

A EVOLUÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL RUMO A UM DIREITO UNIVERSAL: HANS Kelsen REVISITADO

Alexandre Guerreiro¹

Resumo: O presente artigo tem como objectivo a análise à actualidade da visão jusinternacionalista de Hans Kelsen. Para este efeito, cinge-se a investigação primordialmente às obras mais relevantes do positivista austríaco, procedendo-se ao enquadramento do desenvolvimento da sua linha de pensamento quer face aos autores que o antecederam, comparando-os entre si, quer face aos eventos que foram tendo lugar nos séculos XIX e XX e que influenciaram a sua teoria. É ainda efectuada uma breve incursão sobre autores mais contemporâneos e críticos, recorrendo-se, finalmente, à metodologia empírica para concluir em favor da adequação e do carácter actual do pensamento *kelseniano* face à realidade internacional actual, mais particularmente no que diz respeito à crescente emergência de interesses e ameaças transversais que são do interesse comum dos Estados e motivam a comunidade internacional a, paulatinamente, promover a intervenção e a congregação dos vários actores envolvidos.

Palavras-chave: Kelsen, monismo, dualismo, direito internacional

¹ Licenciado em Ciências Jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Mestre em Ciências Jurídico-Internacionais pela Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa e, actualmente, Doutorando em Ciências Jurídico-Internacionais e Europeias na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

O autor reserva-se o direito de escrever com respeito pelas regras ortográficas prévias à entrada em vigor do Acordo Ortográfico de 1990 e dos posteriores protocolos modificativos.

NOTA INTRODUTÓRIA



o longo do século XX, Hans Kelsen assumiu um papel, não apenas activo, mas, sobretudo, de protagonista no desenvolvimento do pensamento jurídico contribuindo significativamente para esse feito as mais de 600 publicações ao longo de toda a sua vida, as quais influenciaram (e ainda influenciam) a filosofia do Direito contemporânea.

O legado do austríaco, especialmente na disciplina de Direito Internacional, surgiu e desenvolveu-se ao longo de décadas marcadas pela convulsão política e social na Europa, fruto das duas guerras mundiais que flagelaram o continente, com particular destaque para a acção significativa dos países de inspiração germânica, enquanto agentes catalisadores de uma beligerância desregrada que acabou por marcar um dos piores períodos da História.

A compreensão do funcionamento efectivo das relações entre os Estados e a busca pela delimitação de um método que contribuísse para a diminuição da conflitualidade mundial tornou-se, então, numa obsessão da Humanidade, não sendo por acaso o contributo dado por um número ilimitado de pensadores tendo em vista a busca por uma resposta ao problema.

Desta forma, o presente artigo debruça-se, primordialmente, sobre a forma como Kelsen rompeu com as teorias jusinternacionalistas do passado, cuja aplicação pouco contribuiu para a estabilização das dinâmicas entre os Estados, e canalizou a sua linha de pensamento para a evolução das relações internacionais tendo a paz global como elemento central através do reconhecimento de poderes em instituições de poder supranacionais que permitissem corrigir desigualdades e combater potenciais abusos resultantes do exercício da soberania pelos Estados.

Paralelamente, importa referir que, apesar de alguns autores proeminentes salientarem o que entendem tratar-se de

fragilidades neste ramo do pensamento *kelseniano*, não deixa de ser curioso que o juspositivista avançou soluções que serviram de base a entidades como a Organização das Nações Unidas ou, num patamar superior, a União Europeia. O mesmo modelo inspira ainda a celebração de acordos pontuais nos quais os Estados aceitam abdicar de parte a sua soberania em favor da estabilidade global em áreas transversais.

Em suma, embora a ritmos diferentes e, por vezes, de forma relativamente inconsciente, chegar-se-á à conclusão que a generalidade dos Estados parece convergir rumo às soluções preconizadas por Kelsen para garantirem a paz no seu território e, também, ao nível mundial, com resultados positivos conhecidos – em especial na Europa, onde este modelo já garantiu, de forma inédita, mais de 60 anos sem guerras no continente –, afigurando-se o pensamento do autor como aquele que mais contribuiu para dar resposta a problemas que durante séculos permaneceram como mistérios por desvendar.

1. RELAÇÕES ENTRE O DIREITO INTERNACIONAL E O DIREITO INTERNO

A forma como o direito internacional se relaciona com o direito de cada Estado reveste um grau de complexidade considerável, assistindo-se a um extenso debate quanto à natureza e ao fundamento do direito internacional e ainda à evolução que o mesmo tem sofrido ao longo dos séculos, fruto da mutação dos Estados e do mundo como um todo.

Uma das questões que mais interesse tem suscitado incide sobre a discussão sobre a determinação da existência ou inexistência de direito internacional enquanto Direito, o reconhecimento (ou não) de uma hierarquia entre o direito internacional e o direito interno e, conseqüentemente, a forma como ambos contactam, se interceptam ou, em última linha, se unem. Neste último caso, é de assinalar o conflito entre as correntes

monistas e dualistas, cujo debate centra-se na questão da integração ou separação entre direito internacional e direito interno².

A visão dualista estabelece uma separação entre direito internacional e direito interno, não existindo uma hierarquia directa entre ambos. Já a concepção monista parte do princípio de que todo o Direito, interno e internacional, é parte integrante do mesmo sistema jurídico. Simultaneamente, o monismo regista uma dicotomia entre a corrente monista com primado do direito internacional (na qual o direito internacional assume uma posição hierárquica superior face ao direito interno) e o monismo com primazia do direito interno (de acordo com o qual não existe autoridade internacional superior aos Estados, pois estes definem a forma como se vinculam aos instrumentos internacionais e as condições para reconhecerem o direito internacional, reduzindo-se o direito internacional a mero direito interno para a área das relações externas).

2. INFLUÊNCIA GERMÂNICA (E ITALIANA) NO ESTUDO DO DIREITO INTERNACIONAL

Ao longo do século XIX, a escola germânica usou diferentes concepções metodológicas na sua procura por um “princípio objectivo” do direito internacional, o qual pretendia-se que contribuísse, por um lado, para uma harmonização teórica do presumível carácter vinculativo do direito internacional e,

² Para uma introdução mais aprofundada às relações entre o direito internacional e o direito interno, cfr. HANS Kelsen, “Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public”, *Recueil des Cours (IV) – Académie de Droit International de La Haye*, Tomo 14, Paris: Librairie Hachette, 1926, pp. 227-331; HANS Kelsen, *Principles of International Law*, Clark: The Lawbook Exchange, Ltd, 2003, pp. 403 e ss. interno, cfr. HANS Kelsen, “Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public”, *Recueil des Cours (IV) – Académie de Droit International de La Haye*, Tomo 14, Paris: Librairie Hachette, 1926, pp. 227-331; HANS Kelsen, *Principles of International Law*, Clark: The Lawbook Exchange, Ltd, 2003, pp. 403 e ss.

por outro lado, para a conclusão de que a vontade soberana dos Estados constituem a base de validação do direito internacional. Para analisar a evolução do pensamento germânico nos séculos XIX e XX é necessário considerar a realidade histórica da época e o posicionamento da Alemanha face ao mundo durante as várias décadas.

No entanto, antes, recorde-se que no final do século XVIII o paradigma do direito internacional alterou-se profundamente com as revoluções dos EUA (1776) e de França (1789): a primeira traduziu-se na integração do primeiro Estado não europeu no grupo restrito de Estados reconhecidos como sujeitos de direito internacional; já a Revolução de França ilustra a ascensão popular sobre a classe alta, avocando para si o exercício da soberania em prejuízo do monarca³. O Direito Internacional deixou de reconhecer os Estados como sujeitos exclusivos de Direito Internacional, abraçando, agora, também as pessoas.

Paralelamente, não menos importantes são a guerra da unificação da Alemanha e tantas outras que se lhe seguiram, a evolução do direito humanitário desde meados da década de 1860 (por influência do Comité Internacional da Cruz Vermelha), o domínio de Otto von Bismarck, as I e II Guerras Mundiais, com o Tratado de Versalhes, o projeto fracassado da Sociedade das Nações e o surgimento da Organização das Nações Unidas. Nenhum destes acontecimentos pode ser ignorado quando se ousa reflectir na importância da reflexão sobre o direito internacional para escolas como a germânica.

