(2) Elementos de técnica legal, pelos quais o direito internacional é distinguido do direito nacional: O direito internacional: 1) Obriga e autoriza indivíduos não diretamente, mas apenas indiretamente. 2) Reconhece a responsabilidade coletiva e não a individual. 3) Não reconhece a responsabilidade por falta (culpabilidade), mas, tão somente, a responsabilidade absoluta. 4) Não distingue entre sanção punitiva e execução civil. 5) Não estabelece equivalência entre o delito e a sanção. 6) É caracterizado pela descentralização no ponto de vista estático, isto é, as normas locais superam as centrais, as regras de direito internacional particular são mais numerosas que as de direito internacional geral. 7) É marcado pela descentralização no sentido dinâmico, isto é; a) A criação do direito é descentralizada, tratados e costumes sendo as fontes do direito internacional; b) a aplicação do direito é descentralizada, isto é, não há côrtes internacionais de jurisdição compulsória; c) a execução da sanção é descentralizada, prevalecendo o princípio da justiça feita com as próprias mãos.

(Hans Kelsen, «Law and Peace in International Relations», pág. 122).

universal as normas locais superam claramente as centrais. A ordem jurídica internacional é extremamente descentralizada. As suas normas obrigam e autorizam diretamente os estados apenas, vale dizer que o direito internacional regula o procedimento de indivíduos indiretamente, através das ordens jurídicas nacionais. A descentralização da ordem jurídica internacional ainda é mais notável no seu aspecto dinâmico: no direito internacional geral a criação e a aplicação do direito são relegadas inteiramente aos sujeitos, ou sejam, os estados¹. Costumes e tratados, ambos processos descentralizados de criar direito são as fontes do direito internacional, é sabido. Também a sua aplicação é descentralizada. A sanção do direito internacional fica na mão dos sujeitos, como veremos adiante. Em suma, a descentralização é a técnica característica do direito internacional.

O procedimento humano regulado por um norma consiste de dois elementos: um material e outro pessoal. Material é a ação ou omissão requerida pela norma. Pessoal é a determinação da pessoa que deve praticar ou abster-se de praticar a ação prevista pela norma, a designação de seu sujeito enfim. As normas do direito internacional são normas incompletas: contêm geralmente apenas o elemento material. Completam-se com as normas da ordem jurídica nacional, que determina o elemento pessoal. Há, entretanto, algumas normas de direito internacional que são completas, isto é, que contêm o elemento pessoal e o material. Assim, a regra que proíbe a pirataria é uma regra perfeita de direito internacional.

(1) Hans Kelsen, «General Theory of Law and State», pág. 326.

Existem normas essencialmente de direito internacional, que dizem respeito a assuntos que apenas podem ser regulados pelo direito internacional, não admitindo intromissão do direito nacional. A delimitação normativa das esferas de existência dos estados, que por si só faz possível a coexistência pacífica dos estados, lado a lado, como sujeitos iguais, não pode, evidentemente, ser conseguida através de normas nacionais, através da ordem legal de um estado, pois cada ordem estatal é limitada na sua validade ao território e ao povo de seu círculo espacial apenas. A norma tem que ser oriunda de uma ordem legal cuja esfera de validade pessoal e territorial compreenda a esfera de validade pessoal e territorial de tôdas as ordens legais nacionais. Essa delimitação é função essencial do direito internacional¹.

A coerção é a técnica característica do direito. Assim, nas palavras de Kelsen: "...se é possível descrever o material que se apresenta como direito internacional de maneira que o emprego da força de um estado contra o outro possa ser interpretado apenas como delito ou sanção, então o direito internacional é direito, no mesmo sentido do direito nacional"². Já vimos que no harmonioso sistema kelseniano o ato coercitivo só aparece como delito ou como sanção. Há um delito no direito internacional? O delito só é possível se o direito internacional comina uma sanção para determinado procedimento, conceituado como delituoso. É a sanção que pre-existe ao delito e não vice-versa. No Direito Internacional a sanção se processa pela guerra e pelas

(1) Hans Kelsen, *Ibidem*, pág. 349.

