

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

V. 10, NÚMERO ESPECIAL: HANS KELSEN
AS RELAÇÕES DE SISTEMA ENTRE O DIREITO INTERNO
E O DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL

BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Programa de Mestrado e Doutorado em Direito

Centro Universitário de Brasília

Reitor

Getúlio Américo Moreira Lopes

Presidente do Conselho Editorial do UniCEUB

Elizabeth Regina Lopes Manzur

Diretor do ICPD

João Hercúlio de Souza Lopes Filho

Coordenador do Programa de Mestrado e Doutorado

Marcelo Dias Varella

Editor

Prof. Dr. Marcelo D. Varella

Linha editorial

A Revista de Direito Internacional (RDI) foi criada como instrumento de vinculação de trabalhos acadêmicos relacionados a temáticas tratadas pelo Direito Internacional Público e Privado. A revista é sucessora da Revista Prismas (herdando sua avaliação B3), que foi dividida em dois periódicos (junto com Revista Brasileira de Políticas Públicas), em virtude da quantidade de submissão de artigos e procura. Na busca pelo desenvolvimento e construção de visões críticas a respeito do Direito Internacional, a RDI possui sua linha editorial dividida em dois eixos:

1. Proteção internacional da pessoa humana: abrange questões referentes ao direito internacional ambiental, direito humanitário, internacionalização do direito, além de pesquisas sobre a evolução do direito dos tratados como forma de expansão do direito internacional contemporâneo.
2. Direito Internacional Econômico: abrange questões referentes aos sistemas regionais de integração, direito internacional econômico e financeiro e solução de controvérsias comerciais e financeiras. A RDI busca incentivar a pesquisa e divulgação de trabalhos relacionados as disciplinas voltadas para o estudo do Direito Internacional publicando artigos, resenhas e ensaios inéditos. A revista está aberta às mais diversas abordagens teóricas e metodológicas impulsionando a divulgação, o estudo e a prática do Direito Internacional.

Comitê editorial

Alice Rocha da Silva, Programa de Pós-Graduação em Direito, UniCEUB

André Lipp Pinto Bastos Lupi, Programa de Pós-Graduação em Direito, UNIVALI

Julia Motte Baumvol, Faculdade de Direito, Universidade de Genebra

Noemy C de Araújo M C Melo, Universidade de Paris II, Panthéon-Assas

Paulo Emílio Vauthier Borges de Macedo, Programa de Pós-Graduação em Direito, UERJ

Wagner Menezes, Programa de Pós-Graduação em Direito, USP

Layout capa

Departamento de Comunicação / ACC UniCEUB

Diagramação

S2 Books

Disponível em:

<http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br>

Circulação

Acesso aberto e gratuito

Revista de Direito Internacional / Centro Universitário de Brasília,
Programa de Mestrado em Direito do UniCEUB. - vol.8, no. 2
(jul./dez. 2011) - . Brasília : UniCEUB, 2011- .

Semestral.

ISSN 2236-997X

Disponível também on-line: <http://www.rdi.uniceub.br/>

Continuação de: Revista Prismas: Direito, Políticas Públicas e Mundialização.
Programa de Mestrado em Direito do UniCEUB.

1. Direito Internacional. 2. Políticas Públicas. 3. Mundialização. I. Programa de
Mestrado em Direito do UniCEUB. II. Centro Universitário de Brasília.

CDU 34(05)

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Reitor João Herculino

Matérias assinadas são de exclusiva responsabilidade dos autores.

Citação parcial permitida com referência à fonte.

e-mail: rdu@uniceub.br

Os números da revista são temáticos. Os próximos números serão sobre direito internacional econômico, direitos humanos e direito humanitário.

Sumário

Notas preliminares do coordenador.....	9
Introdução	10
Primeira parte - O Estado	12
Capítulo I - A natureza do Estado	12
1. Os dois sentidos da palavra ordem: o Estado - Ordem normativa.....	12
2. A Validade da ordem estatal	13
3. O Estado: Ordem válida	14
4. A Eficácia da ordem estatal	14
5. Validade e eficácia	16
6. A “Imputação” ao Estado	16
7. Imputação normativa e imputação natural.....	17
8. O Estado: Esquema interpretativo.....	18
9. Normas e sociedade	19
10. O Estado: Ordem de cogência.....	20
11. Estado e direito	20
12. A regra de direito; o sujeito de direito; o direito subjetivo; norma primária e norma secundária	21
13. A aplicação da sanção: os «órgãos» do Estado	22
14. A dualidade do Estado e do Direito	23
15. Caráter jurídico dos problemas da teoria geral do Estado.....	24
Capítulo II - A soberania	25
16. Os “elementos” do Estado.....	25
A) o território do Estado: sua delimitação pelo direito internacional	25
17. B) A teoria do povo	26
18. C) A limitação dos Estados no tempo	27
19. O «poder público» em si mesmo: a validade da ordem jurídica.....	28
20. A «soberania» do Estado.....	30
21. Os graus da ordem jurídica: as funções do Estado	32

22. A «unicidade» (Ausschliesslichkeit) necessária da ordem soberana	34
Segunda parte - Direito interno (Estado) e direito internacional	36
Capítulo III - Relações possíveis entre dois sistemas de normas.....	36
23. O que é um sistema de normas?	
A) a norma fundamental e a nossa “fonte” do direito	36
24. B) o “objeto” das normas	39
25. C) os “sujeitos” das normas	39
26. Conflitos de normas aparentes e sua solução.	40
A) a unicidade necessária do sistema normativo.....	40
27. B) coordenação e subordinação dos sistemas normativos	42
28. C) a solução dos conflitos entre normas de duas ordens hierarquizadas ..	44
Capítulo IV - Direito interno e direito internacional	46
I - A construção dualista.....	46
29. As três constituições possíveis da relação	46
30. As consequências da construção dualista.	47
A) negação da natureza jurídica do direito “internacional”	47
31. A identidade de objetos das regras de direito interno e de direito interna- cional	51
32. O problema dos «sujeitos» do direito internacional, as fontes do direito internacional: a teoria da união (vereinbarung)	53
33. O problema da «transformação» do direito internacional em direito interno	56
Capítulo V - Direito interno e direito internacional (continuação).....	58
II - A construção monista	58
A) a primazia do direito interno.....	58
34. Necessidade do monismo jurídico	58
35. A soberania do estado e o problema da autolimitação.....	58
36. Autolimitação e reconhecimento.....	60
37. As consequências de valor da teoria de reconhecimento do direito internacional.	62
A) A força obrigatória dos tratados. Qual é a força explicativa dessa teoria?	62

38. B) A existência jurídica dos estados estrangeiros	63
39. C) O caráter científico e os limites da tese monista	64
Capítulo VI - Direito interno e direito internacional (continuação)	66
II - A construção monista	66
B - A primazia do direito internacional	66
40. A igualdade jurídica dos Estados	66
41. O caráter objetivo do direito internacional e suas consequências	67
42. A) A «fonte» do direito internacional	69
43. B) A teoria do «reconhecimento» do direito internacional.....	70
44. C) A teoria dos direitos fundamentais dos Estados.....	70
45. D) A entrada dos estados na comunidade internacional	71
46. E) O nascimento, o reconhecimento e o fim do estado: a definição internacional do estado	73
47. Revolução, continuidade do direito e identidade do estado	76
48. Primazia do direito internacional e soberania do estado	77
49. O igual valor teórico das duas hipóteses	78
50. O caráter positivista da teoria da primazia do direito internacional: conflitos entre direito interno e direito internacional	79
51. A sanção do direito internacional, seu futuro: estado e sociedade internacional	82
Conclusão - As duas hipóteses jurídicas fundamentais, a teoria do conhecimento e a moral política	85
52. Subjetivismo e objetivismo	85
53. Imperialismo e pacifismo	87
54. A superioridade moral do objetivismo jurídico	89
Referências	90

POR

HANS KELSEN

Professor na Faculdade de
Direito da Universidade de Viena

Tradução

Marcelo D. Varella (coordenador)
Amábile Pierroti
Luiza Maria Rocha Nogueira
Geilza Diniz

Trabalho traduzido e publicado
com a gentil autorização da Academia
de Direito Internacional de Haia

NOTAS BIOGRÁFICAS

Hans Kelsen nasceu em Praga (Áustria-Hungria) em 1881. Doutorou-se em Direito pela Universidade de Viena em 1906 e Livre Docente em 1911. Tornou-se professor convidado (1917) e depois Professor efetivo (1919) de Direito Público e Filosofia do Direito na Faculdade de Direito da Universidade de Viena, onde atuou como editor da Revista de Direito Público. Com o apoio do Chanceler Karl Renner, Kelsen trabalhou na proposta de Constituição da Áustria, que entrou em vigor em 1920. Em seguida, tornou-se membro, depois relator permanente junto à Corte de Justiça Constitucional da Áustria. Em 1925, Kelsen publica Teoria Geral do Estado. Em 1930, Kelsen passa a lecionar na Universidade de Colônia. Com a ascensão nazista, afasta-se da Alemanha e muda-se para Suíça, onde passa a lecionar no Instituto de Estudos Internacionais até 1940. Com o avanço da segunda guerra mundial, Kelsen muda-se para os Estados Unidos, lecionando primeiro em Harvard, por um ano, como convidado e, depois em na Faculdade de Ciência Política da Universidade da Califórnia, em Berkeley. O autor falece em 19 de abril de 1973.

PRINCIPAIS PUBLICAÇÕES

Publicadas por várias editoras, em diferentes idiomas

Teoria Pura do Direito

Jurisdição Constitucional

A Justiça e o Direito Natural

O Problema da Justiça

A Democracia

A Ilusão da Justiça

Teoria Geral do Direito e do Estado

Peace Through Law

NOTAS PRELIMINARES DO COORDENADOR

Hans Kelsen é um dos principais autores para a área de Direito do século XX. Este livro foi originalmente escrito em francês, como um curso geral na Academia de Direito Internacional e nunca foi traduzido para outro idioma. Este trabalho é considerado uma das obras mais importantes de Kelsen para o direito internacional, porque o autor a escreve em meio a uma disputa teórica com os voluntaristas, sobretudo Triepel, em uma sequência de cursos que disputam a natureza da relação jurídica entre o direito internacional e o direito doméstico. Kelsen tem o apoio de Verdross, seu discípulo, que também pretendemos publicar em português em breve. Nesta disputa entre grandes autores encontramos os melhores argumentos sobre a primazia do direito internacional.

Este texto já é bastante utilizado em disciplinas de mestrado e doutorado em Direito em todo o Brasil. No caso da graduação, a barreira linguística era intransponível, situação solucionada pela presente tradução, que torna a obra muito mais acessível.

A Academia de Direito Internacional, gentilmente permitiu a tradução e aproveitamos para agradecer especialmente os professores Geneviève Burdeau e Yves Daudet.

O trabalho de tradução envolve uma complexidade maior do que se pensa. Kelsen escreve em um idioma que não é o seu, com frases longas e as vezes de muito difícil tradução. Tradução vem de “traditore”, que ao mesmo tempo significa “traidor”. Esperamos não estarmos traindo o autor! O texto foi trabalhado por mais de um ano. Houve uma primeira tradução geral, depois revisão linguística, mais três revisões palavra a palavra e frase a frase, por três professores de Direito. Por último acrescentamos algumas notas em passagens em que ficamos com dúvidas, deixando o texto original na nota de rodapé.

Brasília, 01 de maio de 2013

Marcelo D. Varella

As relações de sistema entre o direito interno e o direito internacional público

Introdução

A existência de uma comunidade jurídica entre os diversos Estados e as relações que daí resultam entre eles colocam alguns problemas de teoria jurídica: são estes problemas que queremos-textosivo objeto regras do direito positivo. Se considerarmos o problema da unidade última do conhecimento como um problema filosófico e, em seguida, a unificação do sistema do direito como uma tarefa própria da filosofia do direito, a filosofia do direito que expomos aqui nada mais é do que uma teoria do direito positivo. Uma ciência do direito apenas é possível se houver uma filosofia do direito que lhe seja imanente.

Fala-se, sobretudo, de modo geral, de relações entre o Estado e o direito internacional, porque se vê no Estado o suporte (*Träger*) ou o criador da ordem jurídica interna. Esta não é nossa opinião: pensamos que a relação que une Estado e direito interno é muito mais estreita. Estabelecer a verdadeira natureza será nossa primeira tarefa. É, com efeito, esta condição que torna possível ter uma

ideia correta das relações do direito interno e do direito internacional. Acreditamos que essas relações são simplesmente as de dois sistemas de normas ou de regras. Entretanto, essa verdade frequentemente é obscurecida pela ideia de que o Estado é uma entidade diferente do direito por sua natureza, distinta do direito e mesmo em conflito com ele, entidade que, sobretudo pelo fato de ser soberana, se inseriria por assim dizer entre o direito interno e o direito internacional. Justamente por isso será necessário que comecemos por eliminá-la.

Teremos ainda que abrir caminho à ideia de que as relações entre Estado e comunidade internacional, ou ainda, entre direito interno e direito internacional são relações “sistemáticas”, isto é, são dois elementos de um único e mesmo sistema jurídico. Assim, iremos estabelecer a unidade do direito como sistema de todas as regras jurídicas em vigor, tanto com regras do direito interno, como com regras do direito internacional. No entanto, essa unidade não é senão a expressão da unidade do conhecimento jurídico. A ciência do direito, como qualquer ciência, em última análise propõe-se compreender seu objeto em sua unidade. Também é preciso admitir, antes de mais nada e sem reservas, que ela tem como único e exclusivo objeto regras do direito positivo. Se considerarmos o problema da unidade última do conhecimento como um problema filosófico e, em seguida, a unificação do sistema do direito como uma tarefa própria da filosofia do direito, a filosofia do direito que expomos aqui nada mais é do que uma teoria do direito positivo. Uma ciência do direito apenas é possível se houver uma filosofia do direito que lhe seja imanente.

Primeira Parte

O Estado

Capítulo I

A NATUREZA DO ESTADO

1. OS DOIS SENTIDOS DA PALAVRA ORDEM: O ESTADO - ORDEM NORMATIVA

O Estado é uma ordem da conduta humana. Quando se diz que o Estado é um “agrupamento” ou uma “associação” de indivíduos, subentende-se que esse agrupamento ou essa associação, que esse vínculo entre os homens a que chamamos de Estado está fundamentado em uma determinada conjunto de normas, ou melhor, consiste nesse conjunto normas¹, na submissão a uma determinada ordem de relações dos homens entre si.

Contudo, a palavra “ordem” tem dois sentidos diferentes: fala-se da “ordem da natureza”, no sentido em que os corpos se conformam de fato às leis naturais e isto ocorre em virtude de uma necessidade. Tal necessidade advém do princípio geral de causalidade em relação ao qual toda lei natural não é senão uma lei particular. Portanto, é impossível que, na natureza, um corpo “infrinja”, “viole” uma

1 [n.t.] Kelsen usa a expressão “réglementation” em vez de “conjunto de normas”.

lei natural. Essa proposta seria totalmente sem sentido. Se, em determinada hipótese, um corpo se comporta de forma distinta de uma pretensa lei natural, isto prova que a ciência formulou essa lei de forma incorreta, que é preciso, então, retificá-la de forma a demonstrar o caráter regular do novo fato. A ordem da natureza é simplesmente o conjunto, o sistema das leis naturais.

Entretanto, a palavra «ordem» pode ser considerada em outro sentido, e designar um sistema, não mais de leis naturais, mas de normas, de regras. Uma norma ou regra não expressa aquilo que ocorre de fato e que deve necessariamente e sem exceção suceder; uma norma determina aquilo que, em direito, deveria sempre ocorrer, mesmo que, às vezes, de fato, isto não se realize. Uma ordem normativa não pode racionalmente ser aplicada senão aos fatos de conduta humana em si ou a outras categorias de fatos que os condicionam ou dele resultam. De resto, é evidente que os fatos da conduta humana fazem igualmente parte integrante da ordem da natureza.

Uma regra (e aquilo que iremos afirmar se aplica também à ordem normativa) obriga os indivíduos a adotarem uma determinada conduta, a fazerem determinado ato ou se absterem de um outro. Todavia, não se conforma a suas prescrições - seja que se abstenha de fazer aquilo que deveria ser feito, seja que faça aquilo que deveria abster-se de fazer; a regra subsiste tanto quanto antes. Diríamos, é verdade, que a regra é «violada», mas isto não significa absolutamente que cesse de estar em vigor; sua validade não é afetada. Ora, é nessa validade (*Geltung*) que consiste precisamente a existência das regras. E uma ordem normativa pode ser válida mesmo que a realidade a ela não se conforme perfeitamente; ao contrário, uma ordem natural só existe nessa condição. A regra: não se deve roubar ou não se deve mentir permanece válida mesmo quando um indivíduo rouba ou mente. Enquanto as leis da natureza devem conformar-se aos fatos, são os fatos, isto é, - as ações ou as abstenções dos homens - que deveriam conformar-se às regras.

2. A VALIDADE DA ORDEM ESTATAL

Tanto na linguagem corrente como para o jurista a palavra «Estado» designa, antes de tudo, uma ordem normativa, de modo que se pode compreender, sem ter que lhe dar um sentido quase místico, um determinado número de assertivas muito comuns, referindo-se à natureza do Estado.

O Estado, afirmamos, é essencialmente «poder», conseqüentemente, superior aos indivíduos que são submetidos a suas regras; esses indivíduos são seus «sujeitos».

Para compreender a natureza do Estado, é preciso pensar que imperativos emanam dele. E, se podemos considerá-lo como um poder superior aos indivíduos, membros do grupo estatal, é apenas enquanto ele é uma ordem que lhes impõe uma determinada conduta, um sistema de regras sobre a conduta humana. Fala-se também, é verdade, do «poder da natureza»; dizem que os corpos estão «submetidos» às leis naturais que «indicam» como devem comportar-se. É uma simples analogia, evidentemente - bastante imperfeita, com certeza - entre a natureza submissa a um Deus ou a leis naturais, e o Estado submisso a um rei ou a leis jurídicas. Com esta comparação não se pretende identificar a ordem estatal e a ordem natural. Os homens começaram a especular sobre eles mesmos e sobre suas relações mútuas em um primeiro momento. A ciência política precedeu assim as ciências naturais. Logo, não é de se espantar que as ciências naturais tenham, em seu início, emprestado conceitos que a ciência política havia criado para compreender o Estado e que se tenha representado a natureza como um grande Império. De fato, a noção de lei natural deriva da ideia de regra não sem ter, de resto, adotado um significado totalmente diferente.

3. O ESTADO: ORDEM VÁLIDA

O Estado não seria apenas «poder»; afirma-se também ora que ele seja essencialmente «vontade», ora que tenha como essência uma vontade. Afirma-se que essa vontade é distinta da vontade dos indivíduos. Sem dúvida, a vontade tem, ou o Estado como vontade tem, como instrumentos os indivíduos e suas vontades, mas a vontade do Estado em si não se confunde com as vontades particulares dos indivíduos que lhe são submissos. É bem mais do que a soma deles, é bem mais que sua simples adição: ela lhes é superior.

Essas asserções não têm sentido positivo algum se não vemos nessa misteriosa «vontade do Estado» uma realidade psíquica - psicologicamente falando, há somente vontades individuais -; tem uma, se considerarmos os termos «vontade do Estado» como uma expressão metafórica da validade objetiva da ordem normativa a que denominamos Estado. A existência do Estado é propriamente do domínio desta validade de Direito. (*Soll-Geltung*).

4. A EFICÁCIA DA ORDEM ESTATAL

Outra questão é a da *eficácia* da ordem estatal. Certamente, a ordem estatal não somente é válida, é também - pelo menos numa certa medida - eficaz; não somente deve ser obedecida, em Direito, mas também mais ou menos obedecida: os homens se conformam a suas prescrições. Entretanto, sob essa forma de se

expressar, esconde-se um equívoco que gera graves mal-entendidos. De fato, não é uma regra (ou a ordem normativa) que é eficaz; os indivíduos pensam a regra, e é esse pensamento, essa ideia que «influencia»², incitando-os a estabelecer sua conduta pela norma. Alguém tem vontade de roubar; lembra-se do mandamento do Estado: você não roubará. Essa ideia o dissuade de seu projeto. A regra em si é um fato extrapsicológico, expressa aquilo que deve ser (*ein Sollen*). Não existe nada de comum entre sua “validade” e a “realidade” de um objeto submetido ao determinismo da natureza. A ideia da regra, ao contrário, é um fato puramente psicológico, um fenômeno, e pode ser, portanto, causa e efeito. É ela que “influencia”, que tem como efeito o homem conformar sua conduta à regra. É preciso, portanto, distinguir claramente entre a regra que “vale”, isto é, que deve ser observada, e a representação da regra que “influencia”, que faz com que seja observada. Fala-se da eficácia da regra, assim como se fala de sua validade. Simples abreviação, que não nos deve fazer esquecer de que o termo “regra” não tem o mesmo sentido nos dois casos.

A ordem estatal não é, portanto, somente válida; é também - no sentido que acabamos de indicar - dotada de eficácia. Entretanto, não se deve concluir que ela é análoga à ordem natural, isto é, formada de leis do mesmo tipo que esta. Se devemos reconhecer que não há ordem válida sem um determinado grau de eficácia, a conclusão se tornaria falsa. Poder-se-ia talvez dizer provisoriamente: uma determinada eficácia é a condição *sine qua non*, mas não a condição *per quam* da validade da ordem estatal. No entanto, olhando com mais atenção, pouco interessa que esta seja precisamente a ideia da ordem em si que leva os indivíduos a se conformarem, em seu conjunto, a suas prescrições. Sem dúvida, é difícil determinar por que os indivíduos obedecem às regras estatais; pode-se, todavia, afirmar que frequentemente não é, por pensarem na autoridade do Estado, ou ao menos não exclusivamente. Existem, por exemplo, ideias de ordem religiosa ou moral que os dissuadem de cometer um delito. Isto não ocorre por temor à punição vinculada à regra estatal, mas porque creem em Deus, pelo cuidado com o bem de seus semelhantes ou pela estima pública que devotam às determinações estatais. É, portanto, preferível definir a relação entre a validade da ordem estatal e o domínio dos fatos da seguinte maneira: apenas se pode considerar uma ordem estatal como válida quando aqueles que ela pretende reger se conformam até certo ponto a suas prescrições. Admitir o contrário seria um absurdo. É verdade, encontram-se ainda hoje alguns teimosos que pretendem que a ordem czarista, por exemplo, continue válida na Rússia e afirmam que tudo o que acon-

2 [n.t.] Kelsen usa a expressão “agir” em vez de “influencia”, nas três ocorrências neste parágrafo.

teceu depois da Revolução é contrário ao Direito, sob o pretexto de que a antiga ordem foi modificada por vias extralegais. É uma ideia insensata, pois o que significa proclamar válida uma ordem sob o ponto de vista da qual nada daquilo que existe seria regular? Inversamente, não se pode também exigir que a conduta dos sujeitos da ordem normativa seja absolutamente conforme a suas prescrições. É preciso, inclusive, que a realidade possa contradizer essa ordem, é preciso que seja possível agir contrariamente a suas regras, «violá-las»; caso contrário, não seria uma ordem normativa. Afirmar que as coisas devem ocorrer como elas, de fato, ocorrem, é apenas enunciar uma regra na aparência. A realidade, com certeza, concordaria sempre com semelhante regra, mas esta não teria sentido algum. Em suma, a realidade não pode ser a imagem perfeita da ordem normativa, mas deve apresentar um mínimo de semelhança com seu modelo ideal. Essa relação se move, portanto, entre dois limites, o que torna o problema bem mais complexo que o desejaria o senso comum.

5. VALIDADE E EFICÁCIA

Depois do que se acabou de dizer, pode ser que se admita que o Estado seja uma ordem normativa; mas pode ser também que se mantenha a ideia de que o Estado é, se não exclusivamente, pelo menos igualmente um poder, uma força, uma realidade natural e, como tal, eficaz. Em apoio a essa tese, de fato se invocam as manifestações mais comuns e mais características do poder do Estado, de sua «existência»: canhões, metralhadoras, bombas, fortificações; prisões, força³ e guilhotina. No entanto, na realidade, todas essas coisas inanimadas apenas têm o sentido que os homens lhes atribuem. Ora, o que em última análise os impulsiona a fazê-lo são suas representações, a ideia em particular de que devem agir como ordenam as regras estatais. O poder do Estado somente pode ser a força de impulso das representações relativas à ordem estatal. Caso, atendo-se às aparências, se pense que é nessa eficácia que consiste realmente a existência do Estado, então ocorre com ele o que ocorre com Deus: ele somente existe se cremos nele. Então, seria difícil - de acordo com o que dissemos sobre as razões pelas quais os homens se conformam às regras - determinar o que nesse “poder estatal” cabe propriamente ao Estado e o que, no fundo, deve ser atribuído a Deus. Tal existência é de ordem puramente subjetiva. Somente é de ordem objetiva a ordem normativa a que chamamos pelos nomes: “Estado” ou “Deus”.

3 [n.t.] O autor usa a expressão “potence”.