Assim, reveste especial importância o conhecimento da evolução destas tendências até à escola *kelseniana*. Desde logo, importa destacar Immanuel Kant, que recorre à obra *Leviatã*, de Thomas Hobbes, para aplicar o estado natureza entre humanos para as relações entre os Estados quando afirma, na obra *A*

³ Cfr. ALEXANDRE GUERREIRO, *A Resistência dos Estados Africanos à Jurisdição do Tribunal Penal Internacional*, Coimbra: Almedina, 2012, pp. 23-24.

Metafísica dos Costumes [1797], que “o Estado, considerado como pessoa moral face a outro que se encontra no estado de liberdade natural, e, portanto, no estado de guerra permanente”⁴.

Para Kant, o objetivo do direito internacional seria o crescente domínio da vontade subjectiva dos Estados ao criarem a paz universal enquanto situação jurídica. Ainda que para Kant a paz perpétua se tratasse de “uma realidade irrealizável”, a constante aproximação feita a esta condição através de “associações de Estados” ou um “Congresso permanente de Estados”⁵.

Tal como Kant, Georg Wilhelm Friedrich Hegel defende que os Estados encontram-se em estado de natureza entre si⁶, sendo este o motivo que justifica a existência do direito internacional ou “direito estadual externo”. Assim, a lei entre Estados sustenta-se meramente no seu reconhecimento, interpretação e aplicação individualmente por cada Estado, pelo que quando não há consenso relativamente à vontade de um Estado a controvérsia apenas pode ser resolvida através da guerra.

Deste modo, constata-se que as linhas de pensamento de Kant e Hegel acabam por divergir substancialmente se se pensar nas diferenças entre as teses do liberalismo cosmopolita do primeiro e do nacionalismo do último. De facto, Kant propõe o conceito de direito cosmopolita (ou *ius cosmopoliticum*), enquanto princípio que visa proteger as pessoas da guerra, o qual assenta na ideia de que todos os seres humanos, independentemente das suas origens, “beneficiam de um direito de visita (...) em virtude da propriedade comum da superfície da Terra”, pelo que devem relacionar-se com base na “hospitalidade universal” – o que Kant entende como “o direito de um

⁴ Cfr. IMMANUEL KANT, *A Metafísica dos Costumes*, Tradução, apresentação e notas de José Lamego, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, §53, pp. 226-227.

⁵ *Ibidem*, §61, pp. 238-239.

⁶ Cfr. GEORG WILHELM FRIEDRICH HEGEL, *Princípios da Filosofia do Direito*, Tradução de Orlando Vitorino, Lisboa: Guimarães editores, 1959, §333.

estrangeiro a não ser tratado com hostilidade em virtude da sua vinda ao território de outro (...) enquanto o estrangeiro se comportar amistosamente no seu lugar”⁷. Só deste modo será possível aproximar a espécie humana de uma Constituição cosmopolita⁸.

Paralelamente, Kant defende que “o direito das gentes deve fundar-se numa federação de Estados livres”⁹, sendo esta a única via para se atingir a paz perpétua, uma vez que qualquer outra forma de cooperação internacional implicará a permanente ameaça de guerra, pelo que, sem se atingir o consenso entre os Estados, torna-se impossível o estabelecimento da *foedus pacificum*¹⁰. Sem o direito cosmopolita – que incorpora o direito político (*ius civitatis*), ou os direitos do povo, e o direito internacional (*ius gentium*), que respeita às relações entre os Estados –, será impossível cumprir o projeto de federação de Estados¹¹.

No entanto, Kant não propôs a constituição de um Governo mundial enquanto garante da paz perpétua, com capacidade para retirar competências aos Estados, o que reforça a ideia de reconhecimento da importância da soberania de cada um, pretendendo-se, antes, que os Estados cooperem voluntariamente sem serem coagidos a fazê-lo.

Já relativamente a Hegel, a soberania constitui factor fundamental da existência dos Estados, sendo estes autónomos e relacionando-se independentemente entre si. Para este pensador, o Estado é um fim pois constitui a maior forma de existência social e o produto final do desenvolvimento humano, tratando-se de uma unidade composta por indivíduos que se agru-

⁷ Cfr. IMMANUEL KANT, *A Paz Perpétua e Outros Opúsculos*, tradução de Artur Morão, Lisboa: Edições 70, 1995, p. 137; IMMANUEL KANT, *A Paz Perpétua...*, pp. 240-242.

⁸ Cfr. IMMANUEL KANT, *A Paz Perpétua...*, p. 140; e IMMANUEL KANT, *A Metafísica dos Costumes...*, pp. 244-245.

⁹ Cfr. IMMANUEL KANT, *A Paz Perpétua...*, pp. 132-136.

¹⁰ *Ibidem*, pp. 134-135.

¹¹ *Ibidem*, pp. 165-170.

pam de diversas formas (famílias, clãs, comunidades locais, entre outras), às quais se reconhece importância mas podem ser sacrificadas em nome dos interesses do Estado¹².

Num quadro em que o Estado representa a manifestação do poder absoluto na Terra¹³, prevalecem, assim, os interesses do Estado, ou de toda a comunidade face aos direitos individuais, afastando-se quaisquer traços liberais ou cosmopolitas nas relações entre os elementos que compõem o povo de um determinado Estado e também face a terceiros, se os interesses do Estado puderem, de alguma forma, ficar comprometidos.

Todavia, a “hierarquia” que Hegel estabelece entre o Estado e o seu povo já não se opera entre Estados, uma vez que cada um constitui um fim por si próprio e a sua vontade assenta no povo. Não existindo essa hierarquia, o Estado depende do reconhecimento de outros, não deixando de ser soberano e autónomo face a terceiros¹⁴. É essa mesma soberania individual que faz assentar a validade dos tratados na vontade particular de cada Estado¹⁵ e reforça o estado natureza dos Estados¹⁶, pelo que, em casos de divergência e desarmonização de vontades, o litígio apenas pode ser dirimido por via da guerra¹⁷, a qual entende como tendo carácter temporário, mas legítimo.

Neste quadro, para Hegel, é pouco provável a formação de uma Sociedade das Nações como garante da paz perpétua, como sucede em Kant, na medida em que dificilmente se obteria um consenso que viabilizasse o encontro de uma vontade universal. Contudo, ainda que tal fosse possível de realizar, a execução de um projecto desta natureza está sempre dependente da vontade particular dos Estados, pelo que as suas vigência

¹² Cfr. GEORG WILHELM FRIEDRICH HEGEL, *Princípios da Filosofia do Direito...*, §260 e ss.

¹³ *Ibidem*, §331.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ *Ibidem*, §336.

¹⁶ *Ibidem*, §333.

¹⁷ *Ibidem*, §334.

e legitimidade estariam sempre em risco e fragilizados por poderem ser afectadas pelas contingências¹⁸.

Além dos pensamentos de Kant e Hegel, não deixa também de ser notável o contributo de Georg Jellinek para a valoração e interpretação do direito internacional. Com efeito, este autor procurou transpor os princípios positivistas vigentes na Alemanha para a doutrina do direito internacional, defendendo que apenas o método positivista poderia afastar as dúvidas que ainda subsistissem de que o direito internacional é direito genuíno¹⁹. Assim, Jellinek pretendeu construir uma teoria de direito internacional de cariz monista com primado do direito interno ao afirmar que as bases do Direito tinham de ser justificadas para o direito internacional da mesma forma que para todas as outras áreas do Direito e que apenas ao Estado estava reservada a iniciativa legislativa (sendo a livre vontade do Estado a base para a criação do Direito)²⁰.

Jellinek também defendeu uma teoria que afastava os princípios de direito natural, sustentando esta ideia no conceito de “auto-obrigação dos Estados”, ou seja, a prova de que o direito internacional existe juridicamente enquanto tal depende da capacidade do Estado para se vincular a este tipo de Direito através das suas próprias normas²¹. Desta forma, Jellinek acre-

¹⁸ *Ibidem*, §333-340.

