

Kelsen e o direito internacional público **Resenha de**

Kelsen, Hans. 2011. *A paz pelo direito*. Trad. L.A. Nascimento. São Paulo: WMF Martins Fontes. 146 páginas.

Kelsen, Hans. 2010. *Princípios do direito internacional*. Trad. G.A. Bedin/U. Dressel. Ijuí, RS: Unijuí, 549 páginas.

Rafael Salatini*

O eminente jurista austríaco Hans Kelsen escreveu quatro grandes obras de direito internacional público – *Law and peace in international law* (1942), *Peace through law* (1944), *The law of the United Nations* (1950) e *Principles of international law* (1952) –, duas das quais foram recentemente traduzidas para o português, a de 1944 e a de 1952 (e quiçá futuramente o sejam as demais). Um dos maiores teóricos da teoria do direito e do direito constitucional contemporâneo (verdadeiro divisor de águas entre a concepção oitocentista e aquela que será a concepção novecentista do direito), Kelsen se esforçou também para conceder cientificidade e validade jurídica às normas do direito internacional, aspectos que passaram o século anterior sendo negados pela maior parte da doutrina jurídica, que entevia na carência de coercitividade do direito internacional um aspecto desmerecedor dessa modalidade jurídica.

Publicada em 1944, ao final da Segunda Guerra Mundial, e profundamente marcada por esse conflito (como as demais obras), *A paz pelo direito* pode ser considerada não apenas um libelo contra a guerra, afirmando que “a guerra é assassinato em massa, a maior desgraça de nossa cultura” (p. xii), mas principalmente uma defesa do direito internacional como principal instrumento internacional para a promoção da paz internacional, afirmando que “quem deseja se aproximar da meta da paz mundial de forma realista deve lidar com esse problema de maneira muito sóbria,

* Professor de Ciência Política da Unesp de Marília e Doutor em Ciência Política pela Universidade de São Paulo. E-mail: rafaelsalatini@marilia.unesp.br.

encarando-o como um aperfeiçoamento lento e constante da ordem jurídica internacional" (p. xii).

O livro defende, na primeira parte, a apreciação compulsória das disputas internacionais, analisando a inexistência de uma autoridade internacional que pudesse dirimir os conflitos internacionais, afirmando que, "no caso das disputas entre Estados, não existe nenhuma autoridade reconhecida geral e obrigatoriamente competente para resolver conflitos internacionais, isto é, para responder com imparcialidade à questão de qual das partes do conflito está certa e qual está errada" (p. 12), e defendendo a necessidade de criação de um tribunal internacional (que em grande parte se materializou com a instituição da Corte Internacional de Justiça, em 1945, a qual, todavia, ainda não possui jurisdição compulsória), afirmando que "o próximo passo em que nosso empenho deve concentrar-se é produzir um tratado internacional firmado pelo maior número de Estado possível, tanto os vitoriosos quanto os vencidos [da Segunda Guerra Mundial], que crie um tribunal internacional dotado de jurisdição compulsória" (p. 13).

A especificidade da criação dessa jurisdição se encerrava, para Kelsen, principalmente no fato de que, diferentemente da jurisdição nacional de cada Estado, a jurisdição internacional consistiria, inicialmente (e não finalmente), numa jurisdição sem poder executivo nem legislação centralizados. Para o jurista austríaco, "a organização de um poder executivo centralizado, o mais difícil de todos os problemas da organização mundial, não pode ser o primeiro passo – pode apenas ser um dos últimos, um passo que não pode ser dado com êxito sem que se crie antes o tribunal internacional e que este tenha ganhado, pelas atividades imparciais, a confiança dos governos" (p. 18). Criticando o fracasso completo da Liga das Nações, que redundou na Primeira Guerra Mundial, Kelsen identifica (identificação que se tornará canônica na análise desse organismo) no princípio da unanimidade, que vigia no Conselho e na Assembleia da Liga, o principal erro constitucional de seu Estatuto, que não permitiu que a mesma conseguisse solucionar os problemas internacionais do período. Mas, uma vez que a aplicação internacional do princípio da maioria seria incompatível com a soberania dos Estados, uma exceção se encontra no procedimento dos tribunais

internacionais: “aqui [nos tribunais internacionais], e somente aqui, – afirma – o princípio do voto da maioria é aceito no geral”, sendo esta “uma das razões por que é aconselhável fazer de um tribunal, não de um poder executivo, o instrumento principal de uma reforma internacional”, podendo ser considerado, portanto, “o caminho mais fácil” (p. 19).