6. A “IMPUTAÇÃO” AO ESTADO

Um empirismo simplista e inabalável fará objeção a esse raciocínio que, partindo da ideia de que a existência da ordem estatal é sua validade, tem um caráter excessivamente dedutivo, porque essa existência não é empírica, não sendo a das coisas da natureza. Mesmo se, para se formar uma ideia de Estado, é preciso encarar a realidade sensível, isto é, os fatos puramente empíricos, vai-se chegar inevitavelmente ao mesmo resultado: não verão nada mais do que ações humanas, uma quantidade infinita de atos individuais. O que nessa massa distinguirá e caracterizará o grupo dos «*atos estatais*»? Em virtude de qual critério serão imputados certos atos individuais, não ao indivíduo ou a seu autor, mas através dele a outro sujeito, a um sujeito ideal que de certa forma supomos estar atrás dele, em uma palavra, ao Estado? Se, de fato, percebemos pelos sentidos unicamente atos individuais, é porque a quantidade do «ato estatal» não responde a uma propriedade sensível, especial de certos atos. A essa noção de Estado «suporte» ou «sujeito» desses atos só se chega por meio de uma operação mental, a que chamamos *imputação*. No entanto, um único critério permite qualificar certos atos individuais como atos estatais, imputá-los ao Estado: sua conformidade a uma ordem válida, o fato de que as regras dessa ordem os previram e regulamentaram em que condições e por quais pessoas deveriam ser executados. A qualificação de “estatal” conferida a um ato significa, portanto, antes de tudo, que responde à ordem estatal no sentido de que esta o tenha regulamentado desta forma, que faça parte disso e possa, conseqüentemente, ser a ela reportado. O Estado, como sujeito desses atos, é uma expressão pela qual se personifica a unidade da ordem. Tal colocação em relação à ordem total que se baseia na norma que regula o ato é a «imputação» ao Estado. Por assim dizer, o Estado é o centro de convergência de todos os atos qualificados como estatais, sucessivos a esta imputação.

7. IMPUTAÇÃO NORMATIVA E IMPUTAÇÃO NATURAL

Para bem evidenciar a originalidade dessa imputação normativa - processo intelectual sem equivalência nas ciências da natureza - e, em particular, a necessidade de seu caráter normativo, o melhor meio é compará-la a um processo análogo dessas ciências a que se pode igualmente chamar de imputação. Enunciar uma função qualquer de um organismo natural é fazer uma *imputação natural*, porque é relacionar à função de uma parte do organismo a esse organismo todo inteiro, imputar-lhe um ato, considerando-o como o sujeito indivisível, como o “suporte”, porque ocorre no interior desse sistema. O Estado seria, então, um organismo natural e os indivíduos seriam suas células ou seus órgãos? Conclusão muito apressada à qual só se pode chegar desconhecendo a diferença essencial que separa os dois tipos

de imputação. A imputação «natural» se faz a um todo - o organismo vivo - cuja unidade é imediatamente percebida pelos sentidos. Ao contrário, não percebemos o Estado como uma unidade, mas unicamente os atos individuais. Uma operação mental torna-se necessária: é preciso supor hipoteticamente uma ordem válida para distinguir entre todos os atos, aqueles qualificados como atos «estatais». Mais ainda: cada órgão de um ser vivo tem essa qualidade de órgão sob todos os aspectos, em cada atividade vital e em todas suas funções. A menor modificação que se produz na menor parte de um ser pode ser atribuída ao organismo como um todo. Cada vez que um desses órgãos entra em jogo, pode-se dizer que nele o organismo todo entra em jogo na medida em que é «suporte» ou «sujeito» de todas as funções de todos os órgãos. Um cenário totalmente distinto no que concerne a esse Estado, que é chamado por vezes de organismo social. Quando se diz que o Estado é «formado» por indivíduos, esquecemos que esses indivíduos não são parte do Estado, mesmo o mais onipotente, a não ser por uma pequena parte de seu ser, melhor ainda, de suas funções. Tudo aquilo que constitui um indivíduo que é, na ocasião, órgão do Estado, não é ato estatal. Um funcionário público realiza numerosos atos inteiramente indiferentes aos olhos do Estado e que não interessam de forma alguma à ordem estatal. O juiz, por exemplo, apenas cumpre um ato estatal, ou seja, ele apenas é um órgão do Estado quando procede a um julgamento nas circunstâncias, no lugar e segundo as formas determinadas. É preciso, portanto, um princípio de seleção para distinguir entre as funções de um homem que age em determinadas circunstâncias como órgão do Estado daquelas que fazem parte do sistema estatal. Esse princípio de seleção (desconhecido pelas razões anteriormente indicadas na imputação natural) é a regra que imprime a um determinado ato o caráter estatal. Somente são atos estatais aqueles que uma norma previu e regulou. O Estado age somente nesses atos. Isto explica por que existe um fenômeno especificamente social, a nulidade, o ato estatal nulo. Se o indivíduo teve a intenção de praticar o ato estatal, e o ato praticado por ele não preenche as condições exigidas pela ordem estatal (capitão de Köpenick⁴), o ato não pode ser objetivamente considerado como um ato estatal; ele será nulo não apenas jurídica, mas também socialmente falando, à medida que se queira distinguir esses dois pontos de vista.

8. O ESTADO: ESQUEMA INTERPRETATIVO

O que torna o ato individual um ato estatal, aquilo que o retira do domínio da natureza para um diferente, regido por outras leis é, portanto, a interpretação particular que se pode dar do ponto de vista dessa ordem válida que é o Estado.

4 [n.t.] Kelsen faz referência a uma história alemã.

Por isso é possível considerá-la como um esquema interpretativo, um sistema ideal, conseqüentemente, uma criação mental que permite reconhecer em certos fatos o caráter de atos estatais, quando lhes são conformes. Aqueles que pensam que somente o mundo sensível é real, poderiam aqui observar que mesmo um esquema ideal só pode servir para interpretar fatos reais, perceptíveis e, conseqüentemente, poderiam afirmar: o Estado não é o sistema ideal destinado à interpretação dos fatos reais ou o Estado são esses fatos reais interpretados a partir de uma determinada *ordem ideal*. Poderíamos, então, pensar que salvamos a tese da realidade natural do Estado. Entretanto, não há nada de positivo nesta pequena fraude, porque, ao final, será preciso reconhecer que esses fatos reais não têm em si caráter estatal algum, que «o estatal» deriva inteiramente dessa ordem ideal e pertence a esse domínio ideal, porque toda proposição importante a respeito do Estado repousa sobre a consideração dessa ordem ideal ou, mais precisamente, cada uma dessas proposições é uma asserção relativa a sua natureza e a seu conteúdo. É o que provam os problemas da teoria geral do Estado.

9. NORMAS E SOCIEDADE

O caráter normativo do Estado não o distingue essencialmente das outras formações sociais que consistem igualmente em sistema de regras. Todo vínculo social é um vínculo essencialmente normativo. O tecido social é, no fundo, apenas uma *obrigação*, obrigação que a ordem normativa impõe aos indivíduos de adotarem uma determinada conduta. É inútil buscar a natureza da sociedade nestas ou naquelas relações puramente reais, em tais ou tais formas de agir dos indivíduos, isto é, puros fatos que obedeceriam ao princípio de causalidade. Sob esse ponto de vista, não se pode compreender porque somente a conduta dos homens, uns em relação aos outros, tem um caráter social e não é igual a sua conduta em relação aos animais e às coisas inanimadas. Se considerarmos apenas as relações de fato, em outras palavras - as relações de causa e efeito -, o vínculo que existe entre dois homens não difere daquele que existe entre uma causa e um efeito físico. É unicamente porque as regras e a regulamentação por uma ordem normativa só podem racionalmente ser aplicadas à conduta humana que se deve reservar o qualificativo de sociais para as relações entre os homens e que o vínculo social é essencialmente um vínculo normativo, uma obrigação. Sob este ponto de vista, a “sociedade” apresenta-se como um reino diferente da “natureza”; então, somente é possível existir uma ciência social independente das ciências naturais. Todas as tentativas para tratar a Sociologia como uma espécie de ciência natural devem, por essa razão, resultar no fim dessa disciplina. Impelida para esse caminho, é raro que ela não se transforme em psicologia individual, quando não propõe - como ocorre com muita frequên-

cia - sob a capa de uma terminologia emprestada das ciências naturais, raciocínios ético-políticos, tombando, ao final das contas e apesar de tudo, no campo das normas. Sem aprofundar muito a questão, observemos, entretanto, que a oposição entre natureza e sociedade, que é uma oposição entre ser (*sein*) e dever ser (*sollen*), entre lei natural e regra, realidade e valor, coincide na essência com a oposição entre natureza e mente. Como fenômeno social, isto não é da esfera da natureza, mas do domínio da mente, que é o Estado.

10. O ESTADO: ORDEM DE COGÊNCIA

Se o Estado é, como toda formação social, uma ordem, um sistema de regras, no que se difere de outros agrupamentos sociais?

A ordem estatal distingue-se das outras ordens sociais, antes de tudo, por ser uma ordem de cogência (*Zwangsordnung*). Não só pelo fato de que pertencer a ela não depende, sob determinados aspectos, da vontade daqueles que a ela se submetem; encontra-se essa característica em outros sistemas sociais, porque esse caráter restritivo, no fundo, não é outra coisa senão a expressão da validade objetiva das normas. O que a ordem de coerção estatal tem em particular é que, em determinadas condições, o indivíduo deverá assumir contra outro uma medida de coerção. Eis, então, o esquema: se um indivíduo se comporta de uma determinada maneira, isto é, faz ou se abstém de fazer isto ou aquilo, outro indivíduo - o órgão do Estado - deverá usar contra ele um ato de coerção. Estes atos são de dois tipos: a pena e a execução. Essa ameaça de coerção tem por objetivo levar os homens a evitar, por uma conduta apropriada a realização, a aplicação da coerção.

11. ESTADO E DIREITO

Resulta disso que o *aparelho de coerção*, onde se vê geralmente a característica do Estado, é idêntico à *ordem jurídica*. As regras que constituem a ordem estatal são as regras do Direito. A norma jurídica é a regra segundo a qual se opera a imputação ao Estado que, como sujeito das ações estatais, é a personificação da ordem jurídica.

A regra do direito é, como lei jurídica, o homólogo, na esfera do Estado e do direito, da lei natural. A lei natural é um julgamento hipotético que estabelece entre dois fatos uma relação causal. Da mesma forma, a regra do direito vincula *a uma condição jurídica uma consequência jurídica*. A *consequência jurídica* - o ato de coerção - a verdadeira reação do direito, é ao mesmo tempo a ação característica do Estado, como aparelho de coerção, é o ato estatal; e o indivíduo qualificado para assim proceder é o órgão do Estado. Mais adiante mostraremos, entretanto, que,

ao lado dessa definição formal, de acordo com o caráter jurídico do ato e dos órgãos estatais e consequentemente do Estado, há também uma definição material.

12. A REGRA DE DIREITO; O SUJEITO DE DIREITO; O DIREITO SUBJETIVO; NORMA PRIMÁRIA E NORMA SECUNDÁRIA

É pela natureza do vínculo que une hipótese e consequência que a lei jurídica - a regra de direito - difere essencialmente da lei natural: esse vínculo não é a necessidade causal (*das Müssen der Kausalität*), mas a necessidade normativa (*das Sollen der Zurechnung*). Se é chamado de *imputação* o vínculo que a regra jurídica estabelece entre dois fatos, a imputação, na esfera do sistema chamado Estado ou Direito, é o homólogo do princípio de causalidade no sistema da natureza. A imputação do direito penal - à qual se reservou geralmente esse nome até o momento - aparece, então, como um simples caso particular do *princípio geral de imputação*. A pena é imputada ao delito.

Dessa imputação de um fato (consequência jurídica) a outro fato (condição jurídica), é preciso distinguir a imputação de um fato a uma pessoa: consiste em estabelecer uma relação entre determinado fato e a ordem (total ou parcial) considerada em sua unidade, da qual uma regra ordena sua realização.

A imputação ao Estado é apenas uma forma particular desse tipo de imputação; o Estado é, portanto, a personificação mais compreensível, a personificação total do direito quando todos os outros sujeitos do direito apenas representam personificações de ordens jurídicas parciais.

O conjunto das regras que se aplica à conduta de um indivíduo apenas constitui uma ordem parcial, cuja personificação representa o que se chama de *pessoa física*.

Caso se trate de uma ordem parcial - seja qual for a forma como forem fixados os limites - que regula a conduta recíproca de vários indivíduos compreendidos num mesmo grupo, obtém-se a *pessoa jurídica*.

Um *sujeito de direito* não é, portanto, um ser dotado de uma existência distinta e diferente daquela da ordem jurídica, mas a personificação total ou parcial dela.

Do mesmo modo, o direito subjetivo não é algo distinto do direito objetivo, mas é o mesmo direito considerado sob um ponto de vista particular. Por «direito subjetivo» é preciso entender, antes de tudo, a regra de direito em sua aplicação a este ou aquele indivíduo, isto é, a obrigação jurídica que pesa sobre ele ao adotar uma conduta contrária àquela que sanciona a coerção instituída pela regra. A obrigação jurídica tem, portanto, por objeto a conduta que a ordem

estatal visa provocar. Se traduzirmos isto em forma de regra - válida somente se supomos que é preciso evitar a coerção - obteremos a regra de direito secundário que enuncia um imperativo. A regra primária, aquela que institui a coerção, coloca, pois, como condição do exercício dessa coerção a conduta contrária àquela que prescreve de modo imperativo a regra secundária. De forma breve, pode-se, portanto, representar a regra de direito total que contém a norma primária e a norma secundária como uma espécie de regra dupla: a) em tais ou tais condições, o indivíduo deve comportar-se desta ou daquela maneira; b) se não o faz, outro indivíduo - o órgão do Estado - deve, segundo um determinado procedimento, aplicar nele uma determinada coerção. Rigorosamente falando, a regra secundária - aquela que enunciamos em primeiro lugar - é supérflua. Apenas expressa, para que haja maior clareza, a relação que já resulta da regra primária e que qualificamos como obrigação jurídica.

Toda regra de direito estabelece consequentemente uma obrigação jurídica, mas não um direito subjetivo, individual, que é outro aspecto mais restrito. Não se pode falar de direito subjetivo no sentido técnico do termo que, quando nas condições às quais uma regra de direito associa uma consequência jurídica, um indivíduo - que é preciso supor ter interesse nisso - faz uma declaração voluntária tendendo a provocá-la; assim, a ordem jurídica é, num determinado sentido, colocada a sua disposição contra o obrigado.

13. A APLICAÇÃO DA SANÇÃO: OS «ÓRGÃOS» DO ESTADO

Em sua origem, a aplicação da sanção, penalidade ou execução, é confiada àquele cujos interesses, protegidos nesse fato pela ordem jurídica, são lesados. É o filho que, no sistema da *vendetta*, deve vingar-se do assassino de seu pai. É o credor que está autorizado a apoderar-se de seu devedor como uma garantia⁵, um penhor. São assim as formas primitivas de penalidade e de execução e aqueles que as colocam em jogo são também “órgãos”: o filho e o credor agem como órgãos da comunidade, como instrumentos da ordem porque esta os habilita a aplicar a sanção prevista. E é por isso que os atos de coerção que cometem não constituem novos delitos.

Somente mais tarde esse tipo de ato torna-se função exclusiva de certos indivíduos assim chamados - *stricto sensu* - órgãos do Estado, ou melhor, “agentes públicos”. Esta evolução é o resultado da divisão do trabalho social. Queremos reservar o emprego do termo Estado no caso em que a ordem de cogência ins-

5 [n.t.] No original, “a se saisir de la personne de son débiteur comme d'un gage”

titui órgãos assim especializados e não há nada que se possa objetar contra tal ato. Entretanto, deve-se realçar que há entre a ordem jurídica e a ordem jurídica primitiva apenas uma diferença de organização técnica e nenhuma diferença de natureza. É na lógica da evolução aqui indicada que a função do órgão especializado constitui para ele uma obrigação, de modo que, se não a cumprir, se expõe a uma sanção própria dos órgãos do Estado (*stricto sensu*), à pena disciplinar. Essa obrigação, isto é, a função desses «órgãos do Estado» pode ter, como veremos posteriormente, outro objeto além dos atos de coerção (ou o procedimento que os prepara). Esses «órgãos do Estado», pagos pelo Tesouro Central, submetidos ao direito disciplinar, podem ser obrigados a uma atividade de previdência, isto é, a tudo aquilo que habitualmente chamamos de administração, em sentido lato. Se entendemos por Estado o aparelho de órgãos estatais, de agentes públicos, podemos afirmar que o Estado, além do exercício da jurisdição, pode desenvolver também uma atividade administrativa. Assim, em face do conceito formal de Estado, que compreende a totalidade do sistema do Direito ou o conjunto de todos os fatos jurídicos, obtém-se um conceito material mais restrito que engloba determinadas regras, determinados elementos jurídicos, de forma que, ao lado da noção formal de órgão estatal, existe uma noção material mais estreita que compreende os atos jurídicos assumidos por uma determinada categoria de indivíduos. Entretanto, o conceito formal e amplo de Estado ou do órgão estatal – como resulta de nossas explicações – deve ser considerado como o conceito fundamental.

14. A DUALIDADE DO ESTADO E DO DIREITO

A tese que acabamos de desenvolver, segundo a qual Estado e Direito constituem um só, o Estado, sendo idêntico à ordem jurídica – seja a ordem jurídica total ou uma ordem jurídica parcial – da qual, como sujeito de direito, como pessoa é a personificação, contradiz a concepção corrente segundo a qual Estado e Direito são duas entidades diferentes ainda que, sem dúvida, exista um certo vínculo entre elas. Representa-se, então, o Estado como «suporte», como «criador» ou «guardião» do Direito. Tenta-se, da melhor forma possível, afirmar que o Estado precede, no tempo, o Direito, e se diz que, ao longo da História, o Estado se submete mais ou menos livremente ao Direito, a seu «próprio» direito e, por assim dizer, obriga-se juridicamente a si próprio, etc. A construção exata dessa relação entre o Estado e o Direito passa pelo problema mais difícil da teoria de Estado e do Direito, problema para o qual não se conseguiu até hoje senão soluções abundantes em contradições internas. Isto se compreende facilmente, porque o dualismo do Estado e do direito não é senão um dos numerosos exem-

plos de desdobramento do objeto do conhecimento de que está repleta a história da mente humana. É apenas um meio do conhecimento para apreender seu objeto, uma representação auxiliar que permite colocar unidade na multiplicidade e diversidade das relações - a personificação - onde a hipóstase criou um objeto dotado de existência própria, desdobrando o objeto original do conhecimento. Gerou-se, assim, um problema puramente aparente, o das relações de dois objetos que, na realidade, são apenas um. Não é possível encontrar soluções satisfatórias para problemas aparentes; só nos resta eliminá-las. O exemplo mais evidente na história da mente humana nos é dado pelo problema da relação entre Deus e o mundo (a natureza). Foi preciso um esforço infinito para convencer o homem de que Deus é a personificação da natureza, concebida como sistema de leis. Esse problema da relação entre Deus e o mundo se parece em todas as características essenciais com o problema da relação entre o Estado e o direito.

15. CARÁTER JURÍDICO DOS PROBLEMAS DA TEORIA GERAL DO ESTADO

Se considerarmos o Estado como uma ordem jurídica, deve-se poder colocar e resolver todos os problemas da Teoria Geral do Estado sob esse único ponto de vista. Ora, não somente é o que ocorre, mas é realmente a condição necessária para compreendermos claramente os vínculos muito estreitos que unem os problemas contemplados e, conseqüentemente, para entendermos as soluções que se dão em um sistema harmonioso e acabado. E é por isso que é confirmada a exatidão da hipótese em si mesma, ou seja, a identidade do Estado como um sistema do Direito. De fato, todos os problemas da Teoria Geral do Estado são relativos à validade e à criação da ordem jurídica, problemas de Direito.

Por «elementos» do Estado: poder público, território do Estado, nação é preciso simplesmente entender a validade da ordem estatal em si e sua validade no espaço e quanto às pessoas. A questão da natureza das formações jurídicas que propicia uma *organização territorial* do Estado é um caso particular do problema geral do domínio de validade territorial da ordem estatal: encontramos-nos na presença de problemas de centralização e de descentralização administrativa, ponto de vista do qual se podem prever as circunscrições descentralizadas, as províncias, as frações de Estado, etc. e também, em particular, todas as uniões de Estados. A teoria dos *três poderes* ou *funções* do Estado tem por objeto as etapas sucessivas da criação da ordem jurídica. Os órgãos do Estado não podem ser concebidos senão como fatores da criação do direito. E as *formas políticas* nada mais são que os diferentes métodos de criação da ordem jurídica que se qualifica metaforicamente como “vontade do Estado”.

Todos esses problemas da Teoria Geral do Estado referem-se à natureza, à forma, ao conteúdo da ordem estatal. A pesquisa recai exclusivamente sobre o conteúdo possível dessa ordem e apenas pode resultar na determinação de tipos. A questão do conteúdo legítimo da ordem estatal não pertence à Teoria Geral do Estado; é assunto da política teórica, da ciência política como disciplina especulativa que podemos chamar de Teoria Política para distingui-la da disciplina da Teoria Geral do Estado. Se ela quer manter seu método em sua total pureza e integridade, deve rigorosamente excluir qualquer ingerência do ponto de vista político.

Capítulo II

A SOBERANIA

16. OS “ELEMENTOS” DO ESTADO. A) O TERRITÓRIO DO ESTADO: SUA DELIMITAÇÃO PELO DIREITO INTERNACIONAL

Geralmente representa-se o Estado como *um grupo de indivíduos* vivendo num *território* claramente delimitado e submetido a um poder juridicamente *organizado*. A partir dessa definição, o Estado seria um composto de três elementos de igual importância: território, povo e poder público, e deveria ter - mesmo que apenas em consideração ao segundo, os indivíduos que o formam - algo de um objeto, de um corpo. É naturalmente sobre o segundo elemento - o mais facilmente compreensível - que a concepção comum se inclina, de preferência.

Não podemos adotar essa maneira de ver: o Estado não é um grupo de indivíduos submissos a um poder organizado. O Estado é uma ordem à “autoridade” à qual os indivíduos são submissos. Seria melhor dizer: cujas normas regulamentam a conduta humana.

A validade dessa ordem está limitada no espaço. O que chamamos de território do Estado não é, como ocorre geralmente, uma porção nitidamente delimitada da superfície terrestre que, por assim dizer, serviria de base ao Estado, mas simplesmente a extensão para a qual vale a ordem estatal.

Afirma-se que é da essência do Estado que seus membros sejam residentes é pretender que a ordem que ele personifica valha para um território, não apenas nitidamente delimitado, mas ainda imutável em relação aos demais territórios. O «território do Estado», na realidade, nada mais é do que uma *relação de ordem normativa*, como o prova o fato de que a unidade desse território - e cada Estado só

tem essencialmente um território - resulta que uma mesma ordem jurídica é válida para toda sua extensão e não por sua unidade geográfica, natural, isto é, uma propriedade física; o território de um Estado pode, com certeza, ser composto de várias frações não contíguas que, no entanto, constituem uma unidade - o território de um Estado - porque o mesmo sistema de normas vale para cada uma delas.

Em virtude dessa limitação espacial de sua validade, vários Estados podem coexistir sem que inevitavelmente surjam conflitos entre eles. Se o Estado é uma ordem jurídica, esta limitação da ordem estatal a um determinado território só pode ser jurídica, isto é, a obra de uma ordem jurídica. Fixar os limites no interior dos quais valerá cada uma das diversas ordens jurídicas, tal é a função própria do direito internacional.

Essa delimitação das ordens jurídicas não é, por sua vez, absoluta; admite atenuantes. Daí não resulta que sejam somente possíveis sobre o território do Estado os atos jurídicos que emanam dele e que seja proibido ao Estado exercer algum ato jurídico fora dos limites de seu próprio território. O direito não conhece um pretenso “princípio de impenetrabilidade” do Estado, em virtude do qual dois Estados não poderiam coexistir em um mesmo espaço. Numerosos são os casos em que o direito internacional permite a um Estado exercer direitos de poder público (aplicação da sanção e procedimento preliminar para a coerção) fora de seu território propriamente dito: em mar aberto, nos navios nacionais; no exterior, nos atos diplomáticos de seus representantes, por exemplo, uma declaração de guerra; ou, de modo mais geral, todos os atos autorizados por uma convenção com outro Estado. É possível ainda que dois ou mais Estados tenham, ao menos em parte, o mesmo território. Lembremos somente os casos do *condominium* e do Estado Federativo.

É, portanto, também o direito internacional que fixa as derrogações à delimitação, que ele fez do território de validade do Estado. E não é exagerado desde já afirmar que uma teoria de puro direito interno já não é suficiente para determinar o primeiro dos três «elementos» do Estado, seu território, e que a esse propósito surja inevitavelmente o problema das relações entre o direito interno e o direito internacional.

17. B) A TEORIA DO POVO

O mesmo ocorre com o segundo desses «elementos», o povo (*Staatsvolk*). De acordo com o explicado acima, deve-se entender por povo o conjunto dos indivíduos para os quais a ordem estatal é válida, o conjunto dos atos individuais aos quais ela se aplica, isto é, seu campo de validade quanto às pessoas. Sobre

isso, são colocadas essencialmente duas questões: em primeiro lugar, quem são os indivíduos aos quais deve ser aplicada de maneira geral a ordem estatal, ou melhor, cuja conduta está submetida a suas regras? Ou ainda: aqueles cuja conduta escapa a essas regras? Em segundo lugar, de que forma as regras jurídicas podem ser aplicadas à conduta individual, quais são os diferentes tipos de relações que podem existir entre a conduta individual e as regras do direito? São as questões que podem levar às teses essenciais enunciadas na matéria. A teoria do povo é, como aquela do território, uma teoria puramente jurídica.

Somente a primeira das duas questões que destacamos nos interessa aqui: quem são os indivíduos a cuja conduta se aplicam as regras da ordem estatal?