¹⁹ As bases da doutrina de Direito Internacional de JELLINEK afastavam o recurso aos princípios jusnaturalistas, considerando este autor que «enquanto todas as outras áreas do Direito reconheceram a insustentabilidade de uma doutrina que cria tanto sujeitos de Direito como direitos e deveres com base num ordenamento jurídico pré-existente ao Direito positivo e que o comanda, o velho Direito natural ainda celebra as suas velhas glórias no Direito Internacional, as quais apenas ocasionalmente são bruscamente interrompidas por um qualquer “negador do Direito Internacional”, para logo em seguida recomençar». Cfr. GEORG JELLINEK, *Sistema dei Diritti Pubblici Subbiettivi*, Tradução de Avv. Gaetano Vitagliano, Milão: Società Editrice Libreria, 1912, p. 343.

²⁰ Cfr. GEORG JELLINEK, *Die Rechtliche Natur der Staatenverträge*, Viena: Alfred Hölder, 1880, p. 2.

²¹ *Ibidem*, p. 6; e MASSIMO LA TORRE, *Law as Institution*, Law and Philosophy Library – Vol. 90, Springer, 2010, pp. 11 e 26.

dita que se materializa um processo de interiorização “psicológica” por via da assimilação, por um Estado, da obrigação de cumprir as normas de direito internacional. Esta é a condição fundamental sobre a qual assenta a validade de todos os ramos do Direito: a lei tem de ser assumida interiormente pelos seus destinatários como obrigatória para se tornar válida²².

Outro autor que contribuiu significativamente para a reflexão sobre o direito internacional foi o alemão Heinrich Triepel, manifesto aficionado da concepção dualista. Triepel considerava que tanto o direito internacional como o direito interno constituem dois sistemas jurídicos de igual valor, independentes e separados de uma tal maneira que podem aproximar-se mas nunca se intercetam e as respetivas normas, quando encaradas do campo próprio de cada um dos sistemas, só podem ser qualificadas como puros fatos. Triepel sustenta o seu raciocínio na diversidade de fundamento, fontes e destinatários das duas ordens jurídicas²³.

Com efeito, o autor acaba por criticar o pensamento de Jellinek ao criar a doutrina da vontade comum (*Gemeinwille*)²⁴ dos Estados que fosse independente da vontade particular de cada Estado, alegando que tanto o direito internacional como o direito interno têm fontes distintas e regulam áreas igualmente distintas. Assim, apenas uma vontade que fosse superior à daqueles a quem a lei se destina poderia criar lei em sentido objectivo. Deste modo, essa vontade comum só pode decorrer de acordos (*Vereinbahrungen*) que contenham obrigações objectivas, os quais só seriam possíveis quando as diversas vontades não se limitassem a estabelecer direitos subjectivos e obriga-

²² Cfr. GEORG JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, Berlim: O. Häring, 1905, pp. 324-329.

²³ Cfr. JORGE MIRANDA, *Curso de Direito Internacional Público*, 5.ª Edição, Parede: Princípa, 2012, pp.141-142; JOAQUIM DA SILVA CUNHA, MARIA DA ASSUNÇÃO DO VALE PEREIRA, *Manual de Direito Internacional Público*, 2.ª Edição, Coimbra: Almedina, 2004, pp. 91-93.

²⁴ Cfr. HEINRICH TRIEPEL, *Droit Internationale et Droit Interne*, Tradução de René Brunet, Paris: A. Pédone, 1920, pp. 27-32.

ções mas também criassem lei objectiva²⁵.

Um outro autor importante para a defesa do dualismo (ainda que não tão acentuado quanto Heinrich Triepel) é o italiano Dionisio Anzilotti que, tal como o alemão, alega a separação entre os ordenamentos jurídicos internos e a ordem internacional relativamente ao carácter vinculativo das suas normas, recusando, deste modo, a hipótese de ocorrência de conflitos entre ambas. Assim, nem o direito internacional afecta a validade do direito interno, nem o fenómeno oposto se verifica²⁶.

Não obstante, Anzilotti distingue-se de Triepel ao considerar que o direito internacional assenta no princípio *pacta sunt servanda* e que as normas internacionais constituem limites jurídicos à actividade legislativa do Estado, assumindo o pensamento de acordo com o qual o direito internacional e o Direito interno podem efetuar reenvios entre si, os quais se distinguem entre receptivos/materiais e não receptivos/formais. E, ao contrário de Triepel, Anzilotti reconhece a hipótese de intercepção entre direito internacional e direito interno²⁷.

3. HANS KELSEN E O DIREITO INTERNACIONAL

É neste quadro que surge a doutrina de Hans Kelsen sobre direito internacional, primeiro na obra *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts* (1920) e, posteriormente, num conjunto de publicações, algumas delas dedicadas ao direito internacional. Contudo, seria na *Teoria Pura do Direito* (1934) que desenvolveria aspectos fundamentais da sua doutrina relativamente ao direito internacional. Desde logo,

²⁵ *Ibidem*, pp. 49 e ss.

²⁶ Cfr. DIONISIO ANZILOTTI, *Corso di Diritto Internazionale – Vol. 1 – Introduzione – Teorie Generali*, 4.ª Edição, Pádua: Cedam, 1964, pp. 37-64.

²⁷ Cfr. ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA, FAUSTO QUADROS, *Manual de Direito Internacional Público*, 3.ª Edição, Coimbra: Almedina, 1993, pp. 84-85; JOAQUIM DA SILVA CUNHA, MARIA DA ASSUNÇÃO DO VALE PEREIRA, *Manual de Direito Internacional Público...*, p. 94.

importa recordar que os acontecimentos da I Guerra Mundial ditaram o regresso de muitas escolas de direito internacional ao jusnaturalismo (de matriz judaico-cristã), enquanto reconhecimento de valores e princípios intrínsecos à própria existência humana, assumindo-se que o positivismo não foi capaz de evitar os horrores da Guerra, nem tão pouco a violação às leis da guerra. Entre os autores mais influentes desta corrente jusnaturalista cristã encontram-se o francês Louis le Fur²⁸ e o suíço-alemão jesuíta Victor Cathrein²⁹.

Esta tentativa de ressurgimento do jusnaturalismo seria acompanhada de novas críticas ao peso real do direito internacional nas relações entre os Estados, com dúvidas lançadas sobre o carácter coercivo do direito internacional. Uma vez que, para Kelsen, a coerção assumia-se como elemento diferenciador do Direito de outras ordens como a moral e a religião³⁰, a ideia de descentralização de sanções às violações de lei assumiu um papel importante na concepção *kelseniana* de Direito Internacional. O carácter coercivo do direito internacional era, assim, um pré-requisito para a designação do direito internacional enquanto ramo do Direito³¹.

Kelsen destaca desde cedo a importância do positivismo para o direito internacional, enquanto meio para assegurar a autonomia do Direito, e procura integrar o direito internacional entre as categorias de Direito (nomeadamente o direito civil), começando por assumir que se o Direito é caracterizado como tratando-se de uma ordem de coerção que executa actos de coacção (sanções) quando estão previstas determinadas condições, então também o direito internacional dispõe desta caracte-

²⁸ Cfr. LOUIS LE FUR, *Précis de Droit International Public*, 3.^a Edição, Paris: Librairie Dalloz, 1937.

²⁹ Cfr. VICTOR CATHREIN, *Filosofia del derecho: el derecho natural y positivo*; tradução de Alberto Jardón, César Barja, 2.^a Edição, Madrid: Reus, 1926.

³⁰ Cfr. HANS KELSEN, *Teoria Pura do Direito* (2.^a edição, 1960), tradução de João Baptista Machado, 7.^a Edição da tradução portuguesa, Coimbra: Almedina, 2008, pp. 37-56.

³¹ *Ibidem*, pp. 127-129 e 349-351.

terística, configurando as sanções a forma de represálias (sem uso de força física) e guerra (recurso à força física)³². Aqui, o facto de não existirem órgãos próprios de criação e aplicação de Direito em sede internacional, dependendo das condições decididas por cada Estado, é factor determinante para que o autor qualifique o direito internacional como “ordem jurídica primitiva”³³, sendo notória a ausência da celebração do “contrato social” entre os Estados – o que parece aproximar, neste aspecto, a visão de Kelsen às de Kant e Hegel.