(2) Hans Kelsen, *Ibidem*, pág. 328.

represálias. Marte aparece, desta maneira, transfigurado em uma espécie de Janus, um deus bifronte. Ou a guerra é um delito, quando importa em um mal gratuito levado a efeito por um estado contra o outro, ou é a reação justa do estado ofendido¹. Volta Kelsen à noção, clássica em Direito Internacional, da *bellum justum*, para fundamentar o seu conceito de sanção. A *bellum justum* está bem definida no "De Jure Belli" de Francisco de Vitória²: "Há apenas uma e tão somente esta causa para começar uma guerra justa: Um mal recebido. A prova dessa asserção repousa, em primeiro lugar na autoridade de Sto. Agostinho (Liber 8, "Quaestiorum") e São Tomás ("Secunda Secundae", Questio 40, art. I) e na opinião geral dos doutores da Igreja. Não pode existir vingança onde não houve mal ou falta anterior, logo... Também um Príncipe não tem mais autoridade sôbre os forasteiros que sôbre os seus próprios súditos, a menos que tenham cometido falta. Logo tão pouco sôbre os estrangeiros. Isto é confirmado pelo texto já citado de São Paulo ("Romanos", cap. 13) sôbre o Príncipe: "Ele não brandirá a sua espada em vão, pois é o Ministro de Deus, um vingador, para executar a Sua ira contra aquele que faz o mal. Nem tôda a espécie de falta é motivo para começar a guerra. A prova disto é o fato de que mesmo contra os concidadãos não é legal exercer punição atrás,

(1) Hans Kelsen, «Allgemeines Staatslehre», pág. 124: «A guerra é sanção quando reação contra um delito, contra uma ofensa às leis do Direito Internacional (Reaktion gegen eine Völkerrechtsverletzung).

(2) Francisco de Vitória, «De Jure Belli», apêndice «B» do «Francisco de Vitoria and his Law of Nations» de J. B. Scott, pág. LIV.

tais como sejam a morte, o banimento, ou o confisco de bens, por qualquer ofensa. Visto que severos e atroses são os males inflingidos pela guerra, como o fôgo, a morte e a devastação, não é justo por pequenos erros perseguir os autores do mal com a guerra, pois a gradação do castigo deverá corresponder à gravidade da ofensa³”.

Para Santo Tomás de Aquino (“*Secunda Secundae*”, loc. cit.) são os seguintes os requisitos da guerra justa: Que seja feita: a) Pela autoridade de um Príncipe a quem cabe decretar a guerra; b) por causa justa, como seja, quando aqueles contra quem é feita a mereçam por alguma falta; em virtude de motivo atuante justo (*recta intentio*), v. g. o desejo de que o bem seja propagado e o mal evitado¹.

Argumentarão os corifeus da doutrina tradicional que a sanção pela guerra deixa o poder de fazer justiça na mão do mais forte e que, inexistindo um juiz acima

(3) *Ibidem*, pág. LIV.

(1) Nos primeiros dias do século XVII Isidoro, Bispo de Sevilha, fez uma classificação das guerras e, amparado em Cícero, formulou a seguinte definição de guerra justa: «*Quatuor autem sunt genera bellorum, id est, justum, injustum, civile et plusquam civile. Justum bellum est quod ex proedicto geritur de rebus repetitis, aut propulsandorum hostium causa. Injustum bellum est quod de furore, non de legitima ratione initur. De quo in Republica dicit Cicero: Illa justa bella sunt, que sunt sine causa suspecta. Nam extra ulciscendi aut propulsandorum hostium causam, bellum justum geri nullum potest. Et hoc idem Tullius parvis interjectis subdidit: Nullum bellum justum habetur nisi denuntiatum, nisi indictum, nisi de repetitis rebus*» («*Isidori Etymologiae*», Lib. V, C. 6, pág. 153)

Mais textos sobre o assunto podem ser encontrados em Santo Agostinho, «*Epistola a Bonifácio*»; Gratiano, «*Decretum*», Causa XXIII, Segunda Parte, «*De re militari et de bello*»; Henrique de Segusia, «*Summa Hostiensis*», Rubrica 34, Livro Primeiro, «*De Treuga et Pace*.»