O princípio fundamental é da mesma forma que o território de validade, o número dos indivíduos submetidos ao poder, isto é, a ordem estatal, o domínio de validade do Estado quanto às pessoas é limitado: em princípio, o Estado somente tem autoridade sobre os indivíduos que vivem em seu território; em outras palavras, a ordem estatal, em princípio, só se aplica aos atos ou aos fatos de condutas individuais que ocorreram ou ocorrerão nos limites de seu território; por outro lado, o Estado pode submeter, em princípio, a suas regras, todos os indivíduos que se encontram em seu território. Esta limitação da validade da ordem estatal quanto às pessoas é também o fato do direito internacional e está estreitamente ligada a sua limitação espacial. E é também ele que traz importantes derrogações. Citemos o princípio da extraterritorialidade em virtude do qual os representantes de um Estado estrangeiro não são submetidos ao direito do Estado junto ao qual eles são acreditados. No entanto, é preciso pensar antes de tudo na importante distinção entre nacionais de um Estado, e estrangeiros residentes em seu território: tal distinção supõe necessariamente a delimitação do campo de validade das diversas ordens estatais pelo direito internacional. Se existisse somente um Estado, a instituição da nacionalidade não teria sentido algum. E, sobretudo, se um Estado não pode tratar os estrangeiros que residem em seu território da mesma maneira que seus nacionais, se, por exemplo, não tem o direito de obrigá-los ao serviço militar ou de desapropriá-los sem indenização, existem limitações que somente estabelecem as regras do direito internacional.

18. C) A LIMITAÇÃO DOS ESTADOS NO TEMPO

Ao lado da validade da ordem estatal no espaço e quanto às pessoas, é preciso prever igualmente a validade no tempo, ainda que a teoria tradicional do Estado não se ocupe do tempo como elemento do Estado ao lado do espaço. Reservamos para mais adiante a demonstração precisa de que a questão da limitação da

validade de uma ordem estatal no tempo, isto é, o problema da sucessão dos Estados é certamente um problema de direito internacional. No entanto, percebe-se o quanto o Estado mergulha suas raízes nesse direito e a que ponto o problema das relações entre direito interno e direito internacional é essencial para a Teoria Geral do Estado.

19. O «PODER PÚBLICO» EM SI MESMO: A VALIDADE DA ORDEM JURÍDICA

Sobretudo, quando se quer compreender o terceiro dos elementos do Estado - o poder público - é que, de acordo com a opinião corrente, se expressaria muito particularmente a natureza do Estado, que mergulha no problema das relações entre Estado e direito internacional.

Se o Estado é uma ordem jurídica, se seu território é o domínio espacial de validade e seu povo, o domínio de validade quanto às pessoas dessa ordem, é quase evidente que o poder estatal não pode ser outra coisa senão a validade dessa ordem ou esta ordem, compreendida na validade que a caracteriza.

A essência do poder estatal é de «submeter» os indivíduos ao Estado que, graças a ele [o poder estatal] os comanda. O poder estatal os subordina, tornam-se seus «sujeitos». Existem muitas expressões figuradas da ideia de que o Estado representa para o indivíduo uma autoridade obrigatória, uma ordem normativa. Quando se diz que os indivíduos estão submetidos ao poder do Estado, significa, na realidade, que sua conduta é controlada pelas regras sancionadoras de normas de coerção, cujo conjunto forma um sistema, uma ordem una.

O poder estatal não é um simples fato. Se o fosse, consistiria numa relação causal e, mais especialmente, tratando-se de conduta humana, em uma relação de causa e efeito psíquicos ou - na linguagem dos psicólogos - de motivação. *Considerando-se apenas os fatos brutos*, não se conhecerá senão o indivíduo, seus estados de espírito e suas ações. A realidade social escaparia inteiramente e, nesse sentido, se fala do poder do Estado. Com efeito, um indivíduo determinando a conduta de outro indivíduo, usando um meio qualquer - declaração de vontade ou violência -, trata-se apenas de uma causa física. Portanto, se o poder estatal consistisse pura e simplesmente numa espécie de efetividade, nenhuma diferença de natureza separaria o Estado, seu sujeito, das outras causas naturais. As relações compreendidas sob o nome de “Estado” não se distinguiriam das outras relações causais; além disso, seria necessário considerá-las como puras relações de poder “bruto”, material.

Essa concepção levaria no máximo à tese do “direito do mais forte”, isto é, à proposta de que o mais forte determina a conduta dos mais fracos, visto que, de certa forma, quando se *exclui todo elemento normativo*, se chega a essa banalidade que as causas têm seus efeitos.

Ora, falando do “poder” ou da “dominação” estatais, da subordinação dos indivíduos ao Estado, pensa-se em algo totalmente diferente: entende-se que o Estado, ou o indivíduo que o representa, não tem de fato somente o poder de ordenar, de expressar uma vontade relativamente à conduta de outros indivíduos, mas tem ainda qualidade, competência para fazê-lo; em uma palavra, que ele é uma autoridade; e não apenas esses indivíduos de fato lhe obedecem, mas ainda devem obedecer-lhe, são obrigados a isso, as ordens que ele dá têm valor de normas em relação a eles. Tudo isso em virtude de uma ordem que regula a conduta tanto daquele que estabelece a norma, quanto daquele que se conforma a ela, ordem que permite unicamente «atribuir» a conduta de um ou de outro ao Estado - sua personificação - de «imputá-la». Disto resulta que o efeito do poder público não é submeter indivíduos a outros indivíduos (por uma relação de motivação), mas submetê-los a normas que os obrigam - mesmo que sejam indivíduos que, obedecendo por sua vez a outras normas, as estabelecem. Além disso, sem essa ordem normativa não haveria Estado em nome do qual um ato pudesse ser feito e ao qual se pudesse ser submetido.

Se rejeitamos esta concepção de Estado-ordem normativa, adota-se o ponto de vista do anarquista que nega ao Estado qualquer existência própria e vê somente relações de pura força material onde aquele que reconhece sua existência vê relações de direito.

Já estabelecemos que essa ordem deve também ser efetiva e em que medida. Entretanto, não se saberia definir o poder estatal unicamente pela eficácia da ordem estatal para, em seguida, opor essa efetividade - como se o faz frequentemente - à validade dessa ordem que definiria o direito. Não se pode perceber a verdadeira natureza desses “efeitos”, desse “poder estatal” senão em função, como uma consequência, da validade dessa ordem jurídica que se esforça em se opor ao Estado, mesmo na terminologia. De resto, é uma tentativa necessariamente duvidosa, porque se poderia chamar realmente a efetividade da ordem jurídica de poder jurídico ou autoridade do direito.

20. A «SOBERANIA» DO ESTADO

Aos olhos dos teóricos modernos, o poder estatal se caracterizaria por sua soberania. A soberania seria, então, não mais como antigamente se ensinava, uma qualidade de um órgão do Estado, príncipe ou povo, mas um atributo do próprio Estado. Consideram com razão tal doutrina como um progresso muito importante.

Se o poder público é soberano, é porque é o poder supremo, ao qual nenhum outro é superior e - se interpretamos o poder como uma «vontade» - que não conhece vontade superior. Esse atributo que se reconhece mostra precisamente que é impossível ver nele uma qualidade natural, uma espécie de força físico-psíquica. Semelhante força, se fosse soberana, não seria menos do que a *prima causa*, uma causa primeira, a força mais poderosa de onde derivaria todo fenômeno sem que ela mesma tivesse causa. Ideia inconcebível. A soberania do poder público - ou mais precisamente do Estado - apenas torna-se compreensível quando vemos nele a validade de um sistema de normas, da ordem estatal. O qualificativo “soberano” expressa, então, que o Estado é a ordem suprema, superior a qualquer outra ordem, cuja validade não se deduz de alguma ordem superior. Por isso, está resolvida a questão de saber se a soberania é um atributo do Estado ou do direito, se o Estado é soberano como ordem jurídica. A soberania é uma característica do Estado, porque é uma característica do direito.

Portanto, dizer que o Estado tem ou é a força suprema não tem sentido. Ao contrário, é possível afirmar que ele é a ordem normativa suprema, mesmo se essa proposta seja controversa.

Apesar disso, coloca-se frequentemente a questão da soberania do Estado como se se tratasse de uma propriedade sensível, de um objeto perceptível ou, ao menos, suscetível de ser apreendido por uma experiência psíquica. Então, acredita-se poder, agindo à maneira das ciências naturais, classificar os diferentes corpos sociais conforme apresentam ou não a característica observada, em grupos com soberanias e grupos sem soberania. Imagina-se, em particular, poder estabelecer por esse método se um determinado Estado é soberano ou não; não se trata, entretanto, de um julgamento de realidade, mas de um julgamento de valor. Mais precisamente, não se trata de estabelecer um fato natural ou social, mas uma hipótese. Discutir sobre a soberania do Estado é raciocinar sobre hipóteses de ciência jurídica. O problema não é de observação, mas de interpretação de determinados fatos, e interpretações são possíveis desde que se parta da hipótese de que o Estado é uma ordem suprema, isto é, soberana, ou que se admita, ao contrário, a supremacia de uma ordem superior ao Estado, a do direito interna-

cional. Não se trata, portanto, de saber se os Estados em geral ou tal Estado em particular «é» soberano, mas se a teoria do Estado pode ou deve admitir para interpretar seus materiais, a soberania da ordem estatal ou, ao contrário, a soberania da ordem internacional. No primeiro caso, é preciso abster-se de qualquer justificativa da ordem estatal por uma norma qualquer pertencente a outro *sistema normativo* e, conseqüentemente, por *outra ordem normativa*, em particular, pela moral pelo sistema ou pelos sistemas de normas ético-políticas. O sistema das regras jurídicas, isto é, a ordem estatal, uma vez dada, sua validade não comporta mais outra justificativa. Admitir a soberania do Estado é recusar-se, por hipótese, a procurar o princípio de validade fora dele mesmo. Entretanto, não se pode fundamentar a validade da ordem estatal senão com o auxílio de uma hipótese que, em se tratando de teoria das normas, é uma norma hipotética. Propriamente falando, esta norma hipotética não faz parte do sistema do direito positivo, mas serve de fundamento primário; portanto, não é publicada, colocada - não é uma norma positiva, - mas pressuposta; simplesmente fundamenta a unidade das normas positivas. Chamo essa norma de fundamental, hipótese necessária à ciência do direito, para compreender como a matéria jurídica, os dados que ela deve interpretar como atos jurídicos fazem parte de um só e mesmo sistema, “o direito”.

Por que um fato qualquer, um ato individual - injunção, contato ou ato de coerção - entra (isto é, deve ser interpretado como tendo entrado) nesta ou naquela ordem jurídica? É em virtude de uma regra geral da qual é a realização, a concretização e à qual se reporta. Todavia, por que essa regra geral é uma regra de Direito e por que precisamente do direito do Estado considerado? Afinal de contas, é porque essa regra - a lei, no sentido técnico do termo - foi imposta por uma autoridade, monarca ou parlamento. No entanto, por que esse fato, uma ordem desse monarca, uma decisão desse parlamento lhe confere o caráter jurídico? Por que qualquer outro fato que pode ser reportado torna-se por isso mesmo um elemento do sistema estatal considerado? Chega-se aqui à hipótese de toda esta argumentação, a uma norma que dá ao último fato o caráter fundamental da criação do direito, aliás, que institui esse monarca, essa assembleia popular, esse parlamento etc. como autoridade legisladora suprema. O sistema estatal ou jurídico repousa totalmente sobre essa norma fundamental e a pressupõe. Pode-se enunciar esquematicamente assim: Você deve conformar-se às ordens do primeiro monarca ou do primeiro parlamento.

21. OS GRAUS DA ORDEM JURÍDICA: AS FUNÇÕES DO ESTADO

Essa ascensão que, do ato jurídico individual conduz à norma fundamental, princípio da unidade do Estado e de todos os atos estatais, permite compreender a verdadeira estrutura da ordem estatal ou daquilo que ainda se chama poder público. Esse patamar, essa hierarquia de normas estatais, a teoria tradicional busca - de forma bastante inexacta - explicar por uma pretensa divisão, um desmembramento do poder estatal uno em três poderes: o legislativo, o executivo e o judiciário, que corresponderiam às três funções fundamentais do Estado: legislação, jurisdição e administração. Na realidade, toda função do Estado, sendo uma função jurídica, toda teoria que isto acarreta deve prever o funcionamento do direito, seu próprio automatismo, aliás, o direito do ponto de vista dinâmico. As funções do Estado são, portanto, funções de criação do direito, e o conjunto constitui o processo de múltiplas etapas da regulamentação jurídica. Com efeito, o direito tem por característica regular sua própria criação: cada norma jurídica é estabelecida conforme as prescrições de uma norma superior e determina por sua vez como será estabelecida uma norma inferior. Ao longo desse processo indefinidamente renovável que engendra formas cada vez mais concretas, as normas adquirem um conteúdo sempre mais individualizado; a mais abstrata entre elas, a norma fundamental, acaba por concretizar-se mediante várias etapas intermediárias, nos atos jurídicos individuais: ordem administrativa, julgamento.

A oposição entre legislação e execução, *legis latio* e *legis executio* - compreendendo neste último termo, *lato sensu*, ao mesmo tempo a jurisdição e a administração que entram, com efeito, na noção mais ampla de execução das leis, reduzimos a duas as três funções normalmente distintas e a oposição àquela corresponderia entre criação e aplicação do direito - é, pois, não absoluta e rígida, mas relativa no mais alto grau; expressa simplesmente a relação de duas etapas sucessivas do processo de criação do direito. Todos os atos jurídicos são, com exceção do primeiro (norma hipotética) e do último (aplicação da coerção) entre si, ao mesmo tempo, criação e aplicação do direito. Os poderes ou funções que a teoria tradicional distingue, respondem unicamente a três intervalos que o direito positivo acentua particularmente ou que têm alguma importância de ordem política, do processo de criação do direito. Constata-se, na realidade, não a coexistência de três funções mais ou menos isoladas ou de natureza diferente, mas simplesmente um patamar, uma hierarquia de regras jurídicas em que as mais altas condicionam as outras.

A) A CONSTITUIÇÃO. No topo desse edifício, dessa pirâmide jurídica, encontra-se a *norma fundamental ou primeira* que garante a unidade do sistema do direito. Tem como tarefa essencial instituir o primeiro órgão de criação do direito

e cria a Constituição, no sentido teórico ou ideal do termo, o que se pode chamar de constituição hipotética. O legislador assim designado, isto é, delegado por essa norma fundamental - o primeiro monarca, o primeiro parlamento na história de um Estado - estabelece as regras da legislação, ou melhor, a regra de criação das normas gerais: este é o objeto essencial da *Constituição*⁶.

B) A LEI E O REGULAMENTO. Assim como a norma fundamental delegou o primeiro legislador constituinte, a Constituição positiva delega o legislador ordinário, determinando a natureza do órgão que deverá promulgar as leis e o procedimento a seguir para isso. As leis que faz esse legislador formam o grau seguinte.

Regulamentar os detalhes de execução das leis é tarefa das autoridades administrativas, delegadas para isto pelas leis, por meio dos regulamentos. Os regulamentos têm ainda um caráter geralque apenas é possível à medida que a Constituição o permite, isto é, quando ela admite exceções ao princípio que regras gerais não podem ser promulgadas senão em forma de leis. Assim como a Constituição regulamenta a elaboração das leis e dos regulamentos, estes também contêm dispositivos relativos aos atos administrativos que serão executados e aos julgamentos pelas autoridades administrativas e os tribunais instituídos para esse fim.

C) AS NORMAS INDIVIDUAIS. (ato administrativo, julgamento). Esses atos administrativos e essas decisões jurídicas são essencialmente normas individuais, isto é, normas jurídicas, cada uma delas regulamentando uma espécie particular. Ao final, são aplicadas ou executadas por atos de coerção, última instância de todo o processo.

Esses atos de coerção não têm mais caráter de normas, são apenas fatos, enquanto a norma fundamental é uma norma pura, sem qualquer parte fática. Entre esses dois limites move-se o processo nas etapas sucessivas da criação do direito.

Considerada sob o ponto de vista dinâmico, a ordem estatal surge como uma série de graus jurídicos, uma hierarquia cujos diferentes patamares estão ligados uns aos outros pelo princípio de delegação. É uma espécie de pirâmide jurídica, cuja norma fundamental hipotética constitui o cume. Chega-se a essa norma quando - conforme foi mostrado anteriormente -, partindo-se de um ato jurídico concreto qualquer, busca-se o princípio de validade da norma jurídica que a previu e regulou. Se é admitida a soberania do Estado, deve-se necessariamente fixar essas investigações nessa norma fundamental que delega o primeiro legislador constituinte; é precisamente nela que consiste essa soberania.

6 [n.t.] C'est La constitution positive, don't tel est en effet l'objet essentiel.

22. A «UNICIDADE» (AUSSCHLIESSLICHHEIT) NECESSÁRIA DA ORDEM SOBERANA

A teoria da soberania do Estado, assim entendida em seu verdadeiro e original sentido, conduz à consequência de que um único Estado pode ter o caráter de entidade jurídica suprema, que a soberania de um Estado é incompatível com aquela de outro Estado e exclui a existência de outro Estado quanto à ordem soberana.

Entretanto, os partidários desse dogma hesitam em inferir daí as suas últimas consequências; manifestam antes uma tendência de atenuar o sentido da ideia de soberania do Estado. Ao mesmo tempo que qualificam o poder soberano como supremo procuram atribuir um caráter puramente relativo a esse superlativo. O Estado não seria poder supremo, vontade superior a qualquer outra senão em relação a indivíduos e grupos de indivíduos que ele engloba. Quanto aos outros grupos que não lhe são incorporados, em particular aos Estados estrangeiros, o Estado não seria superior, mas somente - relação negativa - não-subordinado; seria, então, seu igual, portanto, independente. Distinguem-se duas soberanias: a soberania interior e a soberania exterior (ou de direito internacional). Doutrina totalmente inaceitável, porque contraditória em si mesma; não traduz uma simples mitigação da soberania do Estado, encobrindo uma contradição entre o princípio dessa soberania e o princípio oposto. Apenas pode-se supor que Estado seja um poder supremo somente no seu interior, enquanto no exterior seria independente por ser igual aos outros Estados que se encontram fora de sua esfera quando admite que o Estado é igual aos outros Estados. Portanto, encontra-se numa ordem que determina as relações recíprocas dos Estados, que atribui a cada um deles seu lugar no âmbito de um único e mesmo sistema. Como se verá mais adiante, isto faz admitir a existência, acima de todos os Estados, de uma ordem jurídica que os coordena e perante a qual cada um deles não é senão uma ordem parcial delegada. Toda coordenação supõe um elemento comum ao qual se relacionam os elementos para coordenar. O Estado cessa, portanto, de ser ordem suprema até mesmo no seu interior. Assim, há uma ordem que lhe é superior - o direito internacional - da qual a ordem estatal depende em sua totalidade ainda que sejam seus próprios órgãos os encarregados, de forma ampla, de criá-lo.

Querendo restringir a soberania do Estado a seus próprios sujeitos, chega-se a uma tautologia: *o Estado é superior àquilo que lhe é subordinado*. A soberania consistiria em ser mais elevado do que aquilo que o é menos. Nessa aceitação relativa, todos aqueles que são superiores a algum outro seriam soberanos e, em particular, toda ordem parcial perante aqueles que são submetidos a suas regras; o Município, por exemplo, seria soberano somente em relação a seus membros e independente em relação aos outros

municípios do mesmo Estado. Parece, portanto, logicamente impossível manter essa distinção entre soberania interna e soberania internacional com sua divisão de princípio do domínio jurídico no interior e exterior em relação ao Estado soberano. Se o Estado é soberano, tudo o que é direito é para ele necessariamente “interior”. Se, ao contrário, existe um “exterior”, se existe fora do Estado outro domínio jurídico, então o Estado não pode mais ser soberano. Exterior e interior são apenas graus jurídicos diferentes, distintos patamares de um só e mesmo sistema jurídico que compreende ao mesmo tempo o direito internacional e as diversas ordens estatais. Somente se lhe for dado um sentido pleno, isto é, se se concebe o suposto Estado soberano como a ordem absolutamente suprema, a noção de soberania pode desempenhar seu papel sob o ponto de vista teórico, isto é, permitir *distinguir radicalmente o Estado das outras comunidades jurídicas*, em particular das comunidades locais descentralizadas que parecem com ele, dos municípios de um lado e das uniões de Estados e da comunidade internacional do outro. Entretanto, é inútil procurar distinguir o Estado de outras sociedades jurídicas a partir de seu conteúdo, de suas funções respectivas. Não há, com efeito, elemento de ordem estatal, não há função do Estado que outras comunidades jurídicas não possam também apresentar ou desempenhar. Quanto aos elementos, não há diferença qualitativa, de natureza, mas somente diferenças quantitativas, de grau entre as diversas formações jurídicas, partindo da simples comunidade que constitui a *acordo de direito privado* e passando pela associação, pelo município, pelo Estado autônomo, o Estado-membro, o Estado federal, o Estado unitário, a confederação de Estados, para chegar enfim à comunidade internacional. O Estado não escapa dessa posição de elo intermediário de uma série de formações jurídicas, rigorosamente contínuas, e das transições imperceptíveis. Não se poderá estabelecer a diferença radical entre o município e o Estado de um lado, entre o Estado e a união dos Estados de outro. O Estado se distingue por sua soberania essencial, como comunidade absolutamente suprema, isto é, se não pelo conteúdo de suas regras ou o gênero de suas funções, *pelo menos por sua posição ou grau mais elevado dessa série*.

Essas considerações mostram mais claramente do que outras que, na base do problema da soberania do Estado, se encontra a questão das relações entre direito interno e direito internacional. De fato, é evidente que o Estado é superior aos municípios e às outras comunidades jurídicas lhe são incorporados. Entretanto, como pode a soberania do Estado conciliar-se com a validade do direito internacional, se este pretende obrigar o Estado, a título de autoridade superior? Como se pode compreender a existência de um Estado verdadeiramente soberano no âmbito de uma comunidade de Estados fundada por essa ordem internacional e onde estão juridicamente limitados uns em relação aos outros, portanto, iguais em direito? Estes são os problemas que agora vamos examinar.

Segunda parte

Direito interno (Estado) e Direito internacional

Capítulo III

RELAÇÕES POSSÍVEIS ENTRE DOIS SISTEMAS DE NORMAS

23. O QUE É UM SISTEMA DE NORMAS? A) A NORMA FUNDAMENTAL E A NOSSA “FONTE” DO DIREITO

Antes de discutir a questão das relações do direito interno e do direito internacional, devemos examinar o problema geral das relações possíveis entre dois sistemas quaisquer de normas dos quais aquele não é senão um caso particular.

Consideramos o problema do ponto de vista puramente lógico. Com efeito, não procuramos compreender relações de poder ou relações psicológicas entre seres dotados de vontade, mas simplesmente mostrar como podem combinar-se logicamente duas ordens normativas diferentes.

De início, o que é um sistema de normas? Quando várias normas formam um conjunto, qual é o critério que permite vincular uma norma a um determinado sistema, ou melhor, sobre qual princípio repousa a unidade e a identidade, isto é, a individualidade de um sistema de normas?

Esse problema comporta duas soluções que procedem, uma de um ponto de vista estático, outra de um ponto de vista dinâmico.

Em primeiro lugar, várias normas formam um sistema quando se apresentam como consequências particulares de uma regra geral. Por exemplo, do preceito «Você amará seu próximo» é deduzida uma quantidade de preceitos particulares, aí está potencialmente incluído um sistema completo de normas⁷. Não se leva em conta aqui o modo de criação dessas normas específicas: para estabelecê-las, seriam necessários atos especiais, que são obtidos graças a uma simples operação da mente, porque todas elas surgem ao mesmo tempo em que a norma fundamental, da qual são, por assim dizer, apenas a expansão e o desenvolvimento. Este é o ponto de vista estático.

Do ponto de vista dinâmico, a unidade de um grupo de normas resulta igualmente daquilo em que podem estar relacionadas (*zurückgeführt*) a uma norma fundamental comum. Entretanto, em lugar de se extrair simplesmente da interpretação de uma regra geral, cada uma das regras particulares deve ser estabelecida por um ato especial, porque a função essencial da norma fundamental aqui é a de dar competência a uma autoridade, de delegá-la para efeito de estabelecer normas, de instituir uma autoridade legislativa. Por exemplo, a regra “Obedeça a seu pai» fundamenta todo um sistema de normas do qual, entretanto, não é possível conhecer o conteúdo *a priori* mediante uma simples operação da mente, antes que o pai as tenha formulado em virtude do poder que a regra lhe confere. Uma regra entra, portanto, num determinado sistema dinâmico quando foi promulgada pela autoridade designada para isso pela norma fundamental. Essa autoridade, por sua vez, pode instituir outra autoridade legisladora, isto é, delegar os poderes que lhe foram conferidos. Da mesma forma, podem ser constituídos sistemas parciais e todo um edifício de normas e de sistemas de normas. Contudo, a unidade do sistema total repousa sempre sobre o princípio dinâmico que permite reportar-se⁸ - talvez em várias etapas - à autoridade suprema instituída pela norma fundamental. **Dois sistemas normativos serão, portanto, diferentes, se repousarem sobre duas normas fundamentais diferentes, independentes uma da outra e irreduzíveis uma à outra.**

A validade das normas de um sistema, em última análise, deriva da norma fundamental que está em sua base. A unidade do sistema resulta da identidade do princípio sobre o qual se fundamenta a validade dos seus diversos elementos.

7 [n.t.] No original : y est inclus en puissance.

8 [n.t.] Kelsen usa a expressão « remonter », que significa subir novamente, de forma a fazer ilusão a idéia de pirâmide normativa, com a Constituição no seu topo.