Kelsen recorre, então, à cultura jurídica primitiva para afirmar a primazia do surgimento histórico dos tribunais, que, no âmbito nacional, nascera primeiro na forma da autotutela, passando pelas cortes primitivas (que não passavam de tribunais de arbitragem), até alcançar a execução da decisão judicial por meio de um poder executivo centralizado, imprimindo uma interpretação (que se repetirá nas demais obras) do direito internacional público como direito principalmente consuetudinário (sendo apenas o direito internacional privado, promovido pelos tratados internacionais, uma forma de direito propriamente positivo). Sendo assim, “temos – afirma – bom motivo para acreditar que o direito internacional [...] se desenvolve da mesma forma que o direito primitivo da comunidade anterior ao Estado” (p. 20). Acompanhando esse raciocínio histórico-analógico, conclui-se que a evolução natural do direito internacional deveria caminhar primeiramente na direção da institucionalização de um poder judiciário internacional, não de um poder executivo ou legislativo internacionais, comumente superestimados na discussão jusinternacionalista.

Adiante, com base na Conferência de Moscou (1943), que declarou o princípio da igualdade soberana dos Estados como base de uma organização internacional para a manutenção da paz, Kelsen discute quais são as consequências desse princípio para um tribunal internacional, concluindo que a soberania dos Estados deve ser absoluta frente aos outros Estados, mas relativa ao direito internacional; que o direito internacional não deve comportar o princípio da maioria (salvo no âmbito dos tribunais internacionais); que nenhum Estado pode ser constrangido a respeitar um tratado do qual não seja signatário; que nenhum Estado pode ser constrangido por uma organização internacional da qual não faz parte; que os juízes internacionais devem ser independentes dos Estados que os indicam; e que as decisões do tribunal internacional devem ser objetivas e imparciais.

A segunda parte da obra é dedicada à defesa da responsabilização individual por violações do direito internacional. Partindo do fato de que tanto o direito internacional público (direito consuetudinário) quanto o Pacto Kellog-Briand (pacto multilateral) e os diversos pactos bilaterais de não-agressão que haviam sido assinados no início do século passado assomavam a tradicional teoria da *bellum justum* [guerra justa], segundo a qual não somente a guerra é permitida como sanção, como qualquer guerra não sancionadora é delituosa, Kelsen defende que o principal meio para prevenir a guerra e garantir a paz seria a criação de leis, por pactos internacionais, que estabeleçam a responsabilidade individual das pessoas que, como membros de governos, violem o direito internacional. Defende-se, assim, que a teoria da responsabilidade subjetiva, calcada na responsabilidade coletiva dos Estados, apregoada pelo direito internacional público tradicional, que defendia a guerra e a represália (sanções coletivas) como sanções internacionais, seja substituída pela teoria da responsabilidade objetiva, calcada na responsabilidade individual, que prevê penas individuais (privação da vida, da liberdade ou da propriedade) para os mesmos casos.

Nesse sentido, sendo a responsabilidade coletiva a regra do direito internacional público tradicional, e a responsabilidade individual, uma exceção (aplicável a casos como os de pirataria, violação de bloqueio, contrabando e crimes de guerra), “para que indivíduos – afirma Kelsen – possam ser punidos por atos que praticaram como atos de Estado, quer pelo tribunal de outro Estado [tribunal nacional] quer por um tribunal internacional, em regra a base jurídica do processo deve ser um tratado firmado com o Estado cujos atos devem ser punidos” (p. 79), ressalvando, inclusive, que o mesmo tratado deveria tipificar previamente o delito e estabelecer a pena correspondente (ou autorizar o tribunal a fazê-lo).

Não há sombra de dúvidas de que Kelsen procurava discutir as responsabilidades individuais das atrocidades da Primeira e da Segunda Guerra Mundiais, avaliando que a responsabilidade pelos atos da Primeira Guerra – concebida pelo Tratado de Versalhes e pelos tratados de paz de 1919-1920 – foi estabelecida *ex post facto* [posteriormente aos fatos], enquanto a responsabilidade pelos atos da Segunda Guerra – concebida pelo Pacto Briand-Kellog e pelos pactos de não agressão

do período – foi estabelecida *ex ante facto* [anteriormente aos fatos], do que deriva sua distinta legitimidade e efetividade.