dos estados, cada um deles se julgará sempre com a razão e com o direito de fazer a guerra de sanção. E' justamente o que ocorre, responde Kelsen, e isto porque o direito internacional é um direito primitivo (eines primitives Rechts) no mesmo estágio de evolução do direito nas comunidades primitivas, que tinham como técnica característica a lei da auto defesa (Selbsthilfe). O julgamento e a aplicação do direito são confiados à parte mesma que teve os seus direitos violados. Guerra e represálias correspondem justamente à **vendetta** e ao **blood feud** nos direitos primitivos nacionais. No direito internacional atual encontra-se o mesmo princípio da responsabilidade coletiva característico do direito nas sociedades primitivas¹. A sanção, guerra justa e represálias, se exercerá contra indivíduos que, regra geral, nenhuma relação têm com o delito, senão a de pertencer ao grupo responsável por êle. Como no direito primitivo, no direito internacional não há proporção entre o delito e a sanção. O estado ofendido é livre de escolher a maneira por que reagirá contra o que o injuriou, independentemente da seriedade do delito ou da espécie da injúria². Guerra e represálias são processos de sanção absolutamente descentralizados e a descentralização é a técnica característica do direito internacional. No direito internacional particular já se pode conseguir um relativo grau de centralização. Tratados internacionais estabelecem, muita vez, órgãos administrativos e mesmo legislativos.

(1) Hans Kelsen, «The Legal Process and International Order», Londres, 1935, pág. 15.

(2) Hans Kelsen, «Law and Peace in International Relations», pág. 106

Ainda em Francisco de Vitória podemos apontar passagens em que o dominicano se apresenta como um quase precursor da Escola de Viena, no que toca à sua noção de direito internacional, direito primitivo, no estágio da "Selbsthilfe": "Portanto o Príncipe que sofreu injúria injustificada pode também exercê-las (as represálias), pois o direito da guerra o coloca na posição de juiz (o grifo é nosso)"¹. E mais adiante, na conclusão do "De Jure Belli": "Quando a vitória for ganha e a guerra estiver finda, deverá ser utilizada com moderação e humildade cristãs e o vitorioso deverá ter em consideração que está representando o papel de juiz (o grifo é nosso) entre dois estados, aquele que foi injuriado e aquele que cometeu a injúria, de maneira que será como juiz e não como acusador que emitirá o julgamento pelo qual o estado injuriado poderá obter a satisfação e esta, tanto quanto possível, importará no mínimo de calamidade e desventura para o estado injuriante, os indivíduos ofensores castigados dentro dos limites legais. E a razão para isto será o fato, geralmente aceito entre os cristãos, de que toda a falta recairá sobre a cabeça do Príncipe, pois os súditos, quando lutam por seus príncipes, agem de boa fé"¹.

O príncipe de um dos estados se via, portanto, na posição de juiz e, vencida a guerra, distribuía justiça. E' a consagração da justiça feita pelas próprias mãos do ofendido, o princípio da "Selbsthilfe" ou "Selbstverteidigung", característico do direito na sociedade primi-

(3) Francisco de Vitoria, «De Jure Belli», VII Proposição, no «Francisco de Vitoria and his Law of Nations», de J. C. Scott, Apêndice «B», pág. XIX.

(1) Francisco de Vitoria, loc. cit.

tiva. A despeito da sua técnica rudimentar, existe na sociedade primitiva um direito, uma ordem coercitiva, descentralizada embora. E' o direito *in statu nascendi*. Evidentemente, afirmando-se a existência do direito internacional, não se poderá aceitar a proposição da doutrina tradicional, que encara a comunidade internacional como uma sociedade não organizada, anárquica ainda. Uma ordem jurídica anárquica seria uma contradição nos termos. O direito internacional, como existe atualmente, não possui órgãos especiais para a criação e aplicação de suas normas e isso é sintomático do seu estado de "primitiv Recht"².