Relacionar uma determinada regra à norma fundamental é buscar a razão última de sua validade. Essa norma fundamental está na origem da regra e pode, neste caso, ser qualificada de “fonte” de todas as normas que dela são deduzidas por um processo estático ou dinâmico.

Em regra geral, afirma-se que o direito internacional e o direito interno são dois sistemas normativos diferentes, porque decorrem de duas fontes diferentes. Essa asserção só tem sentido se por «fonte» se entende uma norma fundamental e não, como de hábito, dados reais psíquicos ou sociais. Para definir a unidade de um sistema normativo, não é preciso vincular-se a dados semelhantes nem a relações causais; a questão recai sobre o princípio de validade (*Soll-Geltung*) de certas normas, sobre uma relação normativa de princípio lógico⁹. Como uma obrigação (*ein Sollen*), só pode ter por princípio outra obrigação, como a validade de uma norma apenas pode basear-se sobre outra norma, a “fonte” só pode ser uma norma, e uma norma que se pressupõe ser a primeira de todas as normas, a norma suprema. Ao denominar “fontes do direito” a lei e o costume, isto é, certos dados sociais, usa-se uma abreviação, que facilmente induz ao erro. Em si, nem o fato de um indivíduo ou um determinado número de indivíduos expressarem sua vontade relativamente à conduta de outros indivíduos - definição da lei - nem o fato de certo número de indivíduos comportar-se habitual e regularmente de um certo modo - definição do costume - criam o direito. A lei e o costume não são realmente fontes do direito a não ser que se pressuponha uma norma tal, como “Você deve conformar-se à ordem de tal ou tal indivíduo ou grupo de indivíduos”, ou ainda, “Você deve conformar-se aos costumes de seu meio”. Isto quer dizer que a fonte do direito é a norma fundamental que declaram a lei e o costume como fatos geradores do direito. Isso se aplica igualmente aos tratados ou às uniões (*Vereinbarungen*) que são considerados geralmente como fontes, especialmente do direito internacional. Frequentemente se diz que uma norma ou um sistema de normas têm sua “fonte” em uma “vontade”, uma vontade superior ou suprema. Não pode tratar-se de uma vontade em seu sentido próprio, isto é, no sentido psicológico, mas somente uma expressão antropomórfica da ideia da validade de uma norma, a norma suprema ou fundamental da qual decorre, como uma fonte, a onda das outras regras constitutivas da ordem.

9 [n.t.] No original : « De principe logique à consequence »

24. B) O “OBJETO” DAS NORMAS

A fonte de uma ordem é portanto o que a individualiza e garante uma unidade sistemática e não - como se admite frequentemente - seu conteúdo, matéria que ela regulamenta, aquilo que, para simplificar, chamaremos de o *objeto* das normas. É apenas de forma subsidiária que a diversidade de seus objetos pode servir para distinguir dois sistemas de normas de fonte diferente. Se, por exemplo, o direito e a moral constituem dois sistemas normativos diferentes, não é porque nem à medida que aquele regulamenta a conduta exterior dos homens e esta, sua conduta interior, mas somente porque e à medida que procedem de duas fontes diferentes, independentes uma da outra. Duas ordens diferentes por sua fonte podem muito bem diferir igualmente por seu conteúdo do que ter, ao contrário, no todo ou em parte, o mesmo objeto.

25. C) OS «SUJEITOS» DAS NORMAS

Um mesmo indivíduo pode ser sujeito de duas ordens diferentes, isto é, ser obrigado ao mesmo tempo por uma e pela outra?

Aqui é preciso tomar cuidado com o duplo sentido inerente, especialmente em direito, ao conceito de sujeito. A ciência do direito reconheceu há muito tempo a distinção entre as noções de indivíduo e de «pessoa». Não há dúvida que duas ordens diferentes podem reger a conduta dos mesmos *indivíduos*. O indivíduo a cuja conduta se aplica a regra não é - na medida precisa em que se considera sua conduta - senão um elemento do conteúdo ou do objeto da ordem. É preciso dar a mesma resposta para o objeto da norma: é perfeitamente possível que duas ordens diferentes se apliquem à conduta dos *mesmos* indivíduos. Entretanto, se é considerado não mais o indivíduo, porém a pessoa, mais ainda: a pessoa - física ou jurídica - não é outra coisa que a personificação de ordens parciais. Então, a expressão «ordens diferentes» significa pessoas, isto é, sujeitos de normas diferentes. As normas de duas ordens diferentes, o direito e a moral, por exemplo, que são aplicadas à conduta do mesmo indivíduo, têm, por este fato, o mesmo objeto; entretanto, os sujeitos não são os mesmos: o sujeito da ordem jurídica e a personalidade moral não são idênticos, embora seja a conduta do mesmo indivíduo o substrato destas duas personificações orientadas de formas diferentes.

26. CONFLITOS DE NORMAS APARENTES E SUA SOLUÇÃO. A) A UNICIDADE NECESSÁRIA DO SISTEMA NORMATIVO

Quando duas ordens têm o mesmo objeto, isto é, quando algumas de suas normas se relacionam ao mesmo objeto, em particular quando regulam a conduta dos mesmos indivíduos, pode haver contradição, conflito de normas. Ocorre no caso de um dos sistemas determinar uma coisa que o outro proíbe. Exemplo: a lei ordena, às vezes, aos homens de se matarem - em caso de guerra, quando são soldados; em determinados sistemas de moral condenam a morte de seus semelhantes em todas as circunstâncias. Os costumes obrigam o homem ferido em sua honra a bater-se em duelo; a religião o proíbe.

Se admitimos que os dois sistemas de normas são válidos simultaneamente, a contradição é sob o ponto de vista puramente lógico, radicalmente insolúvel. É também logicamente absurdo afirmar que é preciso fazer isto ou aquilo ou é preciso não o fazer, que ao mesmo tempo **A** é **A** e é **não-A**, porque o princípio lógico de que uma coisa não pode ao mesmo tempo **ser** e **não ser**, o princípio de identidade se aplica às normas assim como aos fatos naturais. Não se poderia conceber logicamente, portanto, não se poderia admitir cientificamente que duas regras contrárias sejam ambas válidas. Tal ponto de vista é *a priori* excluído das ciências normativas, mas sem que se dê conta claramente, em geral, que é pelo efeito do princípio lógico da não-contradição. Quando, com efeito, o jurista afirma a existência de uma norma jurídica que contradiz uma norma moral, seu raciocínio será sempre o seguinte: «Tal norma proibitiva talvez seja válida em moral, mas para mim, jurista, que pratico o direito, a moral como tal não é levada em conta; como jurista, não conheço senão o direito e nada além do direito». Deste modo, evita-se qualquer contradição lógica, porque não se admite o caráter obrigatório da norma moral. O moralista, por sua vez, faz a mesma coisa. Em caso de conflito entre uma regra de moral e uma regra de direito, ele dirá: «Pode ser certo, do ponto de vista jurídico, que um homem deva, em determinadas circunstâncias, matar o outro, mas a moral não poderia admiti-lo. Ela não pode considerar obrigatória uma regra contrária a suas prescrições».

Ao se adotar, como se faz muitas vezes, essa atitude intelectual reconhecemos implicitamente como o fim de todo conhecimento, consequentemente do conhecimento normativo, chegar a um sistema de propostas não-contraditórias entre si. Admite-se que o princípio de identidade é o critério negativo, a pedra angular, por assim dizer, da unidade de todo o sistema normativo. Isto vem confirmar que não se pode reconhecer - e não se reconhece - caráter obrigatório a dois sistemas de normas realmente diferentes pelo fato de que derivam de duas fontes diferen-

tes e independentes, podendo, consequentemente, contradizer-se eventualmente; que não se pode jamais operar - e que efetivamente não se opera jamais - senão com um único sistema de normas. O postulado da unidade do conhecimento aplica-se também ao conhecimento normativo que significa que não se pode admitir senão uma única ordem obrigatória. Aí está a verdadeira dificuldade, a dificuldade lógica do problema da soberania: assim fica claro que a soberania não pode pertencer senão a um único Estado. Enfim, este é o fundamento teórico do dogma teológico que deve necessariamente declarar Deus ao mesmo tempo um e único.

Da ideia que não se pode admitir a validade simultânea de dois sistemas de normas diferentes resulta que não poderia existir conflito insolúvel de normas ou de obrigações.

Entre normas de um mesmo sistema, isso é óbvio. Trata-se de um sistema por assim dizer estático, cujas normas foram estabelecidas de uma vez por todas, qualquer explicação suplementar seria supérflua. Se, ao contrário, se trata de um sistema dinâmico, em progresso incessante, é preciso distinguir duas hipóteses: a) a autoridade legisladora promulga sucessivamente duas regras contrárias. Deverá ser aplicada, então, a máxima: *lex posterior derogat priori*. Será sempre o caso quando a autoridade for investida de uma função legislativa permanente, o que implica o poder de modificar ou revogar leis anteriores; b) caso contrário, a solução seria a mesma se uma autoridade promulgasse ao mesmo tempo duas regras contrárias, ou melhor, uma regra contraditória em si que, por exemplo, ordenaria e proibiria ao mesmo tempo a mesma ação. Tal norma seria absurda sem objeto, porque sem objeto razoável e, consequentemente, sem força obrigatória. Neste caso, nem um nem outro imperativo obrigaria os sujeitos.

Ocorreria de forma diferente se imaginássemos por um instante uma contradição entre normas ou obrigações pertencentes a dois sistemas diferentes; neste caso, não se poderia conceber um conflito entre eles pelo fato de que, de duas regras contrárias, somente uma é válida, conforme o ponto de vista em que se situa. Contudo, é preciso necessária e logicamente optar entre os dois pontos de vista.

A tese que acabamos de desenvolver - ser impossível admitir ao mesmo tempo a validade, a força obrigatória de duas ordens que têm fontes distintas e, consequentemente, ser impossível o conflito entre dois sistemas de normas ou de obrigações - esta tese não é atualmente considerada evidente. Por que, dizem, não é uma verdade de fato que, ao lado das regras do direito, existem aquelas da moral e, divididos entre suas exigências contrárias, os homens enfrentam às vezes dolorosos conflitos de consciência? Essa objeção não atinge a tese da unidade e

da unicidade necessárias ao sistema normativo, dado que se trata de outro problema. Aqui, ainda, é preciso tomar cuidado com o equívoco que esconde o termo “normas”. Com esse termo, designa-se de um lado uma regra imperativa e de outro, a representação ou o querer de uma regra, fato psicológico que, efeito de determinadas causas, gera por sua vez outros fenômenos. Certamente, o homem pensa várias vezes em regras muito diferentes e mesmo contrárias, por exemplo, regras jurídicas e regras morais. Isso é incontestável. Ou mais exatamente: constatamos de fato ao mesmo tempo atos psíquicos, por exemplo, representações relativas às regras do direito e atos psíquicos que têm por objeto regras de moral. É irrefutável que o mesmo homem possa pensar: o direito exige que eu mate; a moral, que eu não mate. No entanto, a constatação desses fatos psíquicos não implica de forma alguma uma contradição lógica, não mais do que aquela que, sobre um corpo, agem duas forças de sentido contrário. Todavia, sob esse ponto de vista estritamente positivo e de observação, não se chegará jamais a formular um julgamento imperativo, a afirmar uma regra obrigatória. O psicólogo que observa os fenômenos mentais não se pergunta se o homem deve ou não matar, se é legítimo ou não matar. Estuda um jogo de forças, um concurso de motivos do qual tentará em seguida explicar o resultado final por suas causas. No entanto, esse ponto de vista é também perfeitamente um, o sistema ao qual ele conduz - o sistema das leis naturais - é absolutamente um e único. O caráter necessariamente exclusivo se manifesta muito claramente em face de um sistema normativo, da moral, quando o sábio se recusa a fazer um julgamento moral, um julgamento de valor sobre os fenômenos que observa na natureza e dos quais busca as leis. Desse ponto de vista, não pode haver um verdadeiro conflito de obrigações, isto é, de contradição entre dois julgamentos simultaneamente aceitos. Quando fala de conflito de obrigações, a psicologia entende simplesmente um desconforto doloroso que precede a escolha de uma linha de conduta. No entanto, a ciência do direito tem por objeto não fenômenos naturais, mas regras obrigatórias. Ela pode apenas visar à unidade do conhecimento normativo que se expressa pela unidade e unicidade do sistema de normas.

27. B) COORDENAÇÃO E SUBORDINAÇÃO DOS SISTEMAS NORMATIVOS

Visto que é impossível admitir simultaneamente o caráter obrigatório de duas ordens normativas distintas e independentes uma da outra, não haveria entre elas senão um tipo de relação que, fazendo surgir sua independência como puramente provisória e relativa, faça-as retornar em qualidade de ordens parciais ou subordinadas numa unidade superior de uma ordem total. Duas relações res-

pondem a essa exigência: a *coordenação*, que une dois elementos equivalentes, e a subordinação, que estabelece uma hierarquia entre os mesmos. Coordenar dois sistemas de normas significa subordiná-los a uma terceira ordem, a uma ordem superior que limita seu domínio. Portanto, a subordinação é a relação fundamental. Em que consiste? Um sistema de normas está subordinado a outro sistema de normas quando extrai sua força obrigatória deste último, considerado superior precisamente por essa razão. Ora, isto supõe que tal ordem superior contenha uma norma que constitui a “fonte” da ordem inferior.

De qualquer modo há, ao lado de normas materiais que regulamentam imediatamente e por elas mesmas certos objetos, normas formais que confiam a regulamentação de certas matérias a uma certa jurisdição, a uma determinada autoridade. Sobre essas matérias e nessa jurisdição, a ordem em questão limita-se a instituir uma autoridade que tem autoridade para editar regras nesses limites. Por isso, essa norma de ordem superior constitui a norma fundamental (isto é, o princípio de unidade) da ordem inferior. Nestas condições, não se pode mais falar de duas ordens diferentes, a não ser mediante certa restrição. Porque, visto que a norma fundamental [da ordem inferior] pertence ao mesmo tempo à ordem superior, a ordem inferior está, na verdade, contida na ordem superior. Há um duplo caráter. Se fizermos uma abstração da norma fundamental [da ordem inferior] - puramente formal - ele é uma ordem parcial com o mesmo valor da norma fundamental. Entretanto, se consideramos esta norma fundamental, se levamos em conta a ordem inferior que se baseia nela, a ordem superior surge como a ordem global. Assim, a unidade das ordens parciais é reconstituída. É particularmente no direito que são encontrados exemplos dessa relação de subordinação entre sistemas de normas parciais, porque o princípio dinâmico sobre o qual já falamos e que fundamenta a unidade do ou dos sistemas de direito não é certamente outra coisa senão o princípio de hierarquização dos diferentes graus ou sistemas de normas. De acordo com a constituição de um Estado, por exemplo, as regras gerais devem estar baseadas em leis, isto é, mais frequentemente sob a forma de decisões dos representantes do povo. Todavia, o legislador pode também habilitar, em certos limites, outras autoridades, por exemplo, as autoridades administrativas para promulgar regras gerais, os regulamentos. O direito formado por leis constitui um sistema de regras superior ao direito formado por regulamentos administrativos. A pirâmide à qual comparamos a ordem jurídica nada mais é, em sua integralidade, do que um sistema global composto de ordens parciais hierarquizadas.

28. C) A SOLUÇÃO DOS CONFLITOS ENTRE NORMAS DE DUAS ORDENS HIERARQUIZADAS

A unidade dos sistemas assim hierarquizados afirma-se pela impossibilidade de uma contradição lógica entre eles. Mais exatamente: se num primeiro momento uma norma da ordem superior e uma norma da ordem inferior de um mesmo sistema normativo parecem contradizer-se, sempre se deve poder interpretá-las de modo a resolver a contradição, mostrando que era puramente aparente.

É preciso distinguir dois casos: 1) a ordem superior compreende uma única norma formal: a norma fundamental que delega a ordem inferior; 2) a ordem superior contenha, além desta norma de delegação, determinadas normas materiais. A norma formal regulamenta sempre o modo de elaboração das normas de ordem inferior. A delegação à ordem inferior pode, por sua vez, assumir duas formas: a) é feita sem limitação, de modo que suas regras valem para uma mesma jurisdição, uma mesma duração, obrigam as mesmas pessoas e regem validamente as mesmas matérias que as de ordem superior. Seria sempre assim, no primeiro caso; b) ou ela é limitada, sendo a autoridade delegada apenas competente para regular algumas matérias determinadas, numa determinada circunscrição jurisdicional, para determinadas pessoas, ou ainda, para um determinado período de tempo. O poder de legislar fora dos limites fixados é em geral conferido a outra autoridade ou então a autoridade superior a reserva para si. Isto corresponderá, de modo geral, ao segundo caso que destacamos acima.

Portanto, é daqui que pode surgir um conflito provisório ou aparente entre a ordem superior e a ordem inferior: a) pode tratar-se, inicialmente, de uma contradição puramente formal, quando a regra da ordem inferior tenha sido criada sem observar as prescrições da norma de delegação. No caso de delegação limitada, a contradição resultará particularmente daquilo que excedeu os limites de competência que a ordem superior atribuiu à ordem inferior. Um exemplo ocorre quando se legisla sobre uma matéria que estava reservada ou havia sido confiada a regulamentação a outra autoridade; ou ainda se quando se pretende estender a validade de uma norma sobre a jurisdição de ordem jurídica. A norma de ordem inferior é então contrária à Constituição ou às regras de competência; b) contudo, é igualmente por seu conteúdo que ela poderia entrar em contradição com a ordem superior, supondo-se que contém igualmente normas materiais.

Como resolver essas contradições? A norma da ordem inferior é *nula*. Isto significa que aquele que deve aplicá-la ou executá-la está autorizado a controlar sua conformidade com a ordem superior e, se considerar que não há conformidade, abster-se de aplicá-la ou de executá-la. Esta suposta regra de ordem inferior, na verdade, é uma regra apenas na aparência: é nula. Não há, pois, contradição real entre ordem superior e ordem inferior. A doutrina da Igreja Católica ensina, por exemplo, que a ordem divina concede ao poder secular apenas o direito de regular os assuntos de ordem temporal. Se uma regra estatal invade em algum aspecto o domínio religioso e fere o dogma católico, será - do ponto de vista católico - nula. Quer dizer que - sempre sob esse ponto de vista - todo católico está no direito e mesmo na obrigação de tratá-la como tal. É deste modo que se deve resolver conflitos desse gênero, declarando nula a regra da ordem inferior, quando a ordem superior não oferece positivamente qualquer outra possibilidade, isto é, quando a norma de delegação não permite, expressa ou tacitamente, outra interpretação.

De resto, esta não é a regra geral, sobretudo em direito.

De forma geral, a sanção para o caso de uma regra de ordem inferior contrariar formal ou materialmente uma regra de ordem superior não é a nulidade, mas a simples *anulabilidade*. Segue-se um procedimento regulamentado por aquele que designa em particular o órgão encarregado de constatar a contrariedade e decidir se a anulação terá efeito no futuro ou se e em que medida terá efeito retroativo. Até o momento dessa anulação, a regra da ordem inferior permanece naturalmente válida; ela derroga, pois, em sua esfera de validade a norma de ordem superior: quer dizer que a ordem inferior delegada está autorizada a derrogar, provisoriamente e por um prazo limitado, a ordem superior. Consequentemente, nem por um instante pode haver conflito insolúvel entre as duas normas. É assim que um regulamento ilegal obriga as autoridades administrativas, ao menos enquanto ele não for anulado por uma instância competente, por exemplo, por uma jurisdição. A questão da responsabilidade pessoal do órgão que promulgou o regulamento ilegal se coloca depois, em um segundo momento.

Pode também ocorrer que a ordem superior autorize positiva e expressamente a ordem delegada a promulgar, em caso de necessidade, regras que a contradizem, isto é, a derrogar suas regras definitivamente. Por exemplo: uma lei confere a uma autoridade administrativa o poder de promulgar não somente regras complementares, isto é, de execução da lei, mas em certos casos, mesmo regulamentos que derrogam a lei. Neste caso, o princípio *lex posterior derogat priori* aplica-se igualmente nas relações da ordem inferior e superior. Portanto, a contrariedade desaparece e o conflito está resolvido.

Enfim, última hipótese: a ordem superior ao determinar de alguma forma a tramitação a ser seguida para estabelecer as regras de ordem inferior, assim como seu conteúdo, diz que os dispositivos promulgados em violação as suas prescrições (sob um ou outro ponto de vista) não serão nulos nem anuláveis. haverá [neste caso] simplesmente uma *sanção* contra determinados órgãos responsáveis pela violação. As prescrições de ordem superior têm, então, um caráter puramente eventual. Exemplo: uma Constituição regula o procedimento legislativo, mas proíbe às autoridades encarregadas de aplicar as leis o direito de controlar a regularidade de sua confecção. Ela os obriga a aplicar igualmente as leis que foram feitas irregularmente e prevê somente uma sanção contra os órgãos responsáveis pela constitucionalidade das leis: o chefe de Estado que as promulga e o ministro que as referenda. Portanto, ainda neste caso, não há contradição entre a ordem superior e a ordem inferior.

Todo conflito entre a ordem superior e a ordem inferior de um mesmo sistema de normas pode ser resolvido conforme um dos métodos que acabamos de indicar. Assim, a unidade do sistema das normas encontra-se garantida igualmente quanto a sua coerência interna.

Capítulo IV

DIREITO INTERNO E DIREITO INTERNACIONAL

I - A construção dualista

29. AS TRÊS CONSTITUIÇÕES POSSÍVEIS DA RELAÇÃO

Agora nos é possível abordar o problema particular das relações entre direito interno e direito internacional.

Pode-se conceber essa relação particular de variadas formas: - considerando a ordem estatal, isto é, o direito interno e o direito internacional como dois sistemas de normas independentes e, conseqüentemente, distintos um do outro, se admitirá entre eles um *dualismo* fundamental; ou admitindo, ao contrário, uma certa unidade entre o direito interno e o direito internacional. compreendendo-os em um sistema universal, construção do tipo *monista*. Esta comporta duas possibilidades, caso se dê destaque a um ou a outro dos dois elementos: a tese da primazia do direito interno; e a tese da primazia do direito internacional.

Sobre este problema capital para o direito internacional teórico, qual das três doutrinas pode ser considerada *grosso modo*, como a doutrina dominante? A maior parte dos autores inclina-se para uma construção dualista; entretanto, incoerentes com eles mesmos, logo abandonam suas premissas e, não temendo contradizer-se, pedem emprestado elementos a cada um dos três sistemas. Esta é a situação extremamente lamentável da teoria do direito internacional no momento¹⁰. Para sair da situação, é preciso ter a coragem de enfrentar sucessivamente as diferentes teses, deduzi-las até as últimas consequências lógicas e decidir-se a favor de uma delas, excluindo rigorosamente as outras. Constatando a estreita conexão que, no momento, une a ciência jurídica e a política, essa coragem não é fácil. Contudo, a coragem intelectual é tão necessária na ciência quanto a coragem moral na vida e na ação.

30. AS CONSEQUÊNCIAS DA CONSTRUÇÃO DUALISTA. A) NEGAÇÃO DA NATUREZA JURÍDICA DO DIREITO “INTERNACIONAL”

De nossas explicações precedentes de ordem geral, resulta que, adotando a tese dualista sobre as relações do direito interno e internacional, proíbe-se totalmente reconhecer simultaneamente o caráter obrigatório das regras de um e de outro sistema. Caso eles sejam diferentes, decorrendo de duas fontes distintas, como sustentam os autores mais respeitados, é preciso renunciar a inferir a validade de um só e único princípio.

Do mesmo modo que, uma vez admitida a independência do direito positivo diante da moral, o jurista deve fazer abstração da moral e o moralista, enquanto tal, fazer a abstração do direito positivo, salvo no caso em que, sobre um determinado ponto, um dos dois sistemas remete ao outro, incorporando-o em parte, tornando-o um de seus próprios elementos. Então, se for preciso considerar direito estatal e direito internacional como dois conjuntos inteiramente distintos de regras, o jurista que se mantém no terreno da ordem jurídica interna, para que as normas sejam válidas, deve excluir de seu campo de investigações a validade das normas do direito internacional. Se o direito internacional está relacionado a uma fonte absolutamente distinta daquela do direito estatal, se eles consequentemente não têm princípio comum, resta também pouco para o jurista quando falamos da moral, e reciprocamente.

10 [n.t.] Deve-se lembrar que o autor escreve o texto em 1926, mas a mesma discussão ainda hoje é comum nos tribunais nacionais e estrangeiros.

Com efeito, a construção dualista levada às últimas consequências naquilo que chamam de direito internacional, simplesmente uma espécie de moral ou de direito natural e não um direito verdadeiro, no sentido pleno do termo, no sentido como se qualifica o direito interno de «direito positivo». Somente o direito interno poderia definir o que é direito e o que não o é. O jurista deveria abster-se de qualquer referência a esse «direito internacional»; constatar, por exemplo, se ocorre que suas prescrições são conformes ou contrárias àquelas do direito interno lhe seria totalmente indiferente sob o ponto de vista jurídico, pois não haveria mais sentido nem valor jurídico senão as regras morais ou os princípios de direito natural. Nessas condições, a construção dualista implica a negação da natureza jurídica do «direito internacional». Resolver este grave problema não consiste em decidir se, para ser verdadeiramente do direito, o «direito internacional» deve ter uma sanção, se notadamente deve dispor de um aparelho de coerção próprio para a aplicação de suas sanções particulares. Isto é apenas uma questão técnica de ordem secundária. A questão em discussão é se é possível fundamentar o caráter obrigatório das regras do direito internacional sobre as mesmas bases que as das regras do direito interno, em que todo o mundo reconhece um direito; se as duas ordens têm algum princípio comum e entram em um só e mesmo sistema. Uma regra não pode ser considerada como regra de direito se apresenta as características que, do ponto de vista «jurídico», estabelecem a validade de uma norma, criam a norma jurídica. Da mesma forma que é inadmissível e enganador qualificar uma regra do direito natural como norma jurídica, *como se faz com as regras de direito positivo*, precisamente porque, para quem estuda este último, não poderia haver outro se não o direito positivo; além disso, na construção dualista, o termo “direito” internacional é extremamente contestável, desde que não se desconheça nem se esqueça jamais de que as normas desse sistema supostamente jurídico não são verdadeiras regras do direito positivo.