Discutindo, por fim, o custoso tema dos crimes de guerra – que envolve a questão sobre quem deve ser punido pelos atos de Estado (se o executor ou o emissor da ordem, e se é válida nesses casos a exceção de obediência [utilizada pelos réus do nazismo]) –, Kelsen conclui que um tribunal internacional seria muito mais adequado para julgar criminosos de guerra que um tribunal nacional, especialmente no que se refere a quatro tipos de ofensas internacionais: a) recorrer à guerra desrespeitando o direito internacional, b) provocar a guerra, c) violar as regras de guerra, e d) violar outras normas do direito internacional. (Ainda, anexo ao final da obra – relembrando a velha tradição que podemos remontar ao abade de Saint-Pierre e a Kant –, Kelsen apresenta o modelo de um “Pacto de uma Liga Permanente para a Manutenção da Paz”, com 40 artigos, para servir de inspiração aos Estados.)

*

Publicada quase uma década depois da obra anterior (e dois anos após a publicação de uma extensa obra sobre as Nações Unidas), *Princípios do direito internacional* consiste numa obra dedicada à tratadística geral do direito internacional público, consistindo num tratado completo sobre a matéria, cuja temática vai desde a natureza do direito internacional, delimitando os delitos e sanções internacionais (capítulo primeiro), passando por seus domínios de validade temporal, territorial e material (capítulo segundo), por sua função essencial, analisando a determinação da existência territorial, pessoal, material e temporal da validade do Estado (capítulo terceiro), por sua criação, incluindo as fontes de direito e a solução de litígios internacionais (capítulo quarto), até a definição da relação entre direito nacional e internacional (capítulo quinto).

Começando pela premissa de que o direito internacional normatiza a conduta dos Estados no seu relacionamento mútuo, Kelsen afirma que a determinação do direito internacional como direito depende do conceito de direito envolvido, ou seja, do critério adotado para distinguir o direito, a moral, a religião, etc. Sendo função de

uma ordem social estabelecer determinado comportamento ou abstenção de comportamento, o que pode ser feito de duas formas – voluntariamente (sem sanção) ou involuntariamente (com sanção) –, Kelsen define a moral como uma ordem social não sancionadora, e a religião e o direito como ordens sociais sancionadoras, sendo a religião uma ordem que apresenta ameaças de caráter transcendental e o direito uma ordem que apresenta ameaças coercitivas, que requerem o emprego da força. Sendo, assim, o direito consistiria numa ordem social que utiliza de sanções coercitivas (no direito público, uma pena [pena capital, detenção ou multa]; no direito privado, uma execução civil [privação da propriedade]), distinguindo-se ainda a norma jurídica como aquela estabelecida pela autoridade legal e a regra jurídica aquela estabelecida pela ciência jurídica (sendo ambas, contudo, dispositivos deontológicos e não ontológicos), o jurista austríaco entende que haverá direito sempre que houver uma conduta contrária definida como delito, o qual será considerado como condição para uma sanção coercitiva. “É o critério do direito – afirma –, pois direito é uma ordem coercitiva. [...] Como ordem coercitiva, o direito é esta específica técnica social, que consiste na tentativa de provocar a almejada conduta social das pessoas pela ameaça de uma medida de coerção a ser tomada no caso de conduta contrária, ou seja, ilícita” (p. 31).

Considerando que o Estado moderno se define, nacionalmente, pela disposição do monopólio do uso da força pela comunidade, sendo seu uso particular considerado delituoso (e apenas permitido excepcionalmente) e apenas seu uso público permitido (como sanção), Kelsen argumenta que o desenvolvimento da segurança comunitária teria passado por, pelo menos, três etapas (sendo as três formas consideradas plenamente como ordens jurídicas, e não apenas a última): a autotutela, no direito primitivo; a ajuda comunitária, na forma intermediária; e, por fim, o monopólio do emprego da força pela comunidade, no direito moderno. Assim, seria possível observar, por analogia histórica, qual seria o estatuto do direito internacional público em sua época (que permanece até os dias atuais sem alteração substantiva), que o autor define da seguinte maneira:

“O direito internacional é direito de verdade quando os atos coercitivos de um Estado, a interferência forçada de um Estado no domínio de interesses de

outro são, a princípio, permitidos apenas como reação a um delito, estando proibido, portanto, o emprego da força para qualquer outra finalidade; em outras palavras: quando o ato coercitivo promovido como reação a um delito pode ser interpretado como reação da comunidade jurídica internacional. O direito internacional é direito no mesmo sentido que o direito nacional, contanto que, a princípio, seja possível interpretar como sanção ou como delito o emprego da força de um Estado dirigido contra outro” (p. 47).