É ainda evidente a crítica ao conceito de “auto-obrigação” de Jellinek, pois o facto de os Estados produzirem direito internacional pela via do costume e dos tratados não é suficiente para concluir que a validade do direito internacional tem base meramente voluntarista³⁴. Ademais, o facto de os Estados poderem, em qualquer momento, modificar a sua vontade expressa, obsta à possibilidade de se gerar direito internacional vinculativo com base na vontade dos Estados.

A questão da norma fundamental em direito internacional é outro dos aspectos focados por Kelsen. Com efeito, para o autor, o fundamento da vigência da ordem jurídica estadual pode ser encontrado no direito internacional positivo, o que passa pelo reconhecimento da legitimidade de um determinado Governo sobre um povo, por Estados terceiros, para poder criar Direito que vigore no seu território e também junto de outros Estados³⁵. Daí decorre a corrente monista com primado do direito internacional defendida por Kelsen, uma vez que esse reconhecimento internacional é condição fundamental para que o direito interno criado e aplicado por quem exerce o poder seja considerado legítimo – podendo as revoluções consistir

³² *Ibidem*.

³³ *Ibidem*, pp. 352 e 356.

³⁴ Cfr. HANS KELSEN, *Das Problem Der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts: Beitrag zu einer reinen Rechtslehre*, 2.^a Edição, Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Reimpressão HP, 1928, pp. 142, 228 e 263.

³⁵ Cfr. HANS KELSEN, *Teoria Pura do Direito...*, pp. 243-244.

num “processo criador de Direito”³⁶. Ou seja, o fundamento de vigência das ordens jurídicas estaduais encontra-se numa norma da ordem jurídica internacional, a qual, dada esta condição, é a ordem mais elevada de todas (“ordem soberana”)³⁷.

A norma fundamental³⁸, a ser genuína, não é uma norma posta (positivada) mas uma norma pressuposta, a partir da qual são criadas as regras de conduta entre os Estados³⁹. Essas normas de direito internacional geral com eficácia e efeito vinculativo para os Estados decorrem do costume formado pelo comportamento dos Estados entre si, através dos seus Governos, motivo pelo qual Kelsen reconhece o costume como fonte de Direito. Uma das mais importantes consequências do costume como fonte de Direito Internacional passa pelo reconhecimento de poder aos Estados para se vincularem entre si através dos tratados – separando o direito internacional geral, válido para todos os Estados, do direito internacional particular, válido apenas para quem celebra os tratados –, sendo aqui fundamental o princípio *pacta sunt servanda* enquanto norma de validade de todos os tratados celebrados no âmbito do direito internacional pactício⁴⁰.

Ora, é este princípio decorrente do costume que vai contribuir para a construção escalonada do direito internacional, uma vez que se o próprio costume se encontra no topo da pirâmide (por ser direito internacional geral aplicável a todos os Estados e inderrogável), no extremo oposto, na sua base, encontra-se o direito internacional pactício, com aplicação meramente particular e reservada aos Estados que celebrem os

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ *Ibidem*, p. 245.

³⁸ Em geral e com amplas referências sobre a evolução da norma fundamental no pensamento de Kelsen, cfr. DANIELA FILIPA CALADO MIRANTE, “Hans Kelsen: ruptura ou continuidade entre a Teoria Pura do Direito e a Teoria Geral das Normas”, *Revista Direito e Práxis – Vol. 5 – n. 8*, Rio de Janeiro: Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2014, pp. 120-151.

³⁹ Cfr. HANS KELSEN, *Teoria Pura do Direito...*, p. 244.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 245.

tratados⁴¹.

Todavia, devem ser reconhecidas as normas jurídicas decorrentes da jurisprudência e de órgãos internacionais criados por via do direito internacional pactício e que ocupa um cargo hierarquicamente superior face a este género de direito internacional (ao ter poder para criar Direito para um grupo de Estados que lhe reconhecem autoridade e poder), mas que se encontra abaixo do direito internacional geral (por se sustentar numa norma de direito internacional consuetudinário)⁴².

É com base nestes motivos que Kelsen acredita que se assiste a uma aproximação entre o direito internacional e o direito interno, com primado do primeiro, que terá como consequência a criação de um Estado mundial⁴³. Este é outro factor que sustenta a visão monista do autor, uma vez que o direito internacional e o direito interno têm de estar harmonizados sem litígios ou conflitos, caso contrário, a verificarem-se conflitos insolúveis – e o reconhecimento da existência de conflitos entre direito internacional e direito interno foi uma das inovações do pensamento de Kelsen na *Teoria Pura do Direito* –, não poderá haver lugar a um reconhecimento do direito internacional enquanto Direito e não poderia ser reconhecido efeito vinculativo ao direito internacional⁴⁴.

Neste sentido, para afastar as concepções dualistas – as quais considera que se baseiam na existência de conflitos insolúveis entre direito internacional e direito interno –, Kelsen equipara os casos de conflito entre lei inconstitucional e direito interno com o direito internacional, assumindo que a lei inconstitucional é válida e assim permanece sem que tal signifique que a Constituição é anulada ou alterada. O mesmo sucede com a sentença “ilegal” que tem validade e vigora até ser anulada

⁴¹ *Ibidem*, pp. 352-353.

⁴² *Ibidem*, p. 353.

⁴³ *Ibidem*, pp. 357, 376-377.

⁴⁴ *Ibidem*, pp. 358-361, 373.

(se o for) por outra sentença⁴⁵.

Assim, e uma vez que aos Estados é reconhecido o poder de criar Direito com a condição de respeitar o direito internacional – uma vez que é este que reconhece a legalidade do direito interno, sob pena de os Estados incorrerem em ilícito (sancionado com represálias ou guerra) –, também a norma criada em violação do direito internacional mantém-se válida, mesmo do ponto de vista internacional, uma vez que inexiste no direito internacional geral qualquer procedimento com vista à sua anulação. Uma anulação desta natureza só poderia ser possível através do direito internacional pactício⁴⁶.

Neste quadro, Kelsen estabelece uma relação entre direito internacional e direito interno semelhante à que existe entre Constituição estadual e lei interna, sendo apresentados dois modos diferentes de concepção da unidade entre direito internacional e direito interno⁴⁷. O primeiro deles prevê a subordinação de um ordenamento (direito interno) ao outro (direito internacional), uma vez que o último contém a norma que determina a produção de normas daquele, o que leva a que esse encontre o seu fundamento de validade no que é hierarquicamente superior⁴⁸.

Uma outra hipótese prevê que direito internacional e direito interno se encontrem ao mesmo nível, mas ambos necessitam sempre de um terceiro ordenamento hierarquicamente superior que coordene os dois. Kelsen insiste que tem sempre de haver hierarquia de ordenamentos para que se possa falar em validade, reconhecendo que essa validade depende da existência de uma ordem jurídica total que delega nas ordens jurídicas estaduais⁴⁹.

Uma vez mais, o autor refere-se ao monismo com pri-

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 360.

⁴⁷ *Ibidem*, pp. 357-358.

⁴⁸ *Ibidem*, pp. 369-371.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 362.

mado do direito internacional e alega que não há primado da ordem interna porque o direito de cada Estado não tem força face ao direito internacional, a Constituição de cada Estado assenta a sua validade numa norma de direito internacional que a reconheça e o direito internacional não é constituído com base na equivalência de todos os Estados como se todos eles tivessem o mesmo peso na realidade internacional⁵⁰.

4. AS OPOSIÇÕES DE HERBERT HART, RONALD DWORKIN E DANILO ZOLO

Já em 1970, Herbert A. Hart critica a tese de Kelsen sobre o direito internacional⁵¹. Dando enfoque ao monismo do alemão, alega que não é demonstrado que o direito internacional e o direito interno não integram um único e um mesmo sistema e contrapõe dando o exemplo de que a aprovação de uma lei pelo Parlamento britânico não significa que a lei britânica e a lei soviética formam um ordenamento jurídico ou mesmo que a lei soviética deriva a sua validade da lei britânica. No fundo, Hart acaba por confessar que existe um reconhecimento tácito da soberania e da validade das leis de cada país pelo facto de serem reconhecidas como produto legislativo de um Estado reconhecido pela comunidade internacional como soberano – indo de encontro ao pensamento de Kelsen.