B) NEGAÇÃO DO CARÁTER JURÍDICO DOS ESTADOS ESTRANGEIROS. E tem mais. Se a construção dualista não permite compreender sob um mesmo ponto de vista o direito internacional e o direito interno, uma única ordem estatal seria realmente válida, aquela sobre a qual o jurista apoia suas pesquisas, isto é, aquela do Estado a que pertence, de “seu” Estado que nós chamaremos *brevitatis causa*, o Estado (ou a ordem estatal) nacional. Não é somente o direito internacional que se deverá ignorar, mas também todas as ordens estatais estrangeiras, como não tendo vínculo algum, nenhuma medida comum com ele; não poderiam, não mais que o direito internacional, constituir sistemas jurídicos válidos, porque, fora do direito internacional, não pode existir princípio comum a diferentes ordens estatais, nem, conseqüentemente, outra ordem propriamente

jurídica, a não ser o Estado «nacional» do jurista. Não se pode admitir a coexistência de múltiplas ordens jurídicas internas, válidas cada uma num território juridicamente determinado a não ser que se reconheça nas regras ditas de direito internacional o caráter de verdadeiras normas jurídicas.

Esse ponto de vista é o do homem primitivo que se recusa a ver nos grupos sociais outros que não o seu, outros que não o Estado ao qual pertence pessoalmente, se recusa a ver verdadeiros Estados, verdadeiras comunidades jurídicas. Para o homem primitivo, o mundo do direito e do Estado termina nos confins de sua própria pátria. Para ele, os «Estados» estrangeiros não são semelhantes a seu Estado nacional, a ordem deles não é da mesma natureza que sua ordem jurídica nacional. São hordas de bárbaros, bandos de seres humanos dos quais não quer absorver as relações mútuas como aquelas dos membros de seu próprio grupo. Porque considerá-las como relações propriamente jurídicas, irá obrigá-lo a respeitá-las, a reconhecer uma ordem que delega a esses bárbaros o poder de legislar para seu domínio, que delimita, portanto, este domínio daquele domínio jurídico nacional e, conseqüentemente, limita este último. Se foi necessário muito tempo para que o estrangeiro fosse considerado como um homem igual a um concidadão, o fato de ter reconhecido a ordem social estrangeira no mesmo nível que a ordem nacional, a qualidade da ordem jurídica, representou um progresso ainda mais importante.

Com a construção dualista, é preciso necessariamente renunciar a esse progresso. Aparentemente, em uma primeira análise, [a construção dualista] não vê senão massas jurídicas justapostas que não se ligam a princípio comum algum, isoladas umas das outras: a ordem jurídica nacional, as ordens jurídicas estrangeiras, o direito internacional. O dualismo parece ser, na verdade, um verdadeiro pluralismo jurídico. Entretanto, observando mais de perto, percebe-se que esse pluralismo é inadmissível: no fundo, essa teoria reconhece o caráter de ordem jurídica somente a uma ordem, a ordem nacional; qualquer outro sistema – nem o direito internacional, nem outra ordem estatal – não pode ser igualmente uma ordem obrigatória. O pluralismo jurídico transforma-se em um egotismo (*Solipsismus*) estatal. Esta é uma prova suficiente de que os autores que consideram o direito interno e do direito internacional dois sistemas independentes, pois oriundos de fontes diferentes, estão muito distantes de absorver as conseqüências lógicas de seu dualismo jurídico. Com efeito, acreditam poder admitir que direito internacional e direito interno são ambos obrigatórios, embora totalmente diferentes e independentes. Passaríamos do primeiro ao segundo sem ter que mudar de ponto de vista, sem solução de continuidade. Esses autores devem admiti-lo, porque afirmam insistentemente e devem afirmar que é absolutamente necessário com-

pletar o direito internacional com os diferentes direitos internos, que [o direito internacional] sozinho seria um fragmento desprovido de significado, que apenas pode ser obrigatório caso se vincule estreitamente ao direito interno. Quando, por exemplo, prescreve que uma declaração de guerra formal deve preceder qualquer ato de hostilidade, é ao direito interno que incumbe determinar o indivíduo que terá competência para fazer isto em nome do Estado interessado.

C) IMPOSSIBILIDADE DA DELIMITAÇÃO DO DOMÍNIO JURÍDICO DOS ESTADOS. Os adeptos do dualismo reconhecem, de modo geral, que o direito internacional limita ou pode limitar validamente, em função de relações de espaço, de tempo, de sujeitos e mesmo de objeto, o domínio da ordem jurídica interna; por exemplo, é proibido aos Estados estrangeiros praticar determinados atos jurídicos em território estrangeiro ou que os agentes diplomáticos estrangeiros não estão submetidos à jurisdição do Estado junto ao qual são acreditados e mesmo que o conteúdo de certas leis (por exemplo: de uma lei francesa que declararia que todos aqueles que pisam em solo francês ou que falam francês são cidadãos franceses) são contrários ao direito. Essas limitações não apenas seriam válidas do ponto de vista do direito internacional, mas vinculariam bem mais o Estado, no caso em que suas normas não os sancionassem. Essas regras de direito internacional que limitam o alcance das regras do direito interno teriam, do mesmo ponto de vista, o caráter de normas jurídicas. Tratar-se-ia, com certeza, de limitações, de obrigações jurídicas como aquelas que uma regra qualquer de direito interno estabelece. No entanto, isto não é possível se o direito estatal e o direito internacional não são simultaneamente válidos, se não têm um princípio comum: esta ideia é inconciliável com a teoria dualista. No fundo, a simples ideia de que o direito internacional obriga juridicamente os Estados deveria ser suficiente para rejeitar essa teoria. Ora, os adeptos do dualismo admitem essa ideia, porque veem no direito internacional um verdadeiro direito positivo e não somente uma moral ou um direito natural. *Embora sua doutrina o implique inevitavelmente, eles não consideram negar o direito internacional*. Protestariam com indignação se lhes atribuisse somente a intenção de pôr em dúvida que o direito internacional obriga juridicamente os Estados. Todavia, o que significa esta última afirmativa?

O Estado, já o comprovamos, não é um ser individual: o Estado é **um** com sua ordem jurídica, é sua personificação. Como, além disso, uma obrigação jurídica só pode ser aplicada à conduta humana, afirmar que o direito internacional obriga juridicamente o Estado quer dizer que estabelece uma obrigação jurídica sob a responsabilidade de um indivíduo que o direito interno será incumbido de determinar. De outro modo: o direito internacional, do qual brotaria a obrigação do Estado, decide o que deve ser feito em determinada hipótese, mas não

quem, isto é, que indivíduo deverá executá-la; limita-se, desta forma, a delegar o direito interno, a dar-lhe competência. Consequentemente, existe entre eles a mesma relação de delegação que vincula os diferentes patamares de regras jurídicas internas, que é por excelência o princípio de unidade do direito. Desde então, não é de se espantar que são aliadas à teoria dualista afirmações que somente têm sentido no âmbito de uma construção monista, que admite em particular a coexistência de Estados coordenados e juridicamente iguais, isto é, sistemas de direito interno dos quais o direito internacional delimita os respectivos campos de ação em termos do espaço, do tempo, das pessoas e dos sujeitos. Entretanto, tal concepção supõe que se admita a existência de um direito internacional que delimita juridicamente, portanto, delega esses direitos internos.

31. A IDENTIDADE DE OBJETOS DAS REGRAS DE DIREITO INTERNO E DE DIREITO INTERNACIONAL

Por esta afirmação insustentável de que o direito interno e o direito internacional constituem dois sistemas de regras independentes um do outro, mas simultaneamente válidos, a teoria dualista se choca com a possibilidade de um conflito insolúvel entre eles. Seus defensores não percebem que ela perde seu caráter científico em razão desse fato, porque renuncia a perceber seu objeto em sua harmoniosa unidade. Bem que se esforçam para livrar-se dessa nova dificuldade, afirmando que os dois direitos, não somente decorrem de duas fontes, mas também regulam objetos inteiramente *distintos*, o que exclui a hipótese de um conflito entre eles, visto que duas regras contrárias não são incompatíveis a não ser que se relacionem ao mesmo objeto. O direito estatal e o direito internacional se relacionariam verdadeiramente a objetos diferentes se valessem seja para um território, seja para indivíduos distintos. Entretanto, sempre poderia surgir um conflito entre eles, a menos que seu respectivo campo não fosse juridicamente delimitado por uma ordem superior, o que a teoria dualista não pode naturalmente admitir. De outro modo, porque o direito estatal pelo menos - nas fronteiras móveis e extensíveis em todos os sentidos, desde que soberano - não poderia pretender reger objetos que entram na competência do direito internacional, mas inversamente também.

Aliás, na base da ideia de que os dois direitos são aplicados a objetos distintos, encontra-se um conjunto de erros.

Vejamos como *grosso modo* essa doutrina se apresenta: o direito interno regula ao mesmo tempo as relações entre os indivíduos como sujeitos do Estado e as relações do Estado com seus sujeitos. Ao contrário, o direito internacional regula

as relações entre os Estados como sujeitos de direitos iguais. Por acaso, existem dois objetos diferentes de regulamentação jurídica? Negativo.

Nos dois casos, na verdade, trata-se de relações entre indivíduos e da determinação de suas obrigações e de seus direitos. A ideia de que haveria entre o Estado e os indivíduos, como consequência, de Estado a Estado, relações que não seriam entre indivíduos é uma simples ilusão que só se explica pela inadmissível hipótese do Estado ser um super-homem. De início, observemos que o direito não regula simplesmente as relações jurídicas que preexistiriam, mas ele as cria. Além do mais, a essência de qualquer relação jurídica é impor uma determinada conduta a um indivíduo e de dar, como contrapartida, de certo modo, um direito a outro indivíduo - o direito do primeiro se conformar a sua obrigação. Pode exigir, por exemplo, caso este viole suas obrigações, a aplicação de uma sanção contra o mesmo, uma declaração de vontade do detentor do direito, que faça uma petição em justiça. Mais precisamente, uma relação jurídica é uma relação estabelecida por uma regra de direito entre dois atos humanos, que são a matéria, de um lado, de uma obrigação jurídica, de outro, de um direito subjetivo (*Berechtigung*). Sem dúvida alguma, podem-se qualificar como relações jurídicas determinadas relações entre o Estado e os indivíduos ou entre Estados. No entanto, no fundo, são apenas relações jurídicas entre indivíduos - indivíduos cujos atos, por uma razão qualquer, cujas obrigações ou direitos são imputados ao Estado, isto é, relacionados à ordem que os regula, considerada em sua unidade. Qual é, por exemplo, a relação jurídica do Estado e dos sujeitos em matéria fiscal? Uma regra do direito dispõe que, se um indivíduo determinado - o agente competente das contribuições - prescreve, segundo certo procedimento, a outro indivíduo (o sujeito) que deve pagar certa quantia, este último deverá fazê-lo: se não pagar, outro indivíduo igualmente designado e qualificado para esse trabalho (o agente de execução) deve, sobre a injunção do primeiro, obrigar o contribuinte negligente. O fato de que o direito ou a obrigação, isto é, a conduta de um desses indivíduos é imputada ao Estado e pode ser qualificada de conduta, de obrigação ou de direito do Estado, não altera em nada a natureza da relação jurídica. Em particular, essa imputação não prova absolutamente a existência de uma relação de subordinação ou de superioridade. Especialmente, não é idêntica à noção de relação de direito público que se caracteriza também, naturalmente, como tal. O que não se concebe é que a obrigação de um, nasça em resposta a uma declaração de vontade unilateral do outro. Então, ao contrário, nas relações de direito privado que se qualifique como relações entre pessoas iguais perante o direito, a obrigação, em princípio, apenas existe com o consentimento daquele que se trata de obrigar. Se se admite que o Estado pode entrar em uma relação de direito privado (por

exemplo, alugar uma casa) vê-se que, mesmo nesse caso, um dos elementos da relação pode ser imputado ao Estado. O mesmo ocorre nas relações jurídicas entre Estados: há simplesmente relações estabelecidas pelo direito entre dois atos individuais, com a particularidade que, neste caso, cada um dos dois elementos da relação é imputado a um Estado diferente. Procuremos não hipostasiar esta simples personificação da ordem jurídica que é o Estado; ao contrário, vamos resolvê-la como deve ser numa teoria científica; perceberemos que as relações dos sujeitos com o Estado ou entre eles, de um lado, e as relações entre Estados de outro, têm um único e mesmo objeto. Fica evidente que as regras do direito interno podem ser aplicadas e são aplicadas de fato nas relações entre Estados, como inversamente as do direito internacional podem ser aplicadas às relações entre Estados e sujeitos.

Quanto ao primeiro ponto, não se duvida que o direito interno possa obrigar não apenas os sujeitos do Estado, mas também os órgãos estatais, portanto, o próprio Estado diante de outro Estado e conferir, desta maneira, direitos a este último. Nada proíbe que um direito estatal se refira a outro direito estatal, que delegue, abandonando, por exemplo, a determinação do indivíduo cumprir uma obrigação que tenha estabelecido. Mais ainda: mesmo se admitimos a primazia do direito interno, nada impede, em princípio, que o direito de um Estado estabeleça a seu proveito obrigações que estão a cargo de outro Estado, em particular se um tratado com este assim o autoriza. Entretanto, não é necessário recorrer à última hipótese para demonstrar que as relações jurídicas entre Estados podem ser reguladas pelo direito interno. O essencial é provar que o direito internacional não pode regular apenas as relações entre Estados, isto é, estabelecer obrigações ou direitos a cargo ou em proveito de Estados, mas pode também regular, da mesma forma que o direito interno, as relações entre os Estados e seus sujeitos e, sobretudo, as relações entre indivíduos.

32. O PROBLEMA DOS «SUJEITOS» DO DIREITO INTERNACIONAL, AS FONTES DO DIREITO INTERNACIONAL: A TEORIA DA UNIÃO (*Vereinbarung*)

Em regra geral, coloca-se este problema tão importante sob a seguinte forma: são os Estados os únicos sujeitos possíveis do direito internacional ou, ao contrário, suas regras podem aplicar-se aos indivíduos? A opinião predominante afirma que somente os Estados podem ser sujeitos de obrigações e de direitos internacionais. Entretanto, alguns autores consideram que, numa medida mais ou menos restrita, o direito internacional pode ser aplicado aos sujeitos dos Estados ou a indivíduos sem nacionalidade.

Para tratar o problema, não é preciso, como se faz muito frequentemente, empregar um método de casuística jurídica; basta pesquisar a solução de princípio. O que significa, realmente, a afirmativa de que somente os Estados podem ser sujeitos do direito internacional, isto é, em particular que um Estado tem obrigações (ou se poderia dizer, tem direitos)? Isto é somente isto: uma obrigação pesa sobre indivíduos cujos atos são considerados atos do Estado, são imputados ao Estado e que seu direito designa de forma mais precisa, porque as regras de direito só podem ser aplicadas à conduta humana; por isso, afirmando que os Estados são os únicos sujeitos do direito internacional, expressam simplesmente que ele não se aplica imediatamente aos indivíduos sujeitos dos Estados, que não se aplica àqueles que, de modo mediato, isto é, por intermédio do direito interno, da ordem estatal que determina precisamente o indivíduo cujos atos constituem a execução da obrigação ou o exercício do Direito e ao qual a conduta deste último é imputada. Incontestavelmente, essa regulamentação mediata implica uma espécie de descentralização muito característica do direito internacional, sem que lhe seja rigorosamente própria, porque é encontrada também na Idade Média, no Estado feudal. No entanto, não é inerente ao direito internacional, não constitui uma característica necessária de suas normas, não pode ser deduzida de sua própria natureza, do modo de elaboração de suas normas, do que se chamou - de maneira pouco exata - sua «fonte», porque esta ou estas «fontes» têm, como todas as «fontes» do direito, um caráter puramente formal. São mudas em relação ao conteúdo das regras a serem estabelecidas.

Essas «fontes» do direito internacional são, assim como as do direito interno, o costume e os estatutos, entendendo por este último todos os procedimentos de criação consciente, de formulação do direito: a lei em direito interno, a convenção em direito internacional, o tratado internacional.

Aliás, são exatamente certos adeptos da teoria dualista que afirmam a existência de uma fonte particular do direito internacional, a convenção ou união (*Vereinbarung*). Para demonstrar que o direito interno e o direito internacional constituem dois domínios diferentes e sem ponto de contato possível, pois regulam objetos diferentes, argumenta-se que derivam de fontes diferentes, o direito internacional tendo como fonte um acordo de vontades entre Estados, de uma espécie particular distinta do tratado (*Vertrag*), no sentido comum do termo, a convenção ou a união. O tratado, com efeito, não seria, em sua qualidade de ato jurídico, senão a pura aplicação do direito. A união, ao contrário, seria um procedimento de criação do direito; da mesma forma como a lei em direito interno, estabeleceria regras de direito. Conclusão falsa, porque - já o demonstramos -, ainda que os dois direitos não tenham a mesma fonte, a mesma norma fundamental,

podem regular os mesmos objetos. Mesmo introduzindo essa *Vereinbarung* não se pode demonstrar que existe uma fonte própria do direito internacional. Com efeito, parte-se da hipótese de que a fonte do direito interno - que obriga o próprio Estado - é sua «vontade» e não há vontade superior à do Estado. Para que o Estado seja obrigado pelo direito internacional, este deve, pois, resultar de sua vontade, mas como a vontade de um Estado não pode vincular outro Estado, é preciso uma vontade comum, um acordo de vontades entre Estados. Observemos que o termo «fonte» é tomado no sentido de princípio de validade, que toda essa teoria das «fontes» é apenas uma paráfrase da teoria bem conhecida da autolimitação do Estado, segundo a qual o Estado só poderia ser obrigado por sua própria vontade, teoria que deve logicamente levar a uma construção, não dualista, mas bem monista, mais precisamente levar à tese da primazia do direito interno. E, enfim, ressaltemos que entre a união (*Vereinbarung*) e o tratado (*Vertrag*) não existe, na verdade, diferença essencial. Em um como em outro ato, dois ou mais sujeitos estabelecem uma regra por declarações de vontades concordantes. Se for negada essa identidade, é porque não se pensou no tratado senão a função de aplicação e não aquela de criação do direito e que, consequentemente, se acreditou dever colocar os tratados criadores de direito numa categoria particular, aquela da união. Ora, como nós já demonstramos, a oposição entre criação e aplicação do direito é essencialmente relativa; todo ato jurídico, mesmo um simples contrato do direito privado, é ao mesmo tempo aplicação do direito - em relação ao grau jurídico superior, à lei - e ato gerador de direito, isto é, de regras - em relação às partes ao ato. Inversamente, a união não somente cria o direito - em relação aos Estados que obriga - mas aplica igualmente o direito - em relação a uma regra geral que somente a institui como fonte do direito - a regra do direito internacional - *pacta sunt servanda*. Convenção e tratado são, portanto, uma única e mesma coisa. Vamos, pois, deter-nos ao fato de que há somente duas fontes do direito internacional: o costume e o tratado.

Entretanto, não resulta disso que a criação das normas deva necessariamente ser mediata. Sem dúvida, até o presente momento, as regras de direito internacional deixaram unicamente ao direito interno a determinação dos indivíduos que devem executar as obrigações assumidas pelo Estado. Essa determinação pode resultar de dispositivos já em vigor do direito interno, particularmente regras constitucionais sobre as atribuições dos diferentes órgãos supremos do Estado ou implicar a elaboração de novas regras internas. Neste caso, as regras de direito internacional, particularmente os tratados, geralmente obrigam o Estado a promulgar regras de direito interno necessárias, decidindo que o governo deverá submeter ao Parlamento um projeto de lei ou, mais propriamente, desencadear

e levar a termo o processo de elaboração do direito interno. Entretanto, se esta prática foi até agora a mais comum, o que poderia impedir dois ou mais Estados de concluírem um tratado que vincula direta ou indiretamente seus sujeitos à semelhança de leis? Em contrapartida, por que não poderiam os Estados ter querido obrigar diretamente indivíduos perfeitamente determinados ou conferir-lhes direitos? A questão dos sujeitos possíveis do direito internacional não comporta resposta que se deduza da própria natureza desse direito; é única e exclusivamente uma questão de interpretação de regras positivas e, especialmente, dos dispositivos dos tratados.

Esta é também a solução que deve ser dada ao seguinte problema: somente os Estados, aliás, os órgãos do Estado designados pelo direito interno podem criar regras de direito internacional? “Pessoas físicas”, isto é, indivíduos imediatamente designados por um ato internacional, de caráter costumeiro, por exemplo, podem criá-las também? Podem, por exemplo, concluir tratados internacionais? Nem a natureza, nem as fontes do direito internacional excluem essa eventualidade. A questão diz respeito ao conteúdo de suas regras e se relaciona, portanto, com a interpretação do Direito internacional positivo. As proposições que poderiam ser extraídas sobre este tema, no estado atual do direito internacional, não excluem uma evolução futura, em sentido contrário.

33. O PROBLEMA DA «TRANSFORMAÇÃO» DO DIREITO INTERNACIONAL EM DIREITO INTERNO

A essas questões se vincula estreitamente - com certeza - o problema da transformação do direito internacional em direito interno. Uma teoria muito difundida defende que as regras do direito internacional - que em si obrigariam somente o Estado e não seus órgãos e seus sujeitos - apenas teriam força obrigatória «no interior [do Estado]», uma vez transformadas em regras de direito interno. Nesta situação, também não há um princípio geral, resultante da própria natureza do direito internacional. Não é de todo impossível, especialmente em virtude de um tratado, que uma regra internacional entre imediatamente em vigor nos Estados contratantes. Ressaltemos a este propósito que, em certas constituições recentes, por exemplo, na constituição austríaca, o tratado internacional é inteiramente assimilado à lei interna como fonte do direito. Os tratados internacionais derrogam as leis, sendo que em Estados democráticos são submetidos à aprovação do parlamento e promulgados como leis, embora os dispositivos do tratado sejam suficientemente precisos. Há uma transformação totalmente supérflua. Assim, por exemplo, o tratado de Saint-Germain, aprovado pelo Parlamento e publicado

no Diário Oficial, tem força de lei na Áustria, sem ter sofrido qualquer «transformação». E a Comissão das Reparações, a quem deu competência para editar dispositivos tanto gerais quanto individuais pode, em razão da força obrigatória imediata do tratado, criar um direito que obriga diretamente os tribunais e as autoridades administrativas austríacas. Esses dispositivos devem ser integrados a decretos publicados pelo governo, em virtude do tratado de Saint-Germain.

As afirmações da doutrina tradicional a esse respeito são frontalmente opostas aos princípios do positivismo jurídico: apresentam-se como consequências necessárias da natureza do direito internacional, quando, na verdade, repousam unicamente sobre o conteúdo concreto do direito positivo. É um método de direito natural, método que se alia sempre a uma tendência política contrária ao direito positivo, e essa tendência - consciente ou inconsciente - se encontra inevitavelmente no caso presente. Se o direito internacional podia obrigar somente o Estado e não seus sujeitos ou seus órgãos, estaria totalmente desprovido de força obrigatória, porque, se subtrairmos do Estado seus sujeitos e seus órgãos, isto é, os indivíduos, não sobra nada que possa ser obrigado, pois o Estado não é uma entidade diferente de seus órgãos e de seus sujeitos, à qual a hipótese tão corrente e tão perigosa da ordem jurídica empresta uma aparência de realidade. Se o direito internacional fosse aplicado somente ao Estado, se devesse ser «transformado» para obrigar os indivíduos, o Estado seria seu mestre absoluto. As regras não se imporiam a ele a não ser que os órgãos governamentais as transformassem voluntariamente em regras de direito interno; estes sempre podem afirmar que não são obrigados pelas regras internacionais (por exemplo, um tratado concluído por eles mesmos), porque não estão obrigados diretamente.

A consequência lógica dessa teoria - consequência que evidentemente nos abstermos de tirar - é o aniquilamento completo do direito internacional. No fundo, é apenas um corolário do dogma da soberania do Estado. Sob a aparência de uma teoria do direito internacional, é sua negação. E é igualmente esse dogma da soberania que se esconde atrás da construção dualista do direito internacional. Não se ousa, é verdade, negar direta e informalmente o direito internacional; simplesmente o deixamos subsistir. Percebe-se, entretanto, examinando mais de perto, que o mesmo fica totalmente dependente do Estado¹¹.

Manter a autoridade suprema do Estado, não reconhecer poder algum ou ordem que lhe seja superior, isto é, defender o dogma de sua soberania a partir de considerações pura e exclusivamente políticas é a tendência que domina a

11 que la situation qu'on lui fait lui enleve toute prise sur l'État

teoria dualista. Desta forma, com semelhantes hipóteses, só pode resultar em contradições internas.