E' teoricamente errado dizer que o direito internacional não possui órgãos legislativos. Existem os órgãos, em estado embrionário embora. Se a conclusão de uma convenção deve ser considerada como criação de normas por um órgão composto de órgãos parciais, dos quais as vontades são paralelas, isto é, se dirigem a um mesmo fim, ou, em outros termos, se a criação convencional das normas jurídicas deve ser considerada como um caso de função composta de atos parciais com a mesma direção, essa criação convencional de normas pela expressão concordante de dois cônsules na diarquia, forma política da antiguidade, ou das duas câma-

(2) Kelsen aponta os seguintes característicos do direito internacional como direito primitivo: 1) Formação fundamentalmente costumeira das normas jurídicas gerais; o direito nascido dos tratados concluídos entre dois ou mais estados repousa sobre a regra geral, que é de origem costumeira. 2) Ausência de órgãos especializados para a legislação e para a aplicação das sanções. 3) Responsabilidade coletiva e responsabilidade pelo resultado. (Théorie Générale du Droit International Public», in «Recueil des Cours», vol. 42, 1932- IV, pág. 131.

ras de um parlamento num sistema bicameral (cada câmara considerada como unidade) equivale à criação de normas de direito internacional nos tratados e convenções¹. Já vimos que para Kelsen num tratado ou numa conferência internacional os estados participantes funcionam como órgãos do Direito Internacional. A individualização da norma é, entretanto, delegada às ordens jurídicas nacionais e nisto se contém justamente um dos sintomas do direito internacional como direito *in statu nascendi*, ordem jurídica sumamente descentralizada.

De acôrdo com o pensamento da Escola de Viena, o conceito tradicional de estado como único sujeito de direito é errôneo. Todo o direito não é mais do que uma regulamentação da conduta de sêres humanos, já vimos. A única realidade social a que se dirigem as normas legais é o conjunto de relações entre homens. Na verdade, as normas do direito internacional, em última análise, autorizam e obrigam sêres humanos que agem, numa circunstância particular, como órgãos dos estados². Regra geral, entretanto, a conexão entre o indivíduo e a norma de direito internacional se faz por um processo indireto. Os indivíduos só se verão em situação de aparecer como sujeitos de direito internacional, diretamente obrigados ou autorizados pela norma, quando existirem côrtes internacionais, perante as quais possam aparecer como queixosos.

O grande obstáculo que a doutrina tradicional en-

(1) Hans Kelsen, «Contribution à la théorie du Traité International», in «Revue International de la Théorie du Droit», vol. X (1936), pág. 264.

(2) Hans Kelsen, «General Theory of Law and State, pág. 342.

controu para uma fundamentação sólida do direito internacional é a famigerada concepção da soberania absoluta dos estados. Segundo a opinião da maioria dos autores, a idéia de soberania absoluta, algo que coloca o estado na situação de poder supremo, é relativamente moderna, tendo sido um artifício jurídico empregado para afastar definitivamente a ameaça do Papado, que pesava sobre os monarcas da época. Embora as raízes da idéia se encontrem na "Política" de Aristóteles, a definição e o desenvolvimento da idéia datam da publicação da obra de Jean Bodin, "Six Livres de la République", em 1576¹.

(1) Antes de Bodin, podem ser mencionados como precursores da doutrina da soberania absoluta dos estados: Occam («Disputatio inter Clericum et Militem»); Dante («De Monarchia»); João de Paris («Tractatus de Potestate Regia et Papali»); Enéas Sívio Piccolomini (depois Papa Pio II) («De orto et Autoritate Imperii Romani»); Petrarca («Epistolae de juribus Imperii Romani») e Mansiglio de Padua («Tractatus de Translatione Imperii» e «Defensor Pacis»). Enquanto Thomas Moore se filiava espiritualmente a Platão, Jean Bodin se ligava a Aristóteles. Um advogado fracassado no fôro, dedicou-se Bodin à literatura, à sombra de seus dois mecenas, Henrique III e, depois, o Duque de Alençon. A definição de soberania de Bodin se contém no primeiro dos seus «Six Livres de la République», cap. 8, «De la Souveraineté»: «Soberania é o principal fundamento de cada república. Nenhum mandatário por um tempo limitado, maior que seja o seu poder, é soberano. A soberania não admite limite ao poder. Se for limitado de qualquer maneira, não é soberania. Soberano é aquele a quem o povo conferiu, por toda a vida, uma autoridade ilimitada e absoluta». No capítulo final do seu Livro I, enumera Bodin os atributos da soberania: 1) Poder de legislar para todos em geral e cada um em particular, independentemente de consentimento de autoridade superior, igual, ou inferior. 2) Poder de declarar a guerra e fazer a paz. 3) Poder de instituir os principais oficiais. 4) O poder de apelo final. 5) O poder do perdão. Já para Grotius a soberania, atributo essencial do Estado, combina duas noções: A noção positiva de Governo e a noção negativa de Independência. Grotius chama de