No entanto, a série de exemplos dados por Hart não serão os mais felizes para sustentar uma posição contra o monismo com primado de direito internacional de Kelsen, uma vez que a lei britânica e a lei soviética não são normas de direito internacional, mas, sim, de direito interno, pelo que a soberania destes dois países – ou ex-países se considerarmos o fim da URSS – pode ser reconhecida na mesma medida. Ou seja, a lei

⁵⁰ *Ibidem*, pp. 363-366.

⁵¹ Cfr. H. L. A. HART, “Kelsen's Doctrine of the Unity of Law”, *Ethics and Social Justice*, ed. H.E. Kiefer e M. K. Munitz, Albany: State University of New York Press, 1970, pp. 171-199.

de nenhum dos dois países constitui direito internacional geral, direito internacional intermédio ou direito internacional pactício, pelo que não se podem comparar actos resultantes de soberanias reconhecidas pelo direito internacional sob pena de se confundir direito internacional com direito estrangeiro e a relação entre direitos estrangeiros – o que afasta a hipótese de se discutirem as abordagens monistas e dualistas⁵².

Não fará, de facto, sentido algum analisar-se a possibilidade de existência de primado do Direito de um Estado sobre o Direito de um outro, como se fosse possível estabelecer uma hierarquia directa, uma vez que ou se reconhece que cada um é independente e não se confunde com o direito internacional ou se entende que cada um tem a sua fundamentação decorrente do direito internacional.

Não obstante, Hart insiste em afirmar que os argumentos de Kelsen falham porque o fato de a relação de validação existir entre o princípio da efectividade tratada como regra de direito internacional e as regras de direito interno não demonstram que a validade do último deriva do primeiro e também não demonstram que os “pluralistas” estão errados quando negam a formação de um único sistema jurídico entre direito internacional e direito interno⁵³.

Paralelamente, Hart alega que Kelsen opõe-se à possibilidade de se verificarem conflitos entre direito internacional e direito interno⁵⁴, o que, conforme já referido, foi a posição sustentada inicialmente pelo último, mas viria a alterá-la com a *Teoria Pura do Direito*, admitindo mesmo que a norma conflituante prevalecerá válida por não existirem regras no direito internacional que prevejam a sua anulação.

⁵² Comparação semelhante é feita por RONALD DWORKIN num artigo publicado na mesma obra onde foi publicado o de Herbert Hart. Cfr. RONALD DWORKIN, “Comment on the Unity of Law”, *Ethics and Social Justice*, ed. H.E. Kiefer e M. K. Munitz, Albany: State University of New York Press, 1970, pp. 200-206.

⁵³ Cfr. H. L. A. HART, “Kelsen’s Doctrine of the Unity of Law”..., p. 181.

⁵⁴ *Ibidem*, pp. 182, 188-189.

Mais recentemente, Danilo Zolo⁵⁵ reconhece virtudes ao pensamento de Kelsen, dando especial destaque à originalidade do seu pensamento, bem como a sua capacidade para compreender a realidade internacional do seu tempo e antecipar inúmeras questões legais e institucionais que emergiram no panorama global no decorrer da segunda metade do século XX⁵⁶.

Todavia, o autor italiano acusa o austríaco de desenvolver bases utópicas na sua teoria. Com efeito, começa por identificar o que apelida de “os quatro corolários que derivam da primazia do direito internacional” para, numa fase posterior, expor os seus argumentos em defesa da presença de falácias no raciocínio de Kelsen.

Desde logo, indica que o monismo *kelseniano* assenta na ideia de um sistema legal internacional idêntico ao de um Estado⁵⁷. Deveremos questionar se tal evidência constitui uma fragilidade *de facto*, não apenas porque a realidade internacional é composta por Estados cujo modelo organizacional tradicional assenta numa tripartição (poderes legislativo, executivo e jurisdicional) que é transposta para as organizações supra-estaduais e que garantem, na clara maioria das situações, a prevalência do direito internacional, como a aplicação de sanções ou a criação de mecanismos que não tenham em vista a sua aplicação como consequência possível assumem-se como factores concorrentes para a eficiência do sistema.

No fundo, Zolo não contraria o monismo *kelseniano*, critica, sim, o facto de as suas características se inspirarem nos Estados e questiona os factores que podem contribuir para um maior ou menor grau de eficácia do sistema – nomeadamente no que respeita à constituição de um órgão executivo mundial e de um tribunal com jurisdição universal e forças de defesa e de

⁵⁵ Cfr. DANILO ZOLO, “Hans Kelsen: International Peace through International Law”, *European Journal of International Law*, Vol. 9, n.º 2, 1998, pp. 306-324.

⁵⁶ *Ibidem*, pp. 322-323.

⁵⁷ *Ibidem*, pp. 314-315.

segurança próprios⁵⁸.

Uma segunda crítica do autor italiano incide no facto de Kelsen não abordar o facto de o Conselho de Segurança das Nações Unidas ser composto pelas nações vencedoras da II Guerra Mundial ao mesmo tempo que sustenta a igualdade jurídica de todos os Estados sob o ponto de vista do primado⁵⁹. Também este argumento merece ser rebatido. Por um lado, porque a Carta das Nações Unidas consagra o princípio da igualdade soberana de todos os seus membros (artigo 2.º, n.º 1), o qual se reflete na igualdade de direitos dos Estados em sede de Assembleia-Geral, enquanto órgão representativo; e, por outro lado, porque a ausência de atomicidade e imposição de regras de votação especiais no Conselho de Segurança obriga à formação de consensos neste órgão, os quais, dado o crescente fenómeno de globalização, não têm apenas como base a situação específica de cada membro permanente, antes os interesses e aliados de cada um desses Estados.

Uma terceira crítica promovida por Danilo Zolo prende-se com a alegada contradição entre «a exigência de Kelsen para que as pessoas também sejam consideradas sujeitos de direito internacional e a ideia de que a guerra pode ser uma sanção “justa” contra os Estados (e seus cidadãos) que erradamente tenham usado a força». Mais prossegue, dizendo que, actualmente, a “guerra indiscriminada” atinge não apenas os responsáveis pela sua condução, como também terceiros totalmente alheios às decisões e operações e ainda outros que sejam vítimas dos regimes. Assim, alega que do ponto de vista das consequências destrutivas, “a guerra moderna não seja fácil de distinguir do terrorismo internacional” pelo que o argumento de Kelsen é passível de promover e legitimar a «teoria de “terrorismo justo”»⁶⁰.

⁵⁸ *Ibidem*, pp. 317-318.

⁵⁹ *Ibidem*, pp. 315-316.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 316.

Contudo, Zolo parece assumir como sinónimos o conceito de *guerra justa* – ou direito à guerra (*jus ad bellum*), enquanto as razões que legitimam um Estado a declarar guerra contra outro – com o direito da guerra (*jus in bello*) – ou a forma como os Estados podem conduzir a guerra. São, efectivamente, dois conceitos manifestamente diferentes. Ainda que ambos decorram do costume internacional, inexistente consenso relativamente aos critérios que devem estar verificados para estarmos perante uma situação de guerra justa – embora a Carta das Nações Unidas consagre, no artigo 51.º, o direito à legítima defesa. Já o segundo teve como corolário as o primeiro encontrou correspondência através das Convenções de Haia (de 1899 e regulamentadas em 1907) e as Convenções de Genebra de 1949 – as quais proibem e sancionam uma parte de *dizimar* a outra sem que se verifiquem causas de exclusão de ilicitude e, ainda que quem participar nas hostilidades perca a sua imunidade, obrigam a que os alvos, em contexto de guerra, sejam exclusivamente militares.

Deste modo, e tendo como base a opinião manifestada por Kelsen, é sobejamente provável que o autor austríaco não fosse favorável ao conceito de “guerra indiscriminada” *tout court* ou a outro que reconheça na perda de vidas civis uma consequência natural e tolerável – o que não exclui, porém, a aplicação de outra natureza de sanções à população em geral, mesmo àquela que seja vítima de um regime opressor (pensando-se aqui em contribuições financeiras para reparar os esforços e os danos provocados pela guerra).