Resta apenas indagar: há delitos/sanções no direito internacional? Distinguindo inicialmente as sanções internacionais (coercitivas) das obrigações de reparação (moral e material) internacionais (não-coercitivas), Kelsen reconhece dois tipos de medidas coercitivas nas relações internacionais: a represália (limitada a determinados interesses de um Estado) e a guerra, possuindo esta última tanto o estatuto de delito (ataque) – proibida pelo Pacto Briand-Kellog, pelo Pacto da Liga das Nações (art. 16) e pela Carta das Nações Unidas (art. 2º, § 4º), todos documentos que promovem a defesa da ação coercitiva coletiva – quanto de sanção (contra-ataque).

O autor apresenta, no capítulo primeiro, uma longa e ponderada discussão sobre o fenômeno jurídico da guerra, afirmando (contra Grócio) que a guerra não se trata de um estado, mas um ato; que não se trata de um ato unilateral, mas bilateral; que existe a necessidade tanto de declaração de guerra quanto de declaração de paz; que existe diferença entre guerra de agressão e guerra de defesa; que nem toda guerra de agressão é ilícita (pois a guerra pode ser aplicada como sanção a atos não bélicos); que o contra-ataque a uma sanção é sempre ilícito; que a guerra deve ser definida como ação coercitiva envolvendo o emprego da força armada (embora nem toda ação coercitiva envolvendo o emprego da força armada é guerra); que o objetivo da guerra é vencer o oponente e impor-lhe as condições de paz; que há guerras em que não há nem vencedor nem vencido; que uma guerra pode ser concluída sem um tratado de paz; que a guerra é uma ação de um Estado (ou grupo de Estados) contra outro Estado (ou grupo de Estados); que quando uma das partes não é um Estado não há guerra; e que a guerra civil não é guerra internacional (salvo se os insurgentes forem reconhecidos como força beligerante).

Das diversas interpretações jurídicas da guerra – desde o ponto de vista de que a guerra internacional não é sanção ou delito, mas em geral permitida, até o ponto de vista de que os Estados estão comprometidos a não entrar em guerra sem prévia

controvérsia e sem prévia tentativa de acordos por meio de negociações, depois do que a guerra se torna permitida, não sendo nem sanção nem delito –, Kelsen faz notar, com riqueza de demonstração em textos de lei internacional, que a doutrina que o direito internacional da época abraçara a velha doutrina da *bellum justum* [guerra justa] (desenvolvida de Cícero a Kant), presente no Tratado de Versalhes (art. 231), no Pacto da Liga das Nações e no Pacto Briand-Kellog. De resto, uma exaustiva análise dos regulamentos contemporâneos da conduta de guerra e da Carta das Nações Unidas permite a Kelsen asseverar o seguinte: “A Carta das Nações Unidas [...] constitui memorável progresso sobre o tema da guerra. Impõe aos membros da Organização a estrita obrigação de solucionar seus litígios por meios pacíficos, e de abdicar, em suas relações internacionais, não apenas do emprego de qualquer força, incluindo guerra quanto retaliações, mas também a ameaça de uso da força” (pp. 78-79).

Lidas a uma distância de meio século, não se pode dizer nem que tais obras tenham perdido a força e importância intelectual nem que o sistema internacional tenha alterado substantivamente sua natureza e disposições o suficiente para inutilizar as palavras de Kelsen. Depois de publicadas suas grandes obras sobre o direito internacional, o autor ainda viveria mais vinte anos, nos EUA, num século que se tornaria incrivelmente marcado por guerras e conflitos internacionais. *A paz pelo direito* e *Princípios do direito internacional* consistem em contribuições fundamentais para a formação do pensamento jurídico internacional do século XX e suas traduções para nossa língua (a primeira com uma tradução mais rigorosa que a segunda) não fazem senão cumprir um papel de valor inestimável para a ciência do direito internacional.