Capítulo V

DIREITO INTERNO E DIREITO INTERNACIONAL

(Continuação)

II - A construção monista

A) A PRIMAZIA DO DIREITO INTERNO

34. NECESSIDADE DO MONISMO JURÍDICO

Foi demonstrando que não pode haver ao lado do direito positivo outro sistema de regras válidas, decorrentes de uma fonte distinta, isto é, a inadmissibilidade de um dualismo normativo, que o positivismo jurídico triunfou na época moderna sobre a teoria do direito natural. É igualmente essa unidade necessária do sistema das normas obrigatórias que explica que a tese dualista é - como acabamos de ver - levada *ad absurdum*. A história da jurisprudência demonstra que ela é ciência na exata medida em que satisfaz esse postulado de unidade que chegou a compreender o direito todo em um sistema unitário.

Ainda que os juristas modernos não tenham uma consciência suficientemente clara desse princípio fundamental de sua ciência, é fácil mostrar quanto, na realidade, ele a domina, isto é, quanto, apesar de todos os desvios geralmente provocados por retrocessos de ordem política, as teorias mais distintas tendem a essa unidade. É particularmente muito significativo que mesmo representantes extremos do dogma rígido da soberania não renunciem a fundamentar a unidade do direito estatal e do direito internacional.

35. A SOBERANIA DO ESTADO E O PROBLEMA DA AUTOLIMITAÇÃO

Do ponto de vista da soberania do Estado, eis o problema: como, se não existe poder, isto é, autoridade que lhe seja superior e que tenha qualidade para legislar, o Estado pode ser juridicamente obrigado diante de outros Estados? Re-

solve-se por empréstimo de outra matéria: ensina-se normalmente que a questão da limitação do Estado pelo direito situa-se não somente na ordem internacional, mas também na ordem interna. As relações do Estado e de seus sujeitos seriam relações jurídicas: o Estado teria obrigações e igualmente direitos em face de seus sujeitos, assim como estes também os teriam em relação a ele. O problema da “auto-obrigação” ou da “autolimitação” do Estado surge no primeiro plano da Teoria Geral do Estado: é preciso submeter o Estado, suporte (*Träger*) da ordem jurídica, autoridade que obriga e que confere direitos a seu próprio direito, isto é, a si mesmo; é preciso que se obrigue e se confira direitos. Daí a quantidade de dificuldades inúteis unicamente em razão da falsa ideia de que o Estado é uma entidade diferente tanto de ordem jurídica como pelos indivíduos que a ele são submetidos. Ao contrário, elas desvanecem se consideramos que por “obrigações” ou “direitos do Estado” podem ser entendidos direitos e obrigações dos indivíduos cujos atos são, por qualquer razão, atribuídos ao Estado, isto é, relacionados à ordem jurídica considerada em sua unidade. A “autolimitação” do Estado não difere da criação de obrigações pelos sujeitos: a ordem estatal obriga sempre indivíduos e unicamente indivíduos. Estamos iludidos, portanto, imaginando que a ideia de auto-obrigação fornece um meio de obrigar internacionalmente o Estado. Esse Estado é simplesmente a personificação da ordem jurídica interna; consequentemente, afirmar que o Estado só pode ser obrigado por ele mesmo significa que somente o direito interno pode obrigar seus órgãos e seus sujeitos. Isto não explica de forma alguma como o direito internacional, exterior à ordem estatal, possa obrigá-los.

Contudo, pode-se desenvolver mais o raciocínio: se o Estado pode ser obrigado somente por ele mesmo, quando o direito internacional o obriga, isso somente pode decorrer da própria vontade do Estado. A teoria da autolimitação do Estado, aplicada ao direito internacional, torna-se uma expressão de dogma da soberania.

Relativamente ao direito internacional convencional, não se encontram dificuldades particulares para manter esse dogma, tanto que as regras de direito internacional são obra de um tratado concluído pelo Estado, obrigado com outro Estado; pode-se de forma geral afirmar que ele está vinculado por sua própria vontade.

36. AUTOLIMITAÇÃO E RECONHECIMENTO

O mesmo não ocorre quando se trata de estabelecer que o Estado está juridicamente vinculado, não somente por tratados internacionais que ele concluiu - pelo direito internacional particular -, mas também pelo direito costumeiro internacional, oriundo do costume.

Para isto ocorrer, fundamenta-se na teoria do reconhecimento do direito internacional pelo Estado: se o Estado, ou mais exatamente, o Estado que chamamos de “nacional”, é soberano, ele não pode, seus órgãos e seus sujeitos não podem ser validamente obrigados pelo direito internacional em relação a um Estado estrangeiro, a não ser que tenha reconhecido esse direito internacional e também esse Estado estrangeiro. Com o dogma da soberania do Estado nacional, essa teoria do reconhecimento se impõe tanto para fundamentar a unidade do direito internacional e do direito estatal, como para estabelecer a medida comum necessária entre a ordem jurídica própria do Estado nacional e as outras ordens estatais. Significa que o direito soberano do Estado nacional remete - naquilo que se refere às relações internacionais - às regras conhecidas sob o nome de direito internacional, de forma que certas regras de direito interno remetem às regras morais (a boa-fé, a equidade etc.). Pelo efeito dessa devolução, dessa delegação, a moral ou algumas de suas regras podem ser incorporadas à ordem jurídica, de modo que o direito internacional se torna para efeito de reconhecimento, parte integrante da ordem estatal nacional que conserva assim, mesmo sob esse aspecto - o que é essencial - seu caráter de ordem soberana. Fica resolvido, portanto, o problema que havia sido colocado, fazendo das regras do direito internacional elementos da ordem jurídica interna.

Esse reconhecimento - base de toda a construção - pode ser feito de diversas maneiras:

1. a) Ou de forma particular, o direito nacional «recebe» expressamente o direito costumeiro internacional como uma parte integrante de si mesmo. É o que fazem, por exemplo, a nova Constituição alemã ou a Constituição Federal da República Austríaca; b) Ou ele autoriza um órgão determinado a proceder ao ato de reconhecimento.

2. Entretanto, esse reconhecimento pode também ser indireto ou tácito. Talvez se possa inferir a intenção de reconhecer o direito costumeiro internacional a partir da existência de órgãos estatais encarregados de se ocupar das relações internacionais e, em particular, de concluir tratados, isto é, de estabelecer regras de direito internacional convencional. Então: quando quer participar das relações

internacionais - vontade que expressa pela criação de órgãos encarregados da gestão das relações exteriores (Ministro das Relações Exteriores, embaixadores, cônsules, etc.) e pela conclusão de tratados internacionais, pelo fato de aceitar a presença de representantes dos Estados estrangeiros junto dele e de tratá-los conforme as exigências do direito - o Estado reconhece tacitamente a força obrigatória do direito internacional.

Entretanto, há casos em que, incontestavelmente, essa conclusão é inteiramente problemática. O pretenso reconhecimento do direito internacional pelo Estado assumiria, então, o caráter de uma verdadeira ficção, à maneira daquela que se invocava outrora (e que se invoca às vezes ainda hoje) para explicar o caráter obrigatório das regras de direito interno para os sujeitos do Estado. No fundo, a teoria do reconhecimento do direito estatal pelos indivíduos se explica pela ação persistente da velha teoria do contrato social. A despeito de atos explícitos de reconhecimento, ela invoca um reconhecimento tácito. O indivíduo, usando as faculdades que a ordem estatal lhe garante, submetendo-se a ela, reconhece-a em seu interesse bem compreendido, a menos que se suponha que queira - coisa, aliás, impossível - situar-se fora de qualquer sociedade jurídica. Esta é igualmente a direção para onde se orienta a teoria do reconhecimento do direito internacional pelo Estado.

Assim, graças a uma espécie de transferência, a teoria do reconhecimento permite fundamentar o caráter obrigatório do direito internacional para o Estado sobre a ordem jurídica interna ou - como se expressa ordinariamente - de deduzir o direito internacional da própria natureza do Estado, de manter a soberania do Estado. Nessa construção, o Estado soberano está «acima» do direito internacional, que apenas pode ser um verdadeiro direito se for «seu» direito. O direito, sendo sempre e necessariamente estatal, o direito internacional não pode ser senão um «direito estatal externo», nomenclatura que deve expressar que suas regras derivam da mesma fonte daquelas do direito interno, que é a vontade do próprio Estado que regulamenta soberanamente suas relações com os outros Estados, assim como suas relações com seus próprios sujeitos; que o «direito internacional» é simplesmente uma parte da ordem estatal que regulamenta as relações do Estado considerado com os outros Estados.

37. AS CONSEQUÊNCIAS DE VALOR DA TEORIA DE RECONHECIMENTO DO DIREITO INTERNACIONAL. A) A FORÇA OBRIGATÓRIA DOS TRATADOS. Qual é a força explicativa dessa teoria?

De imediato, descartemos como mal fundamentada a objeção que não permitiria compreender o tratado internacional. O que caracteriza esse modo de criação do direito é, de fato, a impossibilidade para cada um dos Estados contratantes de se subtrair por um ato unilateral a uma regra nascida do consentimento dado pelo Estado. Ora, a tese da primazia do direito interno não afeta de forma alguma esse princípio. Se, como ela o supõe, o Estado «reconhece» o direito internacional, se «reconhece» em particular o princípio *pacta sunt servanda*, toda violação de um tratado é uma violação do direito. E as consequências jurídicas que vinculam o direito internacional permanecem as mesmas, que em última análise fundamentam sua força obrigatória sobre a “vontade do Estado” ou sobre qualquer outro princípio. Mais ainda: mesmo independentemente de todo reconhecimento, os tratados internacionais vinculariam o Estado, visto que, como é o caso em geral, sua constituição prevê sua conclusão, atribuindo competência a certos órgãos (chefe de Estado, Ministro das Relações Exteriores) para celebrá-los e a outros (Parlamento) para ratificá-los. Neste caso, o tratado internacional deve ser equiparado à lei como ato gerador de direito, pois, aceitando a noção de tratado, a constituição manifesta a vontade de que o Estado não deseja livrar-se por um ato unilateral das obrigações que convencionalmente tenha assumido, mas somente (a menos que o tratado não tenha sido concluído a tempo) por um novo acordo com a outra parte. A violação de um tratado é, pois, uma violação do direito, assim como o seria uma violação da Constituição.

Apesar de tudo, é preciso, entretanto, compreender bem que, se o caráter obrigatório dos tratados internacionais repousa unicamente na Constituição, depende dela para que cesse. Além disso, para o direito internacional em geral, fundamenta-se seu caráter obrigatório somente sobre o reconhecimento pelos diferentes Estados. A qualquer momento, o Estado poderia, então, livrar-se de suas obrigações internacionais, negando esse reconhecimento mediante um processo adequado. Se o retraimento é declarado impossível, vamos pela via da ficção; substitui-se, na realidade, a teoria da primazia da ordem estatal por outra teoria que declara, independentemente de sua vontade, o direito internacional obrigatório para o Estado.

38. B) A EXISTÊNCIA JURÍDICA DOS ESTADOS ESTRANGEIROS

Entretanto, a teoria da primazia do direito interno choca-se com outra dificuldade. O Estado é, segundo ela, soberano e, portanto, não pode ser obrigado por nenhuma outra autoridade senão pela própria. Em razão do [da necessidade de] reconhecimento, o direito internacional entra no direito interno do Estado nacional. Mas, como estabelecer que o direito internacional - parte integrante da ordem estatal - obrigue também juridicamente os Estados estrangeiros, condição evidentemente necessária para que a ideia de o Estado nacional submeter-se a ele tenha um sentido? Tentou-se muitas vezes responder que o direito internacional era uma parte comum do direito interno de todos os Estados. Todavia, se nos ativermos à teoria da autolimitação, essa comunidade seria puramente contingente e não resultaria de uma necessidade jurídica; a identidade ou a analogia material do «direito externo» de vários Estados não teria sua causa no próprio direito. Por esse esforço para obrigar pelo direito internacional não apenas o Estado nacional, mas também e reciprocamente os outros Estados, os adeptos da teoria da autolimitação tentam, na realidade, sobrepujar a primazia do direito estatal nacional. Se, com efeito, o direito internacional obriga todos os Estados na mesma medida é porque são eles coordenados e iguais em direito. Ora, isto é incompatível com a primazia da ordem jurídica nacional. Se o direito internacional obriga o Estado nacional porque foi reconhecido por ele como ordem suprema, autoridade cuja vontade é soberana e que não pode ser obrigada senão por ela mesma, se o direito internacional é assim delegado pelo direito nacional e dele faz parte, assim como os Estados, das ordens estatais estrangeiras, somente a delegação do Estado nacional pode dar-lhe existência jurídica e, consequentemente, não podem ser - num sentido puramente formal - senão partes da ordem jurídica nacional.

Com efeito, na doutrina tradicional, que parte da soberania do Estado, o Estado nacional está, como os outros Estados, na mesma relação com o direito internacional. Uma comunidade jurídica estrangeira não é um Estado a não ser que seja «reconhecida» pelo Estado nacional, como deve ser reconhecido, a partir dela, o direito internacional para vincular um Estado. Significa dizer que o Estado estrangeiro, assim como o direito internacional, apenas é uma ordem verdadeiramente jurídica se o direito nacional o incorporar. Pelo reconhecimento do Estado estrangeiro, o Estado limita em seu favor, juridicamente falando, seu próprio poder, naturalmente soberano, portanto, ilimitado. Admite o estabelecimento de uma ordem jurídica para o território desse Estado sem, aliás, pretender influenciar seu conteúdo. Entretanto, não é menor, do ponto de vista formal, se reivindicar, exigindo para o direito nacional uma competência que se estende igualmente

ao território do Estado estrangeiro. Desse ponto de vista, o Estado estrangeiro deve ser considerado como uma parte da ordem nacional que o reconhece, isto é, o delega. De outra forma: se a ordem jurídica nacional é a ordem suprema, que não se deduz de ordem superior alguma, somente sua norma fundamental poderá, em última análise, conferir a força obrigatória a uma ordem jurídica qualquer. A soberania do Estado consiste no fato de que sua norma fundamental é uma norma última que não é parte de alguma ordem superior, portanto, uma norma não-positiva, mas hipotética, e fundamentando as relações entre o Estado nacional, de um lado, e o direito internacional e os outros Estados do outro, sobre a teoria do reconhecimento, admite-se em suma que somente a ordem jurídica nacional é soberana.

O Estado, estando precisamente caracterizado nessa concepção, inerente à teoria do reconhecimento por sua soberania, nenhuma coletividade estrangeira pode ser um verdadeiro Estado porque, repousando sobre o reconhecimento, isto é, sobre a delegação do Estado nacional, não pode aí ver uma ordem suprema. Deduz-se, com efeito, sua validade de outra ordem, do direito do Estado nacional, que se estende - do ponto de vista formal - à ordem assim reconhecida.

39. C) O CARÁTER CIENTÍFICO E OS LIMITES DA TESE MONISTA

A tendência à unidade, inerente a todo conhecimento, portanto, à ciência jurídica, triunfa finalmente na teoria da primazia da ordem estatal da multiplicidade aparente e primeira das ordens jurídicas ou dos Estados, pela extensão da ordem jurídica nacional às outras ordens que são assim constituídas formalmente, se não materialmente, em uma ordem universal. Tal é, sem dúvida, o objetivo de toda teoria jurídica e mesmo da ciência do direito: constituir uma ordem universal que agrupe em um sistema único todas as regras do direito positivo.

Também a teoria da primazia da ordem estatal é verdadeiramente uma hipótese jurídica. Parte da ideia e resulta na ideia de que existe um só Estado; é que - como toda teoria jurídica - não pode, ao final das contas, reconhecer, isto é, conhecer senão uma única ordem jurídica. Mostra, além disso, que não pode haver mais que um Estado soberano visto que, se a característica do Estado é sua soberania, não podem existir várias ordens estatais coordenadas, iguais em direito. Em razão disso, descobre o sentido verdadeiro e lógico da noção de soberania do Estado, isto é, a unidade e a unicidade necessárias da ordem jurídica assim denominada. De resto, não existe uma característica própria do direito nem da ciência jurídica: todo sistema somente pretende ser válido em sua unidade.

O que a hipótese da primazia da ordem estatal tem de particular é buscar essa unificação na extensão do direito nacional que ela situa no topo e no centro do sistema do direito.

No entanto, é preciso perguntar-se se, comprometendo-se nesse caminho, não se condena a renunciar a valores importantes, provavelmente os mais importantes. Não há dúvidas que a ideia de uma sociedade de coletividades juridicamente iguais, a noção de comunidade internacional dos Estados não é incompatível com as consequências de uma teoria que se fundamenta sobre as ideias de autolimitação e de reconhecimento, isto é, de soberania do Estado. É verdade que há um esforço às vezes para combinar as duas ideias, dizendo: cada Estado reconhece os Estados estrangeiros e o direito internacional; todos os Estados são, portanto, pelo fato do reconhecimento recíproco, igualmente soberanos e, consequentemente, coordenados e iguais em direitos. Simples ilusão que se desvanece se observamos que, argumentando assim, somos levados a uma contínua mudança de ponto de vista. Ora, a unidade de ponto de vista se impõe à teoria do direito como a qualquer outra disciplina, porque somente ela garante a coerência interna. A respeito do Estado que reconhece os Estados estrangeiros e o direito internacional - e é ele que a teoria considera - o Estado reconhecido é uma ordem delegada, portanto, inferior, parcial, o Estado que reconhece sendo a ordem superior e mesmo suprema, portanto, a ordem total. Um único e mesmo Estado não pode, ao mesmo tempo, ser autoridade que reconhece e autoridade reconhecida e delegada, ordem total soberana e ordem parcial não-soberana. O Estado reconhecido não surge como um Estado que reconhece, soberano, caso não abandone o ponto de vista originalmente adotado. Contudo, sob este novo ponto de vista, obtém-se exatamente a mesma forma de construção monista: uma única ordem jurídica soberana. Se considerarmos a coexistência de uma multiplicidade de comunidades coordenadas como um elemento essencial do direito internacional, a hipótese da primazia da ordem estatal equivale à negação desse direito. Não que, como se entende habitualmente, declararia impossível a existência de obrigações jurídicas diante do “exterior”, a cargo do Estado, não que renunciaria a tratar essas relações como relações jurídicas para ver nelas relações fundamentadas sobre a força pura. Exatamente o contrário: a seus olhos, trata-se de relações de caráter jurídico, entende afirmar que o Estado pode ser, e é, juridicamente obrigado a respeito das outras comunidades jurídicas, mas o modo como ela os considera é logicamente inconciliável com a coordenação e a igualdade dos Estados entre eles. Sem dúvida, a superioridade reconhecida de um Estado nacional e de seu direito em relação a um Estado estrangeiro não constitui obstáculo algum àquilo que se admite, a força obrigatória dos tratados

internacionais. Admite-se também que o Estado pode concluir convenções jurídicas obrigatórias com as coletividades territoriais descentralizadas que a ele são incorporadas, tanto no âmbito do direito privado, como do direito público.

A primazia da ordem jurídica nacional exclui unicamente a ideia de um direito internacional superior aos Estados que os limita reciprocamente e, por consequência, os coordena. As relações internacionais não cessam de surgir como relações jurídicas, mas certos fatos escapam a uma interpretação jurídica cuja teoria da primazia da ordem internacional permite, ao contrário, justificar sem dificuldade.

Capítulo VI

DIREITO INTERNO E DIREITO INTERNACIONAL (Continuação)

II - A construção monista

B) - A PRIMAZIA DO DIREITO INTERNACIONAL

40. A IGUALDADE JURÍDICA DOS ESTADOS

Na opinião geral, é da essência do direito internacional fundar uma sociedade de Estados iguais em direito. A ideia de que os diversos Estados, embora de extensões territoriais, populações e poderes desiguais têm, sob o ponto de vista jurídico, o mesmo valor e, tendo cada um sua própria esfera de ação, de que estão unidos em uma comunidade superior é uma ideia eminentemente moral, uma das raras conquistas verdadeiramente importantes e incontestáveis do espírito moderno. Entretanto, implica uma hipótese jurídica, a existência acima dessas comunidades estatais, desses Estados jurídicos, de uma ordem jurídica que delimita seu domínio respectivo de validade, proibindo qualquer intervenção no domínio uns dos outros ou estabelecendo no mínimo certas condições idênticas para todos - ordem jurídica cujas regras valem para todos os Estados ou seus órgãos sem distinção, que não reconhece em nenhum deles uma superioridade de qualquer direito e que - ordem universal, - pondo fim a seu estado de isolamento e, consequentemente, a sua soberania, os agrupa em um todo, em uma sociedade jurídica. Tal é a obra do direito internacional com a condição de pelo menos reconhecer

sua primazia, a superioridade jurídica em relação aos diferentes Estados, isto é, admitir que cada um desses Estados não é senão um elemento de um todo, uma ordem parcial.

Se vemos, ao contrário, no direito internacional um elemento da ordem estatal, um “direito estatal externo”, não se poderia admitir a igualdade jurídica dos diferentes Estados estrangeiros e do Estado nacional, então, somente ordem suprema, isto é, soberana.

Admite-se a primazia do direito internacional, a noção de direito torna-se perfeita igualmente do ponto de vista moral: o direito torna-se a organização da humanidade e se identifica, assim, com a ideia moral suprema.

41. O CARÁTER OBJETIVO DO DIREITO INTERNACIONAL E SUAS CONSEQUÊNCIAS

Os teóricos do direito internacional, quase sem exceção, aderem à ideia da coexistência de um determinado número de Estados juridicamente coordenados. Deveriam, portanto, admitir igualmente a primazia do direito internacional que aí está necessariamente implicado. Entretanto, não hesitam em contradizer-se, aceitando ao mesmo tempo algumas consequências da tese contrária. A maior parte deles ensina, por exemplo, que pelo menos algumas partes do direito internacional têm uma existência objetiva, isto é, independente da vontade do Estado, da “fonte” do direito interno. Ora, esta é uma proposição insuficiente: pode-se demonstrar que, se é verdadeira em algumas de suas partes, ela o é do direito internacional todo inteiro, que será, então, um sistema superior aos direitos internos.

Grotius já ensinava que, ao lado do direito das gentes “voluntário”, existe um direito das gentes “imutável” e “natural”, cujas regras não são estabelecidas por ninguém e ao qual Estado algum pode subtrair-se.

A afirmação de um direito internacional “natural”, isto é, independente da vontade dos Estados, se impõe, ainda que apenas para compreender o direito internacional convencional, baseado na vontade dos Estados, elaborado e desenvolvido nos tratados, portanto, de conteúdo variável, como um direito entre coletividades coordenadas. Isso ocorre porque a regra do respeito aos tratados - base do direito internacional voluntário - é realmente uma regra do direito “natural”, isto é, um princípio jurídico objetivamente válido, a título de regra costumeira ou a título de hipótese jurídica. Fundamenta a força obrigatória da vontade dos Estados, conferindo à convenção de dois ou mais entre eles a qualidade do fato gerador de direito, vinculando a obrigação dos Estados de se conformarem ao

tratado concluído; não poderia, portanto, ter nascido de uma convenção. Não é somente o direito dito natural cujo adágio *pacta sunt servanda* constitui a regra mais importante; é ainda todo o direito voluntário que se posiciona, que adquire uma validade objetiva. Aliás, não será diferente em direito privado. Quando os particulares regulamentam suas relações jurídicas por meio de atos jurídicos e, acima de tudo, por meio do contrato, fala-se de direito privado convencional ou de autonomia da vontade. O que dá à vontade declarada pelos indivíduos nos atos jurídicos caráter obrigatório são as regras do direito civil, independentes das vontades das partes objetivas que vinculam a uma determinada declaração de vontade determinados efeitos de direito. É por isso que as convenções das partes de um contrato não são, ou não o são exclusivamente, do direito subjetivo, mas também do direito objetivo. É o direito objetivo que obriga o devedor a pagar a prestação estabelecida e que dá ao credor o direito de exigir seu pagamento. Além disso, em direito internacional, o direito convencional é totalmente - considerando seu princípio (*pacta sunt servanda*) que tem um caráter objetivo incontestável e que somente confere força obrigatória aos dispositivos dos tratados - um direito objetivo, isto é, um verdadeiro direito. Uma regra de direito não perde seu caráter objetivo pelo simples fato de que aqueles que são submetidos a ela concorrem a estabelecê-la. Sem isto, o direito elaborado democraticamente não seria direito, nem a lei adotada pela assembleia do povo.¹²

Para que o direito internacional seja um verdadeiro direito, deve possuir uma validade objetiva, isto é, independente da vontade dos sujeitos obrigados, porque validade e validade objetiva constituem uma coisa só. Ele o é mesmo se concebido como um direito estatal externo. Com efeito, participa da objetividade da ordem estatal onde está inserido. Certamente, visto que se hipostasia o Estado, visto que não se reconhece que toda regra não se aplica senão aos indivíduos, pode parecer que, em relação à “pessoa estatal”, o direito não seja objetivamente válido. Segundo as ideias correntes, vontade do Estado e direito fazem um só, e o sujeito obrigado - o Estado - não é obrigado senão se ele quer ou porque quer. Esta é a fórmula da validade jurídica subjetiva, isto é, a autodissolução (*Sel-*

12 [n.t.] Aqui há uma diferença importante de Kelsen, não apenas de autores voluntaristas, mas mesmo em relação com outros autores positivistas normativistas. Em relação aos primeiros, Kelsen critica a obrigação de obediência do direito internacional no acordo de vontades entre Estados, o que seria um princípio moral ou mesmo derivado do direito natural, firmemente combatido pelo autor. Kelsen considera que o direito internacional é cumprido por uma análise objetiva da realidade, demonstração da hipótese de uma ordem jurídica internacional válida e superior às ordens nacionais. Verdross, aluno de Kelsen e também positivista normativista, como veremos, diverge do seu mestre e pressupõe a ideia de um “contrato social” entre os Estados, como base da justificativa do cumprimento do direito internacional.

bstaufflösung) da noção de regra. Entretanto, não é afinal, diante de seres humanos, que se põe a questão da validade da ordem estatal. Duvida-se bem menos de sua objetividade porque vemos aí a vontade de uma pessoa fictícia, diferente dos indivíduos obrigados.