5. ANÁLISE À ACTUALIDADE DO PENSAMENTO DE KELSEN

Ao contrário de dualistas como Triepel e Anzilotti, a doutrina de Hans Kelsen – apoiada em determinada medida por

Josef Laurenz Kunz e Alfred Verdross⁶¹ – tem como base uma perspectiva monista na qual o direito internacional e o direito interno formam um único ordenamento jurídico, concepção esta que serviria para demonstrar que o direito internacional é um ramo do Direito que admite o recurso a coerção enquanto forma de garantir o seu cumprimento – o que constituiria argumento para posicionar o direito internacional acima do direito interno.

Com efeito, para Kelsen, a única razão pela qual diversos Estados podem celebrar um tratado sob o direito internacional deve-se apenas ao facto de o direito internacional lhes reconhecer poder para tal através das regras de direito costumeiro que regulam o processo aplicável aos tratados. Quando os tratados são celebrados e ratificados, os representantes dos Estados são, em primeiro lugar, órgãos da comunidade de direito internacional criada pelo direito internacional consuetudinário, e só depois são órgãos dos seus Estados.

Da mesma forma que as pessoas celebram contratos e actuam nos limites do que o Direito não proíbe, assim também os Estados têm liberdade para produzirem normas de direito interno e celebrarem tratados com terceiros Estados desde que tais actos não violem o direito internacional (geral, de segunda linha da pirâmide ou pactício). No entanto, não são realmente os Estados que criam direito internacional pela via dos Trata-

⁶¹ Para uma leitura aprofundada sobre a posição deste autor, cfr. ALFRED VERDROSS, *Derecho Internacional Público*, Tradução de Antonio Truyol Y Serra, 5.^a Edição – 3.^a Reimpressão, Madrid: Aguilar, 1973, pp. 47-73; ALFRED VERDROSS, “Le Fondement du Droit International et Règles Générales du Droit International de la Paix”, *Recueil des Cours (V – 1929)* – *Académie de Droit International de La Haye*, Tomo 30, Paris: Librairie Hachette, 1931, pp. 265 e ss; JOAQUIM DA SILVA CUNHA, MARIA DA ASSUNÇÃO DO VALE PEREIRA, *Manual de Direito Internacional Público...*, p.97. Apesar de percussor da corrente monista, VERDROSS entendia que a autonomia dos Estados nas mais diversas áreas pode ser condicionada pelo Direito Internacional, mas apenas de forma parcial e não total, uma vez que o Direito Internacional mantém a sua natureza especial. Deste modo, apenas algumas normas de Direito Internacional prevalecem sobre Direito interno. Neste sentido, JORGE MIRANDA, *Curso de Direito Internacional Público...*, p. 223.

dos, mas, sim, a comunidade de Estados ou, mais concretamente, a comunidade jurídica internacional.

Uma vez mais, não poderá ser ignorada a realidade da época, dado que esta tese foi concebida e desenvolvida pós-I Guerra Mundial e na sequência do Tratado de Versalhes (1919) e na criação da Sociedade das Nações, pretendendo-se, com o monismo com primado do direito internacional e com o reconhecimento da autoridade das instituições jurisdicionais e outras, consagrar o novo paradigma da realidade internacional enquanto instrumento eficiente para garantir a paz.

Esta realidade inspirou Kelsen e Kunz a conceptualizarem o direito internacional enquanto meio de condução da sociedade à escala mundial através da “lei universal”. Porque ambos acreditaram que o fenómeno do nacionalismo europeu levou os Estados a travarem a I Guerra Mundial, este nacionalismo só podia ser combatido através de novas instituições que assegurassem a paz permanente, assumindo a pacificação da comunidade mundial o fim primordial do direito internacional para Kelsen.

Os novos órgãos políticos da comunidade de Estados eram a Sociedade das Nações, o Tribunal Permanente de Justiça Internacional e a pessoa (que reforçava o seu estatuto de sujeito passível de direitos e obrigações internacionais). Pretendia-se, assim, que a nova organização mundial e a celebração de tratados com vista à proteção de minorias – não sendo indiferente, aqui, a referência, pela primeira vez, ao princípio da autodeterminação dos povos, por Woodrow Wilson, em 1918 – colocassem termo à conflitualidade que conduziu os Estados à I Guerra Mundial.

O que se constata após se reflectir sobre o contributo de Hans Kelsen para a análise ao direito internacional é que o seu pensamento permanece actual. Com efeito, as campanhas realizadas ao longo dos últimos 15 anos sob o desígnio de “intervenção humanitárias” em palcos como o Kosovo (1999), o

Iraque (2003), a Líbia (2011), a tentativa falhada (ou adiada) na Síria (2013) e a recente campanha ainda em curso na Ucrânia (2013/2014) colocam a nu o pragmatismo de alguns juristas que defendem agendas estatais independentemente do seu enquadramento no Direito Internacional, comportamento este que Kelsen atacou vigorosamente entre as I e II Guerras Mundiais e que justificou a sua cruzada em defesa do positivismo do direito internacional – enquanto característica que reforce a confiança dos sujeitos – e de um monismo com primado do direito internacional – para garantir que se caminha no sentido de cooperação entre Estados que evite a anarquia ou o “estado selvagem” entre os vários actores intervenientes na ordem internacional.

Paralelamente, a tentativa de construção de um projeto cosmopolita de juridificação e institucionalização das relações entre os Estados é hoje uma realidade⁶² – embora dúvidas subsistam sobre se se caminha verdadeiramente para a ideia de Estado mundial preconizada por pensadores como Alexander Wendt⁶³. Com efeito, a visão *kelseniana* reduz a relação do direito internacional com o direito interno à escala de hierarquia onde o direito internacional exerce primazia e delega nos Estados a competência para criar Direito, determinando não apenas a criação e o fim do ordenamento jurídico estadual como também a esfera territorial e material na qual assenta a sua validade.

No entanto, a construção do universo jurídico de Kelsen

⁶² Sobre a possibilidade de formação de um ordenamento jurídico mundial que assente na sociedade civil internacional, cfr. GUNTHER TEUBNER, “A Bukowina Global: sobre a Emergência de um Pluralismo Jurídico Transnacional”, *Impulso: Revista de Ciências Sociais e Humanas (Janeiro/Abril)*, v. 14, n. 33, Piracicaba: UNIMEP, 2003, pp. 9-31.

⁶³ Cfr. ALEXANDER WENDT, “Why a World State Is Inevitable”, *Human Dignity and Humiliation Studies*. <http://www.humiliationstudies.org/documents/WendtWhyaWorldStateIsInevitable.pdf> [visitado a 5 de Outubro de 2016].

aproxima-se do conceito *civitas maxima*, de Christian Wolff⁶⁴, e parece afastar-se da paz perpétua de Immanuel Kant, pois que as linhas de pensamento de Kelsen e Kant divergem no facto de o último reconhecer e valorar consideravelmente a presença do elemento soberania no Estado (ao contrário de Kelsen).

Ora, conforme referido, questiona-se a ideia de os Estados seguirem (lenta ou mais dinamicamente) rumo à formação de um Estado mundial. Afinal, há ainda que considerar a fragmentação do Direito Internacional e a própria vontade particular de cada Estado (já abordada em Hegel) enquanto riscos à celebração de um “contrato social” entre os Estados. Com efeito, não pode ser ignorado o conflito entre *lex specialis* e *lex generalis*, nem os Estados (e os grupos de Estados) com agendas que privilegiam o isolamento no quadro mundial ou ainda a determinação do escopo de princípios *jus cogens* enquanto dispositivos de solução de determinados conflitos normativos no plano internacional.

Com efeito, se até um passado não muito longínquo o direito internacional tendia a incidir sobre áreas generalistas, delegando nos Estados o poder para produzir Direito sobre matérias especiais, desde há algumas décadas até ao presente que o conceito de direito internacional genérico tem sido fortemente influenciado pelos efeitos da globalização, substituindo-se por diversas áreas de direito internacional especial (direitos humanos, direito do ambiente, direito do mar, direito penal, direito da energia, entre outros) passíveis de conflituarem com relativa facilidade com os direitos internos – demonstrando os ordenamentos jurídicos estaduais insuficiência ou incapacidade para lidarem com a natureza crescentemente transnacional de muitos fenómenos.