Assim, a soberania não é uma categoria absoluta, mas sim uma categoria histórica¹. O conceito doutrinário criado por Jean Bodin e destinado a resolver uma questão de fato encontrou aceitação geral entre as nações, que o erigiram no mais sagrado, inviolável e intangível dos seus direitos. Daí por diante tôdas as tentativas de extirpar do direito público essa idéia têm sido vãs. Os dados históricos levam à conclusão que a evolução tem sido, ao contrário, no sentido de fortalecer a idéia do direito supremo dos estados. A idéia da soberania absoluta deveria desaparecer com a eliminação das circunstâncias históricas que deram aso ao seu aparecimento, como afirmou Duguit. Tal não aconteceu. Logo a soberania, além de atribuir ao Estado o poder supremo dentro do seu território, estendeu-se à vida internacional, identificando-se com a independência dos Estados e coroando essa independência de uma auréola de intangibilidade. Pouco a pouco foi se despreendendo da pessoa do monarca para, finalmente, no século XIX, ser proclamada como um atributo do estado mesmo. As necessidades internacionais levaram à paradoxal necessidade de estabelecer-se limites a uma coisa, que, por definição, é ilimitável. Os tratados e convênios assinados todos os dias são outros tantos limites à ilimitável soberania dos estados. Como explicar isso? A questão da soberania é posta por Kelsen em outros termos: primado do direito internacional ou

Poder Civil o direito positivo de governar. O direito negativo de independência é justamente o aspecto característico da supremacia do Estado («De Jure Belli ac Pacis», Lib. II, c. 22, s. 13).

(1) Georg Jellinek, «L'État Moderne et son Droit», vol. II, pág. 144.

primado do direito nacional?² Na realidade não há uma subordinação hierárquica entre as duas ordens jurídicas. O que existe é uma relação de derivação. A ordem chamada inferior se funda sobre uma "Grundnorm" que tira a razão de sua validade da ordem superior. O direito internacional delimita a esfera de validade temporal e espacial o direito nacional, como vimos. Portanto, a pressuposição é o primado da ordem jurídica internacional¹. Não se pode afirmar que o estado "é" ou "não é" soberano. Problema jurídico tem que ser resolvido em termos de "sollen" e não de "sein". Tudo depende da hipótese aceita pelo observador. Afirmado o primado do direito internacional, é evidente que o estado não pode ser considerado soberano. Se, ao contrário, é proclamado o primado do direito nacional, o estado se encontrará na posição de soberano, no sentido original e absoluto do termo. Kelsen compara a idéia pluralista de soberania estatal com a atitude subjetivista do filósofo que parte sempre do **ego** para interpretar o mundo como vontade e idéia do homem. Tal atitude, sustentando a soberania do **ego**, nega a possibilidade do **non ego** soberano. A soberania do **ego** é incompatível com a soberania do **tu**. A teoria do primado no direito nacional não é mais que um subjetivismo estatal². Em suma, Kelsen afirma a soberania da ordem jurídica internacional, ou seja, o primado do direito internacional.

(2) Hans Kelsen, «Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts», pág. 204.

(1) Hans Kelsen, «General Theory of Law and State», pags. 384-385.

(2) Hans Kelsen, «Allgemeine Staatslehre», pags. 102 a 133.

Qual é a norma básica da ordem jurídica internacional?

De começo a Escola de Viena aceitara a regra "*pacta sunt servanda*" como "*Grundnorm*" da ordem jurídica internacional³.

Entretanto, cêdo a crítica tornou patente que a norma *pacta sunt servanda* não podia ocupar a posição de norma básica: Primeiro porque é uma regra positiva de direito internacional costumeiro, fundamentando a validade dos tratados internacionais e não uma norma hipotética. Ora, vimos que a norma básica é sempre e necessariamente uma norma hipotética pressuposta. Segundo: a norma *pacta sunt servanda* não pode ser a "*Grundnorm*" por isto que a sua estrutura mesma o impede. É uma norma substantiva, zelando pela santidade dos tratados, enquanto a norma básica tem que ser puramente formal, sendo a sua única função insti-

(3) «Que a norma *pacta sunt servanda* constitui a norma básica do direito internacional é provado pela experiência da praxe estatal. Todas as relações dos estados partem dessa norma, se elevam sobre o alicerce dessa regra e todos os acôrdos, expressa ou tácitamente, supõem a norma «*pacta sunt servanda*». Argumenta-se, em contrário, que a norma *pacta sunt servanda* não cogita da duração da validade do conteúdo contratual. Isto é exclusivamente decidido pela ciência do direito internacional positivo. A autenticidade da idéia da *pacta sunt servanda* como norma fundamental necessária se evidenciou mais do que nunca nos últimos tempos, quando o Governo russo pensou poder rejeitar êsse brocado do direito internacional capitalista. Dentro de pouco tempo teve que reconhecer que a norma *pacta sunt servanda* é a norma básica das relações internacionais, a norma básica do direito internacional mesmo. A aceitação da norma fundamental «*pacta sunt servanda* como base não é absolutamente uma pura ficção, como opinou Triepel. A sua negação e não a sua aceitação é que é contrária a realidade dos fatos». (Alfred Verdross, «Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft», Viena e Berlin, 1926.

tuir o método de criação do direito. Alfred Verdross, em uma obra publicada em 1931¹, aceitou essas críticas e formulou outra proposta de norma básica: "Os estados deverão comportar-se nas suas relações com os outros estados em conformidade com os princípios gerais reconhecidos pelas nações civilizadas, tanto quanto nenhuma norma especial, derogando tais princípios, venha a existir". Esta é, obviamente, uma norma presuposta e puramente formal, da qual tôdas as regras do direito internacional podem ser derivadas. Na sua última obra de fôlego², Hans Kelsen aceita as idéias de Verdross sôbre a "Grundnorm" do direito internacional. Diz êle textualmente: "Partindo de uma decisão da Côrte Internacional, por exemplo, por que é ela válida. Por causa do tratado internacional que institui a Côrte. Se ainda perguntarmos porque é válido o tratado, chegaremos a uma norma geral que obriga os estados a proceder de conformidade com os tratados por êles firmados, ou seja a norma **pacta sunt servanda**. Esta é uma norma de direito internacional geral e o direito internacional geral é criado pelo costume. Portanto, a norma básica do direito internacional deve ser a norma que caracteriza o costume como um fato criador de normas e que pode ser formulada do seguinte modo: "Os estados devem comportar-se como se comportaram costumeiramente". Eis a norma básica do direito inter-

(1) Alfred Verdross, in «Gesellschaft, Staat und Recht», pags. 354-365.

(2) «General Theory of Law and State», publicada em inglês e, como afirma o seu próprio autor no prefácio, «destinada antes a reformar que a repetir pensamentos e idéias préviamente expressos em alemão e francês».

nacional¹. Tal como o direito da sociedade primitiva, o direito internacional é um direito antes de tudo consuetudinário. Daquela norma hipotética evidente por si mesma derivam tôdas as outras normas do direito internacional.

E' claro que êsse direito *in statu nascendi* evolverá, como evoluíram as ordens jurídicas nacionais. Nêsse processo de evolução é preciso considerar um fato que é da maior importância: o processo de aplicação do direito se centraliza muito antes do processo criativo. Essa é a tendência regularmente manifestada pela evolução jurídica das ordens nacionais. Consequentemente, o próximo estágio a ser atingido será a conclusão de um tratado internacional, firmado por tantos estados quanto possível, estabelecendo uma côrte internacional dotada de jurisdição compulsória². A evolução natural se faz em direção a um judiciário internacional. Até que se consiga isso, o objetivo muito mais remoto de estabelecer uma comunidade de estados sujeitos a uma administração central, com poderes executivos centralizados será uma utopia³.