42. A) A «FONTE» DO DIREITO INTERNACIONAL

O caráter objetivo do direito internacional em relação ao Estado não consiste simplesmente em sua objetividade formal; implica igualmente que tem uma «fonte» própria, diferente daquela do direito interno. Se o direito internacional é um elemento da ordem jurídica interna, a Constituição, admitindo que enuncia o princípio do respeito obrigatório às convenções concluídas com outros Estados, os tratados internacionais, sem dúvida alguma formula uma regra de direito objetivo. Entretanto, será suficiente para modificar ou mesmo anular a regra de revisar sob esse ponto a Constituição: e, assim, sua validade dependeria do direito interno. Ora, a objetividade do direito internacional dito natural - e por isso mesmo do princípio do direito voluntário (*pacta sunt servanda*) - consiste precisamente no fato de que sua elaboração, assim como sua anulação são subtraídas à decisão do direito interno. Um direito internacional, cuja criação não é regulada pela Constituição de um Estado, não pode fazer parte do direito desse Estado. Se suas normas obrigam o Estado, seja mediata ou imediatamente, seus órgãos e seus sujeitos, o direito internacional é necessariamente superior ao direito interno; a ordem jurídica interna é obrigatoriamente parte integrante da ordem jurídica internacional.

A maior parte dos autores afirma mais ou menos expressamente o caráter objetivo do direito internacional quanto à vontade do Estado, entendendo por isto não somente que a validade formal de algumas de suas normas no mínimo é independente dos indivíduos que, ao final, eles obrigam, e, além disso, que sua criação não entra no processo de criação do direito interno. Com efeito, a maioria se vê obrigada direta ou indiretamente a reconhecer que o direito internacional, ao menos em algumas de suas partes, não depende da vontade do Estado, que este não tem liberdade - liberdade jurídica - de decidir se o respeitará ou se não tomará conhecimento, nem possibilidade - possibilidade jurídica - de se colocar por própria conta fora da comunidade internacional. Em suma, isto significa que as regras de direito internacional não são estabelecidas e, sobretudo, não podem ser anuladas da mesma forma que aquelas do direito interno, pela vontade do Estado.

43. B) A TEORIA DO «RECONHECIMENTO» DO DIREITO INTERNACIONAL

Quase todos os autores, seguindo Grotius, dividem o direito internacional em voluntário e natural, este último tendo como característica distintiva ser válido independentemente de qualquer reconhecimento da parte dos Estados que ele obriga. Somente a terminologia varia porque se fala às vezes, em lugar de direito «natural», de direito «necessário», «teórico», «não-voluntário». Entretanto, essas diferentes expressões significam a mesma coisa: um complexo de normas internacionais que existem independentemente da vontade dos Estados e, entre elas, principalmente a máxima *pacta sunt servanda*. Quando necessário, fala-se também de um “reconhecimento” desse direito internacional pelos Estados e, em um primeiro momento, pareceria que se abandona de novo a ideia de que ele é objetivamente válido. Entretanto, olhando mais de perto, a ideia de validade puramente subjetiva, que está inclusa na teoria do reconhecimento, se apaga, pelo fato de que se declara o reconhecimento dessa parte do direito internacional necessário ou inevitável ou que o Estado não poderia rejeitá-la sem destruir a si mesmo. E, não podendo invocar um ato de reconhecimento expresso, recorre-se à ficção do reconhecimento tácito, como se recorria outrora para a ordem jurídica interna. Fundamentava-se a validade sobre seu reconhecimento pelos sujeitos; entretanto, declarava-se de imediato esse reconhecimento necessário, racionalmente obrigatório - o homem não podia recusá-la sem renunciar a toda a humanidade. Renunciava afinal a exigir um ato expresso de reconhecimento, contentando-se com o reconhecimento tácito: renunciava-se, portanto, na realidade, a fazer dele o princípio de validade da ordem estatal. Substituía-se esse princípio de validade subjetiva - a vontade do indivíduo, do indivíduo soberano - por um princípio de validade objetivo - a “vontade do Estado”. Então, proclamou-se a soberania do Estado em face do indivíduo, a primazia da ordem jurídica interna, isto é, do direito objetivo contra o sistema dos direitos individuais ou subjetivos. Assim, fundar a validade do direito internacional ou de algumas de suas regras, não mais sobre a pretensa vontade do Estado, mas sobre uma autoridade que tem a qualidade para estabelecer regras independentemente dela, é admitir a primazia do direito internacional diante da ordem jurídica interna.

44. C) A TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS ESTADOS

A ideia da objetividade formal e material do direito internacional, que acabamos de definir, e, conseqüentemente, a ideia de sua primazia diante da ordem jurídica interna manifesta-se de uma forma particularmente clara na teoria dos direitos fundamentais dos Estados, que quase todos os autores professam. Mes-

mo rigorosos adeptos da teoria do reconhecimento, assim como determinados seguidores da primazia do direito estatal, do fundamento estatal do direito internacional reconhecem a existência desses direitos fundamentais dos Estados: admitem que, longe de resultarem em atos voluntários dos Estados, as regras que os formulam são condições necessárias para dar aos atos de vontade dos Estados em matéria internacional o caráter de atos jurídicos. Mesmo os autores que declaram formalmente que o direito internacional não tem força de lei diante do Estado, como o direito interno, diante dos sujeitos do Estado, mas somente força convencional, isto é, que não é uma regra heterônoma, devem confessar que são encontrados nos pretendidos direitos fundamentais, obrigações e direitos internacionais independentes de qualquer reconhecimento via tratado. Outros que, com numerosos pontos de vista se atêm à primazia de seu direito nacional e que consideram mesmo o direito internacional como um direito estatal externo, reconhecem que os pretensos direitos fundamentais dos Estados formam o elemento essencial do direito internacional não escrito, do qual representam o conteúdo mais antigo, o mais importante e o mais sagrado, e que todo Estado dele usufrui em sua qualidade de membro da comunidade internacional. Negam peremptoriamente que suas regras sejam de puro direito natural; afirmam energicamente que são regras de direito positivo, que não é necessário traduzir em regras expressas porque sem elas não poderia existir direito internacional. Procura-se deduzir essas regras jurídicas dos dados de fato, da natureza das coisas, da noção de direito internacional ou da ideia de coexistência de uma multiplicidade de Estados, etc . Entretanto, essa tentativa não pode esconder de nós que a existência dessas normas que não decorrem da vontade do Estado, o que se admite, é na realidade a existência de uma ordem superior aos Estados, de uma ordem que os obriga e lhes dá direitos, independentemente de sua vontade. Se refletirmos que reconhecemos exatamente a mesma característica no princípio *pacta sunt servanda*, base do direito internacional voluntário, fica evidente que essa concepção se vincula também à ideia da primazia da ordem jurídica internacional.

45. D) A ENTRADA DOS ESTADOS NA COMUNIDADE INTERNACIONAL

É preciso, ainda, abandonar a teoria do reconhecimento necessário do direito internacional pelos Estados quando se questiona de que maneira o direito internacional entra em vigor para um Estado que acaba de nascer. Logicamente, seus partidários deveriam subordinar essa entrada em vigor e, consequentemente, a entrada do novo Estado na comunidade internacional a seu livre reconhecimento do direito internacional. Seria necessário, então, deixar-lhe toda liberdade de não

concedê-la e permanecer, assim, fora da sociedade internacional. De fato, é, ao contrário, a opinião dominante de que o novo Estado está submisso ao direito internacional existente sem tê-lo reconhecido, que se torna membro da comunidade internacional sem manifestar sua vontade e que é juridicamente impossível que não entre nela. Mesmo os seguidores da primazia do direito interno são obrigados a admitir. Sustentando a teoria de que o direito internacional obriga os novos Estados, mesmo sem seu consentimento, são frontalmente contrários a sua tese fundamental e, sobretudo, devem recorrer a pesadas ficções para afirmar, por exemplo, que, se o direito internacional nasceu da vontade dos Estados, uma vez surgido, obriga os novos Estados sem o consentimento deles, ou ainda, que o novo Estado deve ser reconhecido pela comunidade internacional. Solicitando seu reconhecimento como Estado e como membro da comunidade internacional, o novo Estado se submeteria tacitamente ao direito dessa comunidade. A verdade é que tal solicitação implica simplesmente que o novo Estado deseja ser tratado pelos outros Estados conforme as regras do direito internacional, mas sem obrigar-se necessariamente pelo simples fato de observá-las. Ver nisso um reconhecimento de sua parte do direito internacional é usar uma ficção grosseira a fim de dissimular a obrigação em que se encontra de admitir que ela não é necessária para vinculá-lo.

Esse reconhecimento não poderia naturalmente apoiar-se a não ser nas regras do direito costumeiro internacional e não sobre o direito internacional particular, que nasceu dos tratados que o novo Estado firmou com outros Estados.

Além dessas regras gerais, o direito costumeiro internacional compreende também regras especiais que vinculam cada Estado que entra nas relações que elas regem, sem as ter ainda reconhecido: por exemplo, as regras do direito marítimo internacional vinculam um Estado até então continental que acaba de obter um acesso ao mar e quer participar do comércio marítimo. Com isto ainda, os adeptos da primazia do direito interno concordam, por uma contradição evidente que não é suficiente para resolver declarar que as regras do direito costumeiro internacional, sendo condições indispensáveis de um comércio regular entre Estados, todo Estado que deseja participar deve ser convencido a reconhecê-las. Aqui ainda, fingindo um pseudorreconhecimento, se renuncia, no fundo, a exigir verdadeiramente um reconhecimento.

46. E) O NASCIMENTO, O RECONHECIMENTO E O FIM DO ESTADO: A DEFINIÇÃO INTERNACIONAL DO ESTADO

A partir do reconhecimento do direito internacional pelos Estados, é preciso considerar o reconhecimento dos novos Estados pela comunidade internacional. O primeiro deve fundamentar a validade do direito internacional; o segundo, a validade do Estado, isto é, da ordem jurídica interna.

Afirma-se geralmente que um novo Estado somente entra na comunidade internacional sob a condição de ser reconhecido por ela ou pelos Estados que dela fazem parte. Essa teoria do reconhecimento, destinada a fundamentar a existência internacional do Estado, contradiz de forma evidente aquela destinada a fundamentar a validade do direito internacional. Se o direito internacional repousa sobre a vontade do Estado, é impossível que o Estado repouse sobre a vontade do direito internacional. A primeira proposição se enquadra perfeitamente na teoria da primazia da ordem estatal; a segunda, ao contrário, naquela da primazia da ordem internacional. Portanto, elas se excluem reciprocamente. Afirmar que um novo Estado deve ser reconhecido pelos Estados-membros da comunidade internacional é afirmar que deve ser reconhecido pela ordem jurídica internacional que organiza a comunidade internacional e da qual é preciso necessariamente considerar os Estados reconhecidos como os órgãos. Entretanto, não é verdade que a recepção de uma nova ordem jurídica universal deva ser feita por atos concordantes dos antigos Estados. Em todo o caso, nenhuma regra de direito positivo pode ser invocada neste sentido. Há outras formas possíveis de reconhecimento do novo Estado.

Geralmente admite-se que o novo Estado, desde que exista «como Estado», tem pelo menos certas obrigações e certos direitos internacionais de modo que o direito internacional obrigaria esse Estado mesmo antes que fosse expressamente reconhecido. O simples fato de que deve fazer uma declaração de vontade internacional - seu pedido de reconhecimento - e que pode receber a declaração de reconhecimento dos outros Estados implica que já possui a personalidade internacional (no sentido comum desses termos). Costuma-se dizer, de modo geral, que o novo Estado tem um verdadeiro direito de ser reconhecido se ele preencher determinadas condições. Os antigos Estados, nesse caso, seriam obrigados a reconhecê-lo e, se não o fizessem, violariam o direito internacional. Não se pode mais negar que, mesmo antes de seu reconhecimento, o novo Estado tenha obrigações internacionais, por exemplo, aquela de abster-se de qualquer invasão violenta no território legítimo dos outros Estados.

Será, portanto, difícil manter a exigência de um reconhecimento expresso dos novos Estados, porque o reconhecimento, aliás, indispensável na tese da primazia do direito internacional, resulta do fato de que uma regra desse direito determina, de modo geral, as condições pelas quais existe um Estado sob o ponto de vista internacional, isto é, um sujeito de obrigações e de direitos internacionais. Com efeito, se obriga juridicamente os Estados, o direito internacional deve indicar o critério do Estado, porque em todo sistema normativo é preciso uma regra que explicita quais são os sujeitos de suas obrigações e de seus direitos. Sem este elemento essencial, o conteúdo de suas normas não seria suficientemente determinado. O direito, por exemplo, deve determinar com precisão quais são os indivíduos aos quais se aplicam suas prescrições, - seus sujeitos. Efetivamente, o direito internacional diz o que é um Estado, sob o ponto de vista internacional. Qualquer solução que se dê a essa questão, é preciso dar-se conta de que somente se pode extraí-la de suas regras, porque, se o Estado não se definisse, ele não existiria. Falando de Estado «no sentido do direito internacional», só se pode entender sua definição por esse direito. Se não nos lembrarmos de que suas regras, em última análise, só se aplicam aos indivíduos e que afirmar que obriga o Estado significa simplesmente que regula a conduta de indivíduos que o direito interno terá que determinar, nosso problema se situa da seguinte maneira: para o direito internacional, em que consiste o nascimento de uma ordem estatal?

É na determinação dos elementos necessários feita pelo direito internacional, para que, sob seu ponto de vista, exista um Estado. A partir do momento em que entra em sua esfera, há o reconhecimento geral e, por assim dizer, antecipado, dos novos Estados. Quando os elementos indicados se encontram, existe um Estado «no sentido do direito internacional»; o reconhecimento pelos antigos Estados tem, então, apenas um valor puramente declaratório. Naturalmente, isto não ocorreria se uma regra de direito positivo subordinasse a existência internacional do Estado a um reconhecimento expresso; os atos de reconhecimento teriam, então, um valor constitutivo. Representariam o procedimento prescrito pelo direito internacional para estabelecer que nos encontramos, de fato, no caso concreto, em presença de um Estado, de modo que, por exemplo, o direito interno dá competência a uma jurisdição determinada para estabelecer, num processo civil, que está de acordo diante deste ou daquele ato jurídico. Contudo, não só neste caso, mas também em outros, o direito internacional não prevê um procedimento preciso para constatar a realidade dos fatos definidos por ele.

Como então o direito internacional resolve o problema da existência do Estado? A regra é formulada mais ou menos assim: um Estado existe aos olhos do direito internacional quando um poder independente se estabelece sobre os

habitantes de um determinado território; em outras palavras, quando uma ordem de coerção (*Zwangsordnung*) subordinada a uma única ordem jurídica internacional se aplica de fato num determinado domínio. Assim como em direito interno, certas declarações individuais de vontade têm como consequência a formação de uma associação, o direito internacional associa certos efeitos a um conjunto de dados definidos por ele e que qualifica como “nascimento” do Estado, a entrada do Estado na comunidade internacional e, em particular, as consequências que constituem a significação imanente e subjetiva desses dados, tornados juridicamente objetivos. Se regras concebidas por um grupo de indivíduos adquirem de fato certa eficácia, suas prescrições são juridicamente obrigatórias. O direito internacional confere, então, aos *atos do poder público efetivos um caráter jurídico* e, deste modo, o verdadeiro caráter de um poder público; em outras palavras, consagra o caráter de ordem normativa imanente a certos fatos positivos; a ordem normativa torna-se uma ordem jurídica, sendo elevada à dignidade de elemento do sistema do direito. O direito interno ordena que os acordos entre particulares devem ter força juridicamente obrigatória. O que a delegação do direito interno pelo direito internacional apresenta de particular é unicamente a subordinação de sua validade à condição de um mínimo de eficácia. O direito internacional consagra como poder estatal e, em seguida, autoridade jurídica o poder que, de fato, está *grasso modo* em situação de se impor. Quanto à organização desse poder, isto é, os métodos de elaboração do direito interno - democráticos ou autocráticos - no que se referem ao conteúdo dessa ordem, o direito internacional lhe entrega a regulamentação; ele o delega a esses fins, não sem submetê-lo a certas regras restritivas.

O que está assim definido não é somente a existência internacional ou jurídica do Estado; é ainda - do ponto de vista da primazia do direito internacional - o Estado em geral, isto é, a premissa fundamental que está na base do sistema do direito interno em sua totalidade. Então, percebe-se igualmente que a norma fundamental das diferentes ordens estatais - que do ponto de vista da primazia da ordem estatal aparece como uma norma hipotética - é uma regra do direito internacional positivo que, em sua fórmula abstrata, vale para todos os Estados, institui as autoridades jurídicas superiores e delimita a esfera de ação de cada uma. Se fosse necessário admitir a primazia da ordem estatal, isto é, a soberania do Estado, semelhante delimitação seria impossível. Com a primazia do direito internacional, não é mais a norma fundamental da ordem estatal que fundamenta a unidade do sistema de direito, mas - por assim dizer, subindo um grau - a norma fundamental do direito internacional.

A partir de quando se aceita que o direito internacional define o Estado, o problema do momento em que começa e, conseqüentemente, o momento em que termina a ordem estatal, a questão do nascimento e da extinção do Estado torna-se um problema jurídico. Ao contrário, com a soberania do Estado, a questão de seu surgimento e de sua extinção fica fora do âmbito do direito, que supõe, com efeito, que se admita a validade da Constituição, base da ordem estatal. São problemas metajurídicos. Embora em direito interno o surgimento de uma ordem jurídica parcial - município, sociedade, relação jurídica concreta, sistema de direito legal, etc. seja problema jurídico, porque uma regra de direito de um grau superior - Constituição ou lei - determina o método de criação das normas gerais ou individuais, fixa as condições de validade de uma nova ordem parcial, do mesmo modo o surgimento da ordem estatal ou de sua fonte - a Constituição - torna-se um problema jurídico, pois nada mais é que uma ordem jurídica parcial compreendida com outras no âmbito de um sistema mais vasto, ou ainda, existindo acima dele uma ordem jurídica superior, a comunidade internacional.

47. REVOLUÇÃO, CONTINUIDADE DO DIREITO E IDENTIDADE DO ESTADO

A definição do Estado pelo direito internacional determina não só o momento de seu nascimento, mais também de seu fim. Quando, em consequência do triunfo de uma nova ideologia, a ordem estatal perde o mínimo de eficácia requerida, a nova ordem que se fundamenta nela, apresentando esse mínimo, começa a ser válida. É a revolução que se define do ponto de vista jurídico como a violação da antiga ordem; há revolução quando a nova ordem não surgiu de uma transformação legal da antiga ordem. É um princípio universalmente aceito de direito internacional que a revolução vitoriosa, que o usurpador vitorioso se torne poder estatal legítimo. A revolução vitoriosa é, portanto, um fator de criação ou de transformação do direito consagrado pelo direito internacional. Do ponto de vista da primazia desse direito, uma mudança revolucionária da Constituição não é uma ilegalidade radical, é apenas um ato que, ainda que não seja conforme ao direito interno, poderá ser conforme ao direito de grau superior, ao direito internacional. Ocorre que o problema da identidade do Estado, em caso de mudança da Constituição e, como consequência, o problema da continuidade do direito é resolvido de modo diverso, segundo se admita a primazia do direito interno ou aquela do direito internacional. No primeiro caso, a revolução equivale ao surgimento de um novo Estado sem relação jurídica alguma com o antigo, isto é, com a ordem estatal até então em vigor para o mesmo território e para os mesmos indivíduos. A revolução constitui uma solução de continuidade completa no

desenvolvimento do direito interno; a continuidade persiste desde que a transformação da Constituição seja regular, se perfeitamente considerada. A identidade jurídica do Estado através das revoluções - identidade que não se pode deduzir senão de uma regra do direito - é mantida e o é apenas pela primazia do direito internacional que, definindo o Estado, a faz depender - abstração feita do modo legal ou revolucionário das transformações constitucionais da identidade de seu território e de seu povo. Assim, a ideia de uma ordem internacional superior aos Estados fundamenta uma relação, não somente entre os diferentes Estados que coexistem no mesmo momento, mas entre as diferentes ordens estatais que se sucedem em um mesmo território. A revolução é, então, uma ruptura puramente relativa da continuidade jurídica; relativa, no que concerne apenas à ordem estatal. Afinal, em relação ao sistema total, a continuidade é mantida de forma que o sistema do direito conserva sua unidade igualmente no tempo. Uma lei jurídica estabelece um vínculo entre categorias de direito sucessivas, assim como entre esferas jurídicas justapostas. Do ponto de vista da primazia do direito nacional, ao contrário, não existe caminho algum que vá da ordem presentemente válida àquela que a precedeu e à qual a revolução pôs fim, nem uma relação jurídica entre ordens jurídicas coexistentes.

48. PRIMAZIA DO DIREITO INTERNACIONAL E SOBERANIA DO ESTADO

Numa teoria jurídica que parte da primazia da ordem internacional, não pode haver questão de soberania de Estado no sentido formal do termo, isto é, que a ordem estatal não possa mais ser considerada como uma ordem suprema e primeira: isto é evidente. Apesar disso, mesmo os autores que aceitam e perseguem de modo relativamente consequente a ideia de um direito internacional superior aos diferentes Estados e que os obriga, mantêm a noção de soberania do Estado. São naturalmente motivos de ordem não teórica, mas manifestamente política que os leva a isso. Aliás, é quase evidente que devam por isso compreender essa noção de soberania num sentido totalmente distinto. Efetivamente, substituem a noção formal por uma noção material de soberania que só tem em comum com a primeira o nome. Entende-se, então, por soberania a competência plena que pertence ao Estado; distingue-se entre direitos de soberania interior - que compreenderia o direito do Estado de impor a si mesmo suas leis, de executá-las etc., - e direitos de soberania exterior, de que fariam parte o direito de livre comércio com os Estados estrangeiros, o direito de declarar e guerra e de guerrear, o direito de concluir tratados, o direito à integridade do território, etc. Desta forma, enumerando esses direitos ou definindo o conjunto de atribuições do Estado a

que se chama soberania, propõe-se, antes de tudo, estabelecer um mínimo de competência que não pode ser abalado sem que o Estado perca essa soberania e, consequentemente, até mesmo sua independência. A noção material da soberania deve visivelmente oferecer a solução ao seguinte problema: que conjunto de atribuições deve ter uma coletividade para ser considerada um Estado soberano? Colocando-se essa questão, busca-se determinar o limite que separaria o Estado soberano daquele Estado que não é ou o é em parte, ou mesmo do grupo social que não seria mais um Estado em sua totalidade; necessariamente, se vai ao encontro de um fracasso. Isto porque o número das variações possíveis é muito elevado e as transições tênues demais para que se possa, sem arbitrariedade, traçar linhas muito nítidas de separação. Se entendemos por soberania somente o conjunto de atribuições do Estado, podemos afirmar realmente que a soberania do Estado é não apenas conciliável com a existência de um direito internacional superior ao Estado, mas consiste precisamente em um poder jurídico que lhe é conferido por esse direito. Tal noção não tem mais nada a ver com a noção verdadeira e originária de soberania do Estado. Assim como a teoria da primazia do direito interno não permite conceber a coexistência de Estados coordenados e iguais em direito, nem estabelecer a impossibilidade para o Estado de se livrar por uma troca de Constituição, isto é, unilateralmente, das obrigações internacionais que convencionalmente assumiu, nem de demonstrar que o Estado não pode colocar-se fora da comunidade jurídica internacional nem que um novo Estado está vinculado pelas normas gerais do direito costumeiro internacional sem seu consentimento, enfim, nem mesmo manter a identidade do Estado em caso de revolução, também os adeptos da primazia do direito internacional devem desistir sem restrição nem esperança de retorno da ideia de soberania do Estado no verdadeiro e original sentido do termo.

49. O IGUAL VALOR TEÓRICO DAS DUAS HIPÓTESES

É, portanto, indispensável pronunciar-se entre as duas teorias opostas, das quais explicamos longamente as consequências, e optar decididamente por uma delas. No momento atual, infelizmente, a maior parte dos autores acredita poder tomar emprestado elementos tanto de uma quanto da outra, atitude profundamente inconsequente.

Qual das duas teses merece a preferência? É uma questão que não comporta resposta propriamente jurídica, resposta apoiada em raciocínios jurídicos, isto é, em argumentos de direito positivo. Pode-se decidir levando em consideração elementos metajurídicos, ideias éticas e políticas.

Considerando que todas as consequências lógicas tenham sido determinadas a tese da primazia da ordem estatal é perfeitamente legítima. Certamente, como demonstramos, esta tese não permite considerar como relações de natureza jurídica determinadas relações que, na tese oposta, encaixam-se no domínio do direito. Entretanto, uma e outra teoria sendo - é preciso não esquecer isto - apenas hipóteses, não é no território da ciência jurídica que a escolha pode ser decidida. Não se pode simplesmente declarar, como se faria nas ciências da natureza, que a hipótese preferível é aquela que explica mais, isto é, que permite unificar o maior número de dados. Aqui o dado não são corpos, realidades sensíveis, mas regras de direito, dado que, por sua natureza, já é incerto, pois em direito não há necessidade objetiva de considerar este ou aquele elemento como uma regra jurídica. Se, por exemplo, alguém nega totalmente a existência do direito internacional recusando ver nele um sistema de normas jurídicas, nada há a objetar, desde que ele mantenha coerência consigo próprio. Aquele para quem somente a ordem estatal é verdadeiramente uma ordem jurídica, parte simplesmente de outra hipótese daquele para quem existe também um verdadeiro direito internacional, da mesma forma que não se pode obrigar um anarquista a interpretar as relações de direito interno enquanto tais e não como puros atos de força. Tudo o que se pode fazer é mostrar que é possível compreender o complexo de fatos ou de normas a que chamamos direito internacional em um sistema que abrace as diversas ordens estatais. Não existe premissa *a priori* jurídica; um dado vem do direito apenas em função da hipótese jurídica, que serve para interpretá-lo.