Assim, assiste-se ao surgimento de novas regras e sistemas jurídicos que se manifestam a partir da vigência de princípios de cooperação intergovernamental e observa-se ainda a

⁶⁴ Cfr. ALFRED VERDROSS, DERECHO INTERNACIONAL PUBLICO..., p. 54.

constituição de entidades e organizações compostas por grupos de Estados como forma de protegerem os seus interesses comuns face a ofensivas de organizações ou grupos de interesse generalistas. Exemplos desta última constatação são os instrumentos de protecção de direitos humanos especificamente criados por entidades como a União Europeia, a União Africana ou a Liga Árabe como forma de afastarem (ainda que indirectamente) ou relegarem para um segundo plano a Declaração Universal dos Direitos do Homem⁶⁵.

Por outro lado, algumas organizações formam-se tendo como base a mesma motivação que aquela que inspirou Hans Kelsen a definir a sua doutrina de direito internacional: o monismo com primado do direito internacional, com a criação de órgãos supra-estaduais que criem e apliquem Direito, como forma de se garantir a paz entre os povos. A União Europeia ilustra o expoente máximo deste mesmo projecto por conter todos os condimentos referidos em Kelsen, sendo os resultados esclarecedores: a paz entre os povos tem sido assegurada na Europa graças ao projecto de construção europeia⁶⁶.

⁶⁵ Podemos questionar a terminologia adoptada em língua portuguesa para a Declaração Universal dos Direitos do Homem. Em francês, a opção recaiu em “*Droits de l’Homme*”, enquanto em inglês e em castelhano o conceito é mais moderno e mais inclusivo: “*Human Rights*” e “*Derechos Humanos*”, respectivamente. A tendência portuguesa para seguir a adaptação do francês não é recente, tendo as suas origens no facto de, até ao terceiro quartel do século XX, Portugal manifestar uma aproximação e uma afinidade maior com a cultura e política francesas. Relativamente à Declaração Universal dos Direitos do Homem, o crescente reconhecimento de direitos às mulheres e a conseqüente intenção de eliminar factores passíveis de prolongarem a discriminação com base no género precipitaram a revisão da terminologia em castelhano, mais concretamente de “*Derechos del Hombre*” para “*Derechos Humanos*”, em 1952, por via da Resolução 548 (VI) da Assembleia-Geral das Nações Unidas. Portugal nunca procedeu, oficialmente, à mesma alteração, assistindo-se, porém, a uma referência oficial ora a “Direitos do Homem”, ora a “Direitos Humanos”. Com efeito, a Declaração tem a nova terminologia reconhecida por órgãos de soberania como a Assembleia da República, o que não se estende obrigatoriamente aos restantes.

⁶⁶ Não merecendo, no presente documento, a discussão sobre se devem ou não existir limites a esse mesmo projeto – pensando-se, aqui, nos federalistas, nos europeístas moderados e nos eurocépticos.

O percurso assumido pelos Estados que integram a União Europeia aproxima-os, presentemente⁶⁷, da formação, não de um Estado mundial, mas de um Estado europeu com transferência da soberania como forma de prosseguir o objectivo de garantia de estabilidade e paz entre os povos. Desde os instrumentos legislativos com aplicação directa nos Estados-Membros (que dispensam a transposição pelos Estados destas para o seu ordenamento jurídico), às “recomendações” aparentemente não vinculativas embora dotadas de coercibilidade tácita, passando pelas instituições que produzem e aplicam Direito supra-estadual como sendo estadual, a visão de Kelsen encontra-se plasmada no projecto europeu.

Todavia, o relativismo cultural ainda é consideravelmente acentuado a nível global para que se possa falar na concretização de um Estado mundial nos mesmos termos em que funciona a Europa. Deste modo, se se tiver de analisar a realidade mundial actual, esta é caracterizada por uma espécie de modelo híbrido, no qual vigoram simultaneamente concepções dualistas e monistas (com primado do direito internacional e do direito interno), ainda que projectos tendencialmente universalizantes (como o Estatuto de Roma que cria o Tribunal Penal Internacional) tenham impulsionado vários Estados a reverem as suas Constituições e a consagrarem cláusulas de recepção do direito internacional que tende a reconhecer o seu primado face ao direito interno⁶⁸.

Paralelamente, deverá referir-se que afigura-se pouco provável que a actual concepção da Organização das Nações Unidas (e respectivas instituições) consiga aproximar-se do

⁶⁷ Devendo ter-se em atenção o aumento dos eurocéticos e dos europeístas moderados por via da emergência da extrema-direita ou de correntes nacionalistas não fundamentalistas.

⁶⁸ Este não será o caso, por exemplo, de países como Moçambique, cuja Constituição equipara, no n.º 2 do art. 8.º, o Direito Internacional a atos normativos “infra-constitucionais”. Cfr. ALEXANDRE GUERREIRO, *A Resistência dos Estados Africanos...*, p. 52.

conceito de Estado mundial preconizado por Hans Kelsen, uma vez que se trata de um projeto concebido tendo como base a justiça dos vencedores da II Guerra Mundial para que estes pudessem concentrar poderes suficientes ao ponto de poderem exercer o domínio sobre o Mundo e a própria Carta das Nações Unidas prever órgãos que são democraticamente proporcionais mas praticamente inócuos⁶⁹ e outros que concentram poderes num número reduzido de Estados⁷⁰.

É impossível dissociar o direito internacional do direito interno enquanto um único sistema pois que se se pode falar, sequer, em direito interno de cada Estado é porque se lhe reconhece soberania e essa soberania tem de ser reconhecida por outros Estados ou, pelo menos, pelo grosso da comunidade internacional, caso contrário as suas leis não são válidas. Esta situação já sucede em sede de Organização das Nações Unidas, cuja qualidade de membro da Assembleia-Geral serve, não raras vezes, para se verificar o reconhecimento oficial de um Estado como soberano (salvo algumas exceções)⁷¹.

Um dos passos mais significativos dados pela doutrina de Kelsen incide sobre o facto de o direito internacional não se resumir às relações entre os Estados, podendo envolver todas as actividades humanas. O exemplo mais claro de tal evolução diz respeito à protecção internacional aos direitos humanos: enquanto as relações entre um Estado e os seus nacionais foram justificadas no passado como tratando-se de questões de foro meramente interno, encontrando-se, como tal, protegidas pelo princípio de respeito pela soberania de cada Estado (vigente desde a Paz de Vestefália), com conformação dos restantes,

⁶⁹ A Assembleia-Geral.

⁷⁰ O Conselho de Segurança.

⁷¹ Independentemente do preenchimento dos quatro requisitos previstos no artigo 1.º da Convenção sobre Direitos e Deveres dos Estados, de Montevideu (1933), que permitem qualificar um Estado como soberano. Para uma leitura sobre o estatuto de Estado (*statehood*), cfr., por exemplo, YANIV VOLLER, *The Kurdish Liberation Movement in Iraq: From insurgency to statehood*, Nova Iorque: Routledge, 2014.

desde então, situações desta natureza elevaram-se à categoria internacional ao merecerem o interesse de todos. Assuntos de foro constitucional e em matéria de direitos fundamentais entre o Estado e os seus cidadãos podem facilmente ser apreendidos pelo direito internacional.

Hans Kelsen contribui para o reconhecimento e universalização de institutos como os princípios *jus cogens* e as *obligatio erga omnes*, enquanto matérias que são do interesse de todos os Estados, independentemente do local onde se verifiquem. Deste modo, a concepção monista com primado do direito internacional permite consolidar um sistema tácito de fiscalização de todos os Estados entre si, como forma de garantir a protecção dos interesses básicos de toda a humanidade (enquanto elemento comum a todos, independentemente da especificidade de cada cultura) ao mesmo tempo que se reconhece a soberania de cada um para legislar sobre matérias que o direito internacional não proíbe.