Aí está, em linhas gerais, o positivismo legal de Hans Kelsen. Assim como Kant empreendeu a crítica da cognição humana e provou a impossibilidade de atingir-se racionalmente o terreno do noumenon, também Kelsen cuidou criar uma teoria pura do direito, independente da invocação do *Deus ex machina* dos ele-

(1) Hans Kelsen, «General Theory of Law and State», pág. 369.

(2) Hans Kelsen, «Peace through Law, Chapel Hill, 1944, pág. 14.

(3) Hans Kelsen, «Law and Peace in International Relations», pág. 150.

mentos metajurídicos, de conceitos como o da Justiça, autêntico noumenon do direito, o qual não pode ser negado ou afirmado, por isto que escapa ao nosso conhecimento, restrito ao campo dos fenômenos jurídicos. As doutrinas jusnaturalistas, fundamentando o direito numa idéia pura, em última análise, recaem sempre na afirmação de uma ideologia existente além do direito positivo. De fato, tais doutrinas se fundam no princípio da delegação por parte da autoridade metajurídica, que transfere a alguma autoridade humana o poder de fazer direito, ou seja, empresta autoridade ao direito positivo. Ora, delegação é substituição. Assim, dentro da doutrina do direito natural mesma, apenas o direito positivo é direito. O direito natural passa a ser apenas uma explicação transcendente da ordem jurídica positiva.

A crítica tem, muita vez, atacando a construção teórica da Escola de Viena, afirmado que Kelsen, procurando fugir à metafísica jurídica, voltou a ela, por isto que a sua norma básica é válida em função de juízos firmados em elementos extra-humanos. Aqui é preciso notar que a procura da razão de validade da norma não é, da mesma maneira que a sequência de efeito a causa, um *regressus ad infinitum*, ou seja, a busca da causa primeira, do motor imóvel, da *causa incausata* da metafísica. Não, a sequência da razão de validade das normas termina numa "Grundnorm", enquanto que na realidade natural não existe lugar para a causa primeira. É claro que se pode levar a indagação além da norma básica. Pode-se, por exemplo, perguntar porque se deve respeito à primeira constituição. E a resposta será, tal-

vez, que os constituintes tinham sido autorizados por Deus. O característico do positivismo jurídico kelseniano é justamente a possibilidade de dispensar a explicação metafísica. A hipótese última da doutrina é a norma que autoriza o primeiro legislador. Aí está a fronteira entre o **noumenon** e o fenômeno jurídico. Os jusnaturalistas atravessam a linha, penetrando no país da metafísica. O kelseniano permanece no campo da realidade do direito positivo. Kelsen não afirma a impossibilidade da explicação metafísica do direito. Limita-se a suspender a especulação na linha fronteira. Isto porque constrói uma “teoria jurídica”¹. O que fôr além da norma hipotética primeira escapará ao campo da especulação jurídica. Será uma teoria metafísica do direito.

Outro reparo que se tem repetidamente feito a Kelsen é o que diz respeito ao seu excessivo formalismo. “Deixando de lado todos os elementos morais e políticos que determinam o conteúdo das regras de direito e que as legitimam aos olhos dos sujeitos, Kelsen se ateve ao aspecto exterior da regra, encarando o direito como norma de coerção tão somente”¹. Urge, entretanto, ponderar que para Kelsen a coerção é a essência mesma da norma jurídica e não apenas a forma, como quer a doutrina tradicional. E’ uma ilusão acreditar em que normas legais podem derivar de um conceito abstrato, tal como seja a idéia de Justiça. As normas legais são válidas somente enquanto criadas através do pro-

(1) Hans Kelsen, «Théorie Générale du Droit International Public», in «Recueil des Cours», vol. 42, 1932-IV, pág. 122.

(1) Paul Roubier, «Théorie Générale du Droit», pág. 58.

cesso legislativo ou pelo costume, mas sempre através do **processus prescrito** pelas normas mesmas².

Pela primeira vez na história das doutrinas jurídicas, conseguiu Hans Kelsen firmar um alicerce científico para o direito internacional, solucionando a **magna quaestio** da sanção e elidindo o escolho traiçoeiro da soberania absoluta estatal, os dois grandes obstáculos à sua justificação lógica. A guerra justa tem sido invocada sempre por quantos escolheram fugir ao absurdo do direito sem sanção como o instrumento de sanção no campo do direito internacional. As duas grandes testativas de organização internacional, o Pacto da Liga das Nações e a Carta das Nações Unidas, prescrevem a guerra contra o estado agressor. Como, entretanto, justificar um sistema coercitivo de direito que repousa tão somente na fôrça das partes? Na guerra vencerá o mais forte e não o que mais razões tiver do seu lado. A concepção do direito internacional como "primitiv Recht", equiparando os azares da guerra à técnica rudimentar da auto-defesa, soluciona cientificamente o problema da sanção no direito internacional e sustenta, com lógica impecável, a teoria da **bellum justum** como instrumento coercitivo. Sanção rudimentar do direito **in statu nascendi**, mas ainda assim sanção. Que o absurdo do direito sem sanção levará, necessariamente, à conclusão de John Austin: a inexistência do direito internacional.

A doutrina monista kelseniana, fazendo derivar¹ as ordens jurídicas estatais da ordem jurídica internacio-

(2) Hans Kelsen, «Peace through Law», pág. 38.

(1) A relação é de derivação e não de submissão hierárquica.

nal, que lhes delimita as esferas de validade temporal e espacial, é uma solução bem engendrada para se escapar ao nefasto dogma da soberania absoluta dos estados. Aceito o dualismo direito internacional-direito nacional e a soberania da ordem jurídica estatal, não há como explicar a submissão do estado a uma ordem internacional. A regra *pacta sunt servanda* soará vazia de sentido. A consequência lógica dessa doutrina será a teoria da auto-limitação dos estados, de Georg Jellinek, a quem seja reconhecido o mérito de haver arcado com tôdas as consequências da idéia de estado como poder supremo. Fora da auto-limitação, tôdas as teorias que têm tentado justificar a soberania absoluta são ficções acientíficas, evasivas dos que não ousam levar às consequências últimas a concepção do estado *Leviatã* todo poderoso. Afirmada a soberania estatal, a autonomia será o princípio motor das relações internacionais. Aceita a soberania da ordem jurídica internacional, as relações de estado para estado se regerão pelo princípio da heteronomia, princípio jurídico por excelência.

Combatendo o antropomorfismo dos que fazem do estado uma entidade independente dos indivíduos que o compõem, Kelsen considera o indivíduo como sujeito último do direito internacional, por isto que o direito regula tão somente a conduta de seres humanos. O indivíduo sujeito de direito internacional não é, entretanto, o mesmo indivíduo cuja conduta é regulada pelo direito nacional. É o indivíduo enquanto órgão parcial do Direito Internacional, elevado a essa posição pela norma jurídica internacional. A doutrina kelseniana

nada tem a ver com aquele panglossismo dos que querem entregar à proteção do Direito Internacional, — dêsse direito cuja técnica rudimentar é ainda o primitivo "Selbsthilfe", a custódia de direitos individuais, matéria de competência exclusiva da ordem jurídica nacional, com suas normas centralizadas e a sua perfeita delimitação pessoal. O otimismo acientífico e utópico não é bastante para construir em bases sólidas o edifício da organização jurídica internacional. A crença em que a ordem internacional não pode ser baseada senão na bôa vontade dos estados e na opinião pública dos povos é uma ilusão assás perigosa, não menos ilusória e perigosa que a noção de anarquismo aplicada à ordem jurídica estatal. E' nada mais que a anarquia interestatal¹. A organização jurídica internacional se fundará, tão somente, no direito internacional, numa doutrina que o afirme cientificamente, de conformidade com os valores e o método do direito e não em inócuos atos de fé nos *flatus vocis* das ficções jurídicas.

Melhor acreditar no direito internacional *in statu nascendi*, justificado por uma teoria rigorosamente científica, que forjar uma organização jurídica evoluida, alicerçada no vácuo do conceitualismo. A nós cabe pugnar para apressar o processo de evolução dêsse direito primitivo e para lograr garantir-lhe um sistema coercitivo superior ao Talião da guerra.

Montreal, novembro de 1948.

(1) Hans Kelsen, «The Legal Process and International Order», pág. 22.