50. O CARÁTER POSITIVISTA DA TEORIA DA PRIMAZIA DO DIREITO INTERNACIONAL: CONFLITOS ENTRE DIREITO INTERNO E DIREITO INTERNACIONAL

Como anteriormente ressaltamos, na teoria da primazia do direito internacional, que permite agrupar em um sistema total as diferentes e múltiplas ordens estatais, o direito pode ser interpretado como uma organização da humanidade em geral e, assim, a noção de direito corresponde a um ideal moral. Entretanto, essa teoria permanece, no mínimo, como uma doutrina de espírito estritamente positivista ainda que, em direito interno, só queira sistematizar as regras incontestavelmente positivas de direito internacional. Verdadeira teoria jurídica, não pretende criar regras de direito, mas unicamente dar uma interpretação do conjunto daquelas que existem. Seus objetivos a esse respeito não diferem daqueles da teoria contrária da soberania do Estado, mesmo que seu caminho seja outro. Procura constituir um sistema jurídico perfeitamente uno, caracterizado - negativamente - pela ausência de contradição entre as regras que compreende, porque

deve permitir eliminar as contradições aparentes entre direito internacional e direito interno e isto, respeitando rigorosamente o direito positivo.

Essas oposições parecem inevitáveis entre os dois sistemas. Pode ocorrer que uma regra de direito interno, geral ou individual - lei, regulamento, ordem administrativa, julgamento, etc. - contradiga uma norma do direito internacional comum, isto é, costumeira, particular ou convencional. Esses conflitos serão resolvidos, ou melhor, conduzidos de forma diferente, seguindo os dados de fato.

É preciso, antes de tudo, distinguir dois casos: conforme o direito internacional obrigue os sujeitos dos Estados mediata ou imediatamente, conforme, como consequência, seja necessário ou não para obrigá-los começar por transformar as regras do direito internacional em regras do direito interno, questão que depende exclusivamente do direito positivo considerado. Pode ocorrer que a Constituição os declare parte integrante do direito do Estado - o que, sob o ponto de vista da primazia do direito internacional, não o torna um “direito estatal externo», mas significa apenas que suas regras têm para os órgãos estatais o mesmo valor daquelas do direito interno e, tratando-se de regras gerais, o mesmo de suas leis nacionais. É uma espécie de conversão global do direito costumeiro internacional. Da mesma forma, o tratado internacional pode ser interpretado de duas maneiras distintas: obrigando simplesmente os Estados contratantes a promulgarem leis e regulamentos de acordo com seus dispositivos ou, ao contrário, querendo obrigar diretamente os sujeitos e, conseqüentemente, tornar supérflua qualquer transformação. É particularmente o caso se a Constituição, equipare os tratados internacionais à lei, exige, portanto, a participação do Parlamento quando os tratados derrogam uma lei, assim como sua publicação no «Diário Oficial».

A) A CONVERSÃO É NECESSÁRIA. Incontestavelmente, a regra de direito interno que fere uma regra de direito internacional conserva sua força obrigatória enquanto não for ab-rogada. Caso o Estado não estabeleça essa conformidade [entre direito internacional e lei nacional], torna-se culpado de uma violação do direito internacional. Neste caso, intervém a última sanção do direito internacional: a guerra declarada pelo Estado lesado em seus direitos. É preciso, portanto, para interpretar corretamente a regra de direito internacional, reportá-la àquela que determina sua sanção.

São, por exemplo, as regras de direito internacional que proíbem impor obrigações militares aos cidadãos estrangeiros ou confiscar suas propriedades sem indenização. Eis como é preciso interpretá-las: se, pelo fato ou em virtude de uma lei, um Estado obriga os cidadãos estrangeiros ao serviço militar ou confisca suas propriedades sem indenização, pode-se ou deve-se aplicar-lhe a sanção última do

direito internacional. Contudo, não se conformando a suas prescrições, o Estado provoca violação à unidade do sistema do direito, assim como um sujeito violando um dispositivo com uma sanção jurídica. Em direito interno existem também convenções que, válidas em si mesmas, são, entretanto, proibidas no sentido de que, se ocorrerem, uma ou outra parte ou mesmo as duas serão passíveis de uma penalidade.

B) A CONVERSÃO NÃO É NECESSÁRIA. O conflito é, pois, análogo àquele entre leis internas contrárias. Entretanto, uma lei ordinária não poderia derogar uma regra de direito internacional, da mesma forma que não pode derogar um dispositivo constitucional. A relação do direito interno com o direito internacional é a mesma que a da lei ordinária com a Constituição. Para resolver o conflito, é preciso ter em conta os poderes que a Constituição acordou às autoridades que aplicam o direito em relação às leis. Se elas têm o direito de examinar sua constitucionalidade, podem e devem também recusar-se a aplicar uma lei contrária ao direito internacional, exatamente como se fosse uma lei inconstitucional. Se, ao contrário, não têm esse direito de controle, se são obrigadas a aplicar qualquer lei regularmente promulgada e, conseqüentemente, levar em conta o princípio *lex posterior derogat priori*, devem aplicar a mais recente das duas leis, embora contrárias ao direito internacional, assim como aplicariam uma lei inconstitucional. Se a Constituição regula, por exemplo, o procedimento legislativo ou se proíbe a inserção de certos dispositivos numa lei - por exemplo, qualquer violação à liberdade de consciência - mas, se, ao mesmo tempo, retira das autoridades que aplicam a lei o direito de examinar sua constitucionalidade, de recusar a aplicação de uma lei inconstitucional, suas prescrições não têm sentido jurídico a menos que certas pessoas, por exemplo, o chefe de Estado ou os ministros, sejam declaradas responsáveis pela observância da sua constitucionalidade, de sorte que as leis inconstitucionais serão válidas, mas os indivíduos declarados responsáveis serão punidos. Da mesma forma, uma lei contrária ao direito internacional será, então, válida e apenas permitirá a existência da condição para aplicação de sanção [pela violação], em última instância, a guerra contra o Estado que a promulgou. Outra hipótese: geralmente, a Constituição nega às autoridades o direito de controlar a constitucionalidade das leis ou sua conformidade ao direito internacional, mas institui uma autoridade especial, por exemplo, a suprema corte como encarregada de caçar as leis inconstitucionais. A corte deverá anular também as leis contrárias ao direito internacional, sobretudo se a Constituição declara as regras do direito costumeiro internacional como partes integrantes do direito interno ou equipara o tratado internacional à lei.

Assim, em princípio, os conflitos entre direito interno e direito internacional são resolvidos conforme os mesmos métodos utilizados para resolver os conflitos entre os diferentes graus da ordem estatal. A contradição de uma regra de grau inferior em relação a uma regra de grau superior provoca seja sua nulidade ou sua anulabilidade, ou mesmo uma sanção contra o órgão responsável.

51. A SANÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL, SEU FUTURO: ESTADO E SOCIEDADE INTERNACIONAL

Na verdade, é precisamente neste último ponto que se encontra importante diferença entre o direito internacional e o direito interno. Em princípio, sem dúvida, é preciso interpretar a guerra, esta *ultima ratio* do direito internacional, da mesma maneira que a punição ou a execução em direito interno, como reação do direito, como sanção que o direito internacional aplica aos atos que se propõe condenar. Se buscamos uma interpretação jurídica da guerra, não é preciso, contrariamente ao que ocorre às vezes, considerá-la como um processo extrajurídico, mas como um ato jurídico. O único aspecto que a distingue da sanção própria do direito estatal é que o direito internacional não institui um procedimento destinado a estabelecer objetivamente que as condições da aplicação da sanção estejam bem concluídas e, em particular, uma instância objetiva, uma jurisdição diante da qual esse procedimento seria perseguido.¹³ É o Estado lesado que, como órgão da comunidade internacional da qual recebe o poder, deve aplicar a sanção prevista contra o Estado culpado. Nisto, o direito internacional padece incontestavelmente de uma imperfeição técnica que, entretanto, não o faz deixar de ser um verdadeiro direito. Está ainda no estado em que o direito estatal teve suas origens. Entre os povos primitivos, em que subsiste a instituição da *vendetta*, aquele cujos interesses foram lesados está autorizado, pelo direito da comunidade, a executar a punição imposta contra o delinquente. Age exatamente como órgão da comunidade da qual executa a vontade. Somente num estágio relativamente avançado, a aplicação da sanção é retirada do interessado para tornar-se função exclusiva de uma categoria determinada de indivíduos, os juízes. Esse progresso de técnica jurídica resulta do princípio da divisão do trabalho social. Querer reservar o nome de Estado somente às ordens jurídicas que confiam a aplicação das sanções a órgãos especializados é uma terminologia bastante admissível, desde que não se perca de vista que entre um direito primitivo, tal como é hoje em dia ainda o

13 [n.t.] Nota-se uma evolução interessante no pensamento de Kelsen, com a sua participação na construção da ONU, após a segunda guerra mundial. No livro “Peace through law” e em vários posteriores, por exemplo, o autor defende as instituições internacionais como mecanismos de garantir a paz internacional e promover o direito internacional.

direito internacional, e uma ordem jurídica tecnicamente mais evoluída que qualifica o Estado *stricto sensu*, existe apenas uma diferença de grau e não de natureza.

O caráter estritamente positivo da teoria da primazia do direito internacional não permite considerar a comunidade internacional - segundo ela, constituída por uma ordem juridicamente superior aos diversos Estados - como um Superestado. Isso porque não existem ainda regras - costumeiras ou convencionais - de direito internacional que tenham criado as instituições consideradas como essenciais ao Estado, no sentido anteriormente indicado e, particularmente, órgãos especializados e independentes dos diversos Estados que sancionariam as violações a suas regras. Ao contrário, essa teoria demonstra que nada se opõe a uma evolução que faria da ordem jurídica internacional, atualmente ainda muito primitiva, uma ordem perfeita, nem da comunidade internacional um verdadeiro Estado. Mostra justamente que, no conjunto do sistema do Estado, o direito internacional representa apenas um grau superior ao direito estatal, mais ou menos como, em direito interno, a Constituição em relação à lei; e que não há, do ponto de vista material, entre direito internacional e direito interno, senão uma simples diferença técnica e, conseqüentemente, de grau. Com efeito, a ordem jurídica internacional é, segundo um qualificativo outrora ocasionalmente aplicado, uma *civitas maxima*. Ela o é desde quando qualquer ordem jurídica suprema, mesmo a mais primitiva do ponto de vista técnico, pôde ser chamada de Estado. E nada, nem em sua natureza, nem naquela do Estado, dificulta para que se torne igualmente um dia um Estado *stricto sensu*. Declarar impossível - como o fazem alguns autores - a criação de um acordo de justiça internacional à qual todos os Estados estariam igualmente submissos, a substituição da guerra em sua forma atual por uma execução internacionalmente regulada e confiada a órgãos especiais, a instituição de um parlamento mundial sob o pretexto que isto seria contrário à própria natureza do direito internacional e da soberania dos Estados é medir uma teoria sobre a natureza do direito com fins políticos. Não desejando, por razões de ordem política, a evolução do direito nesse sentido, esses autores acreditam torná-la mais difícil ou mesmo impossível, declarando-a inconciliável com a natureza do direito em geral, do direito internacional e da soberania em particular. Argumentação inteiramente inadmissível, pois, considerando essa evolução boa ou má, provável ou não provável, se poderia demonstrar apenas que semelhante estado do direito é incompatível com a natureza do direito interno ou internacional.

A ideia de que não existe entre o Estado e a comunidade internacional, mesmo em seu estado atual, diferença de natureza, e que desde então nada se opõe teoricamente que evolua mediante um progresso técnico, em direção à forma

propriamente estatal, que se organize em Estado *stricto sensu*, essa ideia se confirma quando se examina a natureza das uniões de Estados - formações, ordens jurídicas intermediárias que se inserem entre a comunidade internacional universal e os Estados, entre a ordem internacional e as diferentes ordens estatais. Encontram-se relações entre a *civitas maxima*, a comunidade internacional universal e os diferentes Estados que ela abrange nas relações da confederação de Estados ou do Estado Federal com seus Estados-membros, relações que, por sua vez, não diferem essencialmente daquelas do Estado com as coletividades jurídicas que lhe são incorporadas, províncias, municípios ou outras coletividades locais descentralizadas. Essas coletividades são igualmente consideradas membros do Estado e percebe-se a natureza de todas essas formações jurídicas do ponto de vista da organização territorial ou da descentralização do Estado. É precisamente naquilo que permite prever o problema das uniões de Estados e todos seus corolários como problemas relativos à descentralização, isto é, a organização territorial de uma comunidade jurídica universal, que a posição teórica que adotamos, em geral, e a teoria da primazia do direito internacional, em particular, encontram sua melhor justificativa. Todavia, a explanação deste assunto não entra no âmbito deste curso.

Conclusão

As duas hipóteses jurídicas fundamentais, a teoria do conhecimento e a moral política

52. SUBJETIVISMO E OBJETIVISMO

As duas teses que expusemos e estudamos ao longo desta obra - a da primazia do direito interno e a da primazia do direito internacional - são duas hipóteses da ciência jurídica e interessam muito à teoria do conhecimento. Não se pode, com efeito, captar o significado principal e o valor que se percebe claramente, o vínculo estreito que une a ciência do direito e a teoria do conhecimento, uma vez que se veem nelas aplicações particulares dos dois princípios fundamentais mais gerais dessa teoria. Contudo, o conflito se amplia: em lugar de duas construções jurídicas, existem agora duas teorias do conhecimento que se chocam, teoria subjetivista e teoria objetivista e, em última análise, duas filosofias.

Os teóricos da primazia do Estado partem da hipótese de que não existe sistema normativo superior a seu Estado nacional soberano, isto é, a seu direito nacional e do qual se poderia deduzir o direito internacional. Um “Estado”

estrangeiro somente existiria com a condição de ser delegado e reconhecido pelo Estado nacional, por esse direito nacional do qual, portanto, seria apenas um elemento e que causaria verdadeiramente a impressão de uma ordem universal. Os “Estados” estrangeiros não poderiam apresentar o caráter específico que faz da ordem nacional, e somente dela, um Estado, - a soberania que é necessariamente una e única. Por todos esses aspectos, essa teoria é uma imagem e mais que uma imagem da teoria subjetivista do conhecimento que, para conceber o mundo, parte do **eu** (*das eigene Ich*) e jamais pode ultrapassá-lo - o mundo sensível -, a natureza devendo necessariamente aparecer diante dele como uma simples representação, um mundo dos valores como uma simples vontade desse **eu**. Esse **eu** soberano se expande em um universo; mas essa teoria, então, está fora da possibilidade de compreender qualquer outro sujeito, o **não-eu** que reivindica igualmente a soberania, o **ele** que pretende igualmente ser um **eu**, ser o centro do universo, atributos que a teoria não pode logicamente reconhecer nele, visto que, se a unidade do universo repousa sobre o **eu**, o **eu** é necessariamente único. A unicidade da soberania, a unicidade desse **eu** que é o Estado soberano é o homólogo - no fundo, mais do que o homólogo - do egotismo, (*Solipsismus*) inevitável consequência do subjetivismo.

A concepção subjetivista do direito internacional, que faz do Estado o sujeito ao qual ela opõe como objeto o resto do mundo jurídico e que, por meio da teoria do reconhecimento, transforma esse objeto em uma função do sujeito, encontra seu complemento, seu acabamento natural na teoria que funda o Estado sobre e mesmo na vontade do indivíduo e que, para justificar o direito interno, invoca seu reconhecimento. Assim - não se trata de uma simples analogia -, o mundo dos valores e especialmente o mundo jurídico surge inicialmente como vontade do Estado ou elemento da ordem jurídica nacional e em seguida - segunda etapa - como vontade do indivíduo que o reconhece, desse mesmo sujeito do qual o mundo físico é uma representação.

A concepção objetivista do conhecimento, ao contrário, parte do mundo para chegar ao **eu**; admite uma razão universal, um espírito universal que se manifesta, se individualiza e se realiza de forma momentânea, efêmera em indivíduos que pensam e que querem, indivíduos cuja mente é um elemento da mente universal, cuja razão conhecedora é a emanção da suprema razão universal, indivíduos iguais e similares, mas cujos **eus** não são, como no subjetivismo, estranhos por natureza e impenetráveis uns nos outros. A esta teoria corresponde a da primazia do direito internacional, isto é, a hipótese de uma ordem jurídica universal, que compreenderia em uma unidade suprema, no âmbito da *civitas maxima* soberana, os diversos Estados, coletividades idênticas de natureza e iguais em direito, e não

mais ordens totais nem sujeitos soberanos. O indivíduo é uma pura aparência, ensina o objetivismo, e a teoria da primazia do direito internacional, excluindo as consequências últimas da objetividade do direito, não deve somente negar aos sujeitos estatais, porque eles são apenas personificações provisórias de ordens parciais, o caráter de unidades, de mônadas definitivas e supremas. Logicamente deve, no final das contas, devolver também a pessoa “física”, o sujeito de direito por excelência a seu substrato, uma parte da ordem jurídica objetiva e considerá-lo como a personificação de uma ordem parcial.

Sem querer decidir entre duas filosofias, importa, no entanto, observar que uma concepção subjetivista deve resultar, ao final, em negar o direito e, consequentemente, a ciência jurídica, porque o direito não existe senão pelo fato de sua validade objetiva. É uma simples tautologia que, acrescenta que não há Estado ou coletividade, a não ser em uma concepção coletivista ou universalista, ou seja, precisamente objetivista. A tendência subjetivista inerente à teoria da primazia da ordem estatal conduz à negação do direito internacional e à negação da ideia de direito - pelo menos nesse domínio - e à afirmação pura e simples da força bruta. Aliás, da mesma maneira que, em matéria de direito interno, essa ideia, isto é, a afirmação da primazia do indivíduo conduz logicamente à negação do direito em geral e à proclamação sem limites da ideia de força. A maior parte dos argumentos que põem em questão o direito e a ciência do direito procede, em última análise, de um princípio subjetivista.

53. IMPERIALISMO E PACIFISMO

Não é somente à oposição de duas teorias do conhecimento que corresponde aquela de nossas duas hipóteses jurídicas; pode-se igualmente compará-la ao antagonismo radical de duas concepções ético-políticas. Não é possível demonstrar lógica e sistematicamente que há um vínculo entre conhecimento teórico e conhecimento prático, mas esse vínculo está estabelecido de fato, porque é um mesmo sujeito que conhece e que quer. Disto decorre que há em geral uma correlação entre uma concepção do mundo e uma concepção da vida, entre uma teoria do conhecimento e uma convicção moral. De fato, é o mesmo sujeito que, pela sequência de dispositivos incontroláveis, escolhe entre as concepções do mundo e da vida que se oferecem a ele e toma para si mesmo uma decisão que permanece proibida para a ciência.

Assim como a posição egocentrista do subjetivismo se assemelha ao egoísmo moral (se se pode considerar o egoísmo como uma ideia ética), a hipótese da primazia do Estado nacional é similar ao «egoísmo estatal» de uma política imperialista.

Se o Estado é soberano e único soberano, não conhece limites jurídicos objetivos em relação a seu território nem a suas atribuições. A filosofia do Estado de Hegel, em particular - filosofia que tem seguidores em todas as nações - expressa claramente essas conexões. Hegel, em sua filosofia do direito, qualifica expressamente o direito internacional como «direito estatal externo» e permanece fiel até o fim ao dogma da soberania do Estado que admite sem reservas quando ensina que a razão do mundo (*Weltgeist*) elegeu para reinar uma única nação uma só vez. Não é, portanto, um simples acaso se seus discípulos professam que, sem dúvida, o poder jurídico do Estado se estende inicialmente ao território habitado por seu povo, mas que esse território não constitui efetivamente um limite absoluto à ação do Estado. Seria da própria natureza do Estado procurar estender seu poder aos territórios que são susceptíveis, graças a suas qualidades naturais, de suprir as necessidades do território nacional. Esta é a fórmula do imperialismo. Se esse imperialismo se apresenta como irmão gêmeo da primazia do direito interno nacional e mesmo, mais frequentemente, como uma negação do direito internacional, é preciso, entretanto, ter sempre em mente o caráter relativo da oposição entre subjetivismo e objetivismo. Hegel e seus discípulos, imperialistas de qualquer nacionalidade, são incontestavelmente os representantes de uma metafísica objetivista ou universalista. No entanto, esse universalismo termina, como se sabe, no Estado. O modo como eles constroem as relações do Estado (concebido como indivíduo) e da humanidade é do tipo radicalmente individualista. Pode-se acentuar bastante o individualismo estatal com a ideia hegeliana de que existe uma nação eleita ou um Estado eleito. Assim, só pode resultar em um imperialismo sem limites. Isto explica que teóricos que concebem as relações do Estado e de seus sujeitos de uma maneira inteiramente universalista e admitem sob este prisma a validade objetiva da ordem jurídica, sejam, entretanto, radicalmente imperialistas quando, na esfera internacional, pensam como individualistas. Nesse campo, o imperialismo corresponde precisamente à anarquia na esfera nacional.

É, ao contrário, justamente uma das funções essenciais de um direito igualmente superior a todos os Estados - ideia que supõe a primazia do direito internacional - evidenciar que o território dos diferentes Estados está juridicamente delimitado de forma que invasões e usurpações violentas, como a expansão, essência do imperialismo, surgem como contrárias ao direito. A unidade jurídica da humanidade, cuja divisão mais ou menos arbitrária em Estados é apenas provisória, a organização do mundo em uma *civitas maxima*: este é o núcleo político da hipótese da primazia do direito internacional, sendo ao mesmo tempo a ideia fundamental do pacifismo, antítese do imperialismo em matéria de política internacional. No contexto da moral objetivista raciocinar sobre o homem é raciocinar sobre a humanidade. Da mesma forma, para a teoria jurídica objetivista, a

noção de direito é idêntica àquela de direito internacional e é ao mesmo tempo e pela mesma razão, uma noção moral.

54. A SUPERIORIDADE MORAL DO OBJETIVISMO JURÍDICO

A concepção subjetiva e a concepção objetiva do direito disputam a ciência jurídica contemporânea. A teoria do direito internacional, em particular, oscila de uma maneira inteiramente inconsequente entre dois polos: uma concepção individualista do Estado e uma concepção universalista da humanidade, entre o subjetivismo da primazia do Estado e o objetivismo da primazia da ordem internacional.

A situação pouco satisfatória desse ramo da ciência do direito provém, em última análise, daquilo que a consciência social, na evolução que a conduz do domínio do individual aos círculos sempre mais vastos e compreensivos, não transpôs ainda o limite da nação e do Estado de forma nacional, de modo que não está ainda desenvolvida numa consciência humana universal. Incontestavelmente, porém, forças poderosas agem neste sentido. Esse estado transitório se reflete nas contradições da teoria do direito internacional que, engajada num conflito quase trágico, tende de um lado a envolver-se com a ideia de uma comunidade jurídica mundial superior aos diferentes Estados e de outro, permanece prisioneira da noção de soberania do Estado. Apesar de tudo, está certamente no caminho de uma concepção objetivista.

Tal como a teoria subjetivista do contrato social foi vencida, ao mesmo tempo em que a ideia de soberania do indivíduo, e que a validade objetiva da ordem estatal foi posta fora de dúvida -, também eliminando o dogma da soberania do Estado -, considera-se que existe uma ordem jurídica universal, independente de qualquer reconhecimento e superior aos Estados, uma *civitas maxima*. Na verdade, é preciso eliminar radicalmente a ideia de soberania. É essa revolução na consciência social que importa, acima de tudo, não simplesmente por amor a uma construção jurídica, embora a teoria pudesse descartar muitos obstáculos ao desenvolvimento do direito. Porque a ideia da soberania do Estado criou até o presente momento, a torto e a direito, obstáculos a todas as tentativas para organizar a ordem internacional, para criar órgãos especializados na elaboração, aplicação e execução do direito internacional, em uma palavra, para transformar a comunidade internacional, hoje ainda muito pouco evoluída, em uma *civitas maxima*, no sentido pleno do termo.

E é essa organização do mundo em um Estado universal que deve ser o objetivo último, aliás, ainda distante, de todo esforço político.

Referências

1. ANZILOTTI, *Teoria generale della responsabilità dello Stato nel diritto internazionale*, Firenze, 1902.
2. Kelsen, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechtes*, Tübingen, 1920. *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, 1925.
3. POLITIS, *Le problème des limitations de la souveraineté et la théorie de l'abus des droits dans les rapports internationaux* (Recueil des Cours de l'Académie de droit international), tome VI (1925), Paris, 1926.
4. TRIEPEL, *Völkerrecht und Landesrecht*, Leipzig, 1899 (traduction française par BRUNET, Paris, 1920). Les rapports entre le droit interne et le droit international (Recueil des Cours de l'Académie de droit international, tome I [1923], Paris, 1925).
5. VERDROSS, *Die Einheit des rechtlichen Weltbildes auf Grundlage der Völkerrechtsverfassung*, Tübingen, 1923. *Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft*, Wien und Berlin, 1926.