Em casos mais radicais de monismo com primado do direito internacional, são as próprias instituições criadas por via do direito pactício (segunda linha do escalonamento das normas de Direito Internacional de Kelsen) que vão absorvendo a soberania de cada Estado e praticamente substituindo-se a este, transformando o direito interno numa espécie de direito infra-estadual e o direito internacional em direito interno.

Hans Kelsen faz mais do que propor uma concepção monista com primado do direito internacional. Kelsen estabelece o fim da doutrina instituída pela Paz de Vestefália (1648) em torno de um conceito de soberania praticamente incondicional dos Estados, ao abrigo da qual era ilegítima a ingerência de terceiros Estados na governação de um outro. Com Kelsen, a soberania de cada Estado e todas as consequências que daí advêm (como o poder para produzir Direito) passam a estar dependentes da verificação da norma fundamental. Só perante o reconhecimento de um Estado como tal pela restante comuni-

dade lhe atribuem legitimidade para produzir direito interno. No entanto, esse Direito interno não pode conflitar com o direito internacional, sob pena de o Estado poder ser alvo de sanções, obrigando a comunidade de Estados a funcionar com um mínimo de harmonia.

6. CONCLUSÕES

Poder-se-ia, por instantes, questionar se Kelsen seria um verdadeiro precursor do monismo com primado do direito internacional, em contraposição com autores como Georg Jellinek e Erich Kaufmann, dado que admite a hipótese de “a Constituição de um Estado conter um preceito por força do qual o direito internacional geral deve valer como parte integrante da ordem jurídica estadual”⁷².

Para responder a esta questão é necessário primeiro entender o que é o Direito para Kelsen. Aqui, compreende-se que o Direito é uma ordem social coactiva composta por um conjunto de normas que regulam a conduta humana. O escalonamento da ordem jurídica implica um funcionamento dinâmico de todas as normas, cuja forma de produção poderá suscitar problemas, sobretudo aquelas que ligam uma determinada conduta a um acto coercivo, podendo ou não haver participação no processo criativo do sujeito que vai ser obrigado (podendo mesmo estar contra e ver a norma ser aprovada)⁷³.

Da mesma forma sucede com o Estado em direito internacional: o Estado ora pode participar no processo produtivo da norma de direito internacional (contribuindo para a formação do costume), ou não (através do comportamento de outros), podendo mesmo opor-se mas ver a norma de direito internacional ser-lhe aplicada. Aquilo que em direito estadual é a

⁷² Cfr. HANS KELSEN, *Teoria Pura do Direito...*, p. 367; HANS KELSEN, *Principles of International Law...*, pp. 411 e ss.

⁷³ *Ibidem*, pp. 215-224.

Grundnorm (a Constituição), em direito internacional é o reconhecimento da legitimidade de um Estado para produzir normas válidas. Kelsen declara que, apesar de o direito internacional se encontrar hierarquicamente superior face ao direito interno, o direito internacional é sempre formado através do comportamento dos Estados. Não é direito interno, mas depende dos Estados e os Estados, segundo Kelsen, criam Direito, o seu Direito, para depois se submeterem eles próprios a ela: ou seja para se obrigarem e se atribuírem direitos através do seu próprio Direito.

A coerência de Kelsen fica patente neste raciocínio: o Estado cria Direito e é Direito. Há um procedimento democrático que legitima o próprio Direito, com os procedimentos fixados no Estado, pelo que todo o Estado é equiparado com o Direito porque o Direito provém do Estado. Assim, sendo o direito internacional criado pelos Estados, o direito internacional é Direito e é do direito internacional o primado no monismo, uma vez que é o comportamento de cada um que concorre para a formação de direito internacional geral, o qual, a partir do momento em que é formado deixa de estar sob seu controlo e passa a recair sobre a maioria.

Neste quadro, são os Estados, no seu conjunto, que se colocam numa situação de ser o direito internacional a determinar a validade do direito interno, deixando de caber a cada Estado, individualmente, a escolha de estar sob alçada do direito internacional geral ou não. E é o princípio da efectividade que determina o fundamento da validade e o domínio territorial, pessoal e temporal da validade das ordens jurídicas estaduais podendo cada Estado definir, por sua iniciativa, se quer acolher o direito internacional como direito interno por via de limitações impostas pela própria Constituição.



BIBLIOGRAFIA

- AAVV, *Recueil des Cours – IV – 1926 – Tome 14 – Académie de Droit International de La Haye*, Paris: Librairie Hachette, 1927.
- , *Recueil des Cours – V – 1929 – Tome 30 – Académie de Droit International de La Haye*, Paris: Librairie Hachette, 1931.
- , *Ethics and Social Justice*, ed. H.E. Kiefer e M. K. Munitz, Albany: State University of New York Press, 1970.
- , *European Journal of International Law*, Vol. 9, n.º 2, 1998.
- , *Impulso: Revista de Ciências Sociais e Humanas (Janeiro/Abril)*, v. 14, n. 33, Piracicaba: UNIMEP, 2003.
- , *Revista Direito e Práxis – Vol. 5 – n. 8*, Rio de Janeiro: Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2014.
- Anzilotti, Dionisio, *Corso di Diritto Internazionale – Vol. 1 – Introduzione – Teorie Generali*, 4.ª Edição, Pádua: Cedam, 1964.
- Cathrein, Victor, *Filosofia del derecho: el derecho natural y positivo*; tradução de Alberto Jardón, César Barja, 4.ª Edição, Madrid: Reus, 1926.
- Cunha, Joaquim da Silva e Pereira, Maria da Assunção do Vale. *Manual de Direito Internacional Público*, 2.ª Edição, Coimbra: Almedina, 2004.
- Fur, Louis le, *Précis de Droit International Public*, 3.ª Edição, Paris: Librairie Dalloz, 1937.
- Guerreiro, Alexandre, *A Resistência dos Estados Africanos à*

- Jurisdição do Tribunal Penal Internacional*, Coimbra: Almedina, 2012.
- Hegel, Georg Wilhelm Friedrich, *Princípios da Filosofia do Direito*. Tradução de Orlando Vitorino, Lisboa: Guimarães editores, 1959.
- Jellinek, Georg, *Die Rechtliche Natur der Staatenverträge*, Viena: Alfred Hölder, 1880.
- . *Allgemeine Staatslehre*, Berlim: O. Häring, 1905.
- . *Sistema dei Diritti Pubblici Subbiettivi*, Tradução de Avv. Gaetano Vitagliano, Milão: Società Editrice Libreria, 1912.
- Kant, Immanuel. *A Paz Perpétua e Outros Opúsculos*, tradução de Artur Morão, Lisboa: Edições 70, 1995.
- . *A Metafísica dos Costumes*, Tradução, apresentação e notas de José Lamego, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.
- Kelsen, Hans. *Das Problem Der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts: Beitrag zu einer reinen Rechtslehre*, 2.^a Edição, Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Reimpressão HP, 1928.
- . *Principles of International Law, Principles of International Law*, Clark: The Lawbook Exchange, Ltd, 2003.
- . *Teoria Pura do Direito* (2.^a edição, 1960), tradução de João Baptista Machado, 7.^a Edição da tradução portuguesa, Coimbra: Almedina, Abril 2008.
- Miranda, Jorge. *Curso de Direito Internacional Público*, 5.^a Edição, Parede: Princípa, 2012.
- Pereira, André Gonçalves e Quadros, Fausto de, *Manual de Direito Internacional Público*, 3.^a Edição, Coimbra: Almedina, 2009.
- Torre, Massimo la, *Law as Institution – Law and Philosophy Library – Vol. 90*, Springer, 2010.
- Triepel, Heinrich, *Droit Internationale et Droit Interne*, Tradução de René Brunet, Paris: A. Pédone, 1920.

Verdross, Alfred, *Derecho Internacional Publico*, Tradução de Antonio Truyol Y Serra, 5.^a Edição – 3.^a Reimpressão, Madrid: Aguilar, 1973.

Voller, Yaniv, *The Kurdish Liberation Movement in Iraq: From insurgency to statehood*, Nova Iorque: Routledge, 2014.

SÍTIOS DE INTERNET

Human Dignity and Humiliation Studies:
<http://www.humiliationstudies